



Livre

2021

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La servitude de passage nécessaire

Martin-Rivara, Irène

How to cite

MARTIN-RIVARA, Irène. La servitude de passage nécessaire. Genève : Schulthess éditions romandes, 2021. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:160112>

Irène Martin-Rivara

La servitude de passage nécessaire



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess §
ÉDITIONS ROMANDES

GG
Collection
Genevoise

Irène Martin-Rivara

La servitude de passage nécessaire



Irène Martin-Rivara

La servitude de passage nécessaire



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess § 2021
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage : IRÈNE MARTIN-RIVARA, *La servitude de passage nécessaire*, « Collection Genevoise » Genève/Zurich 2021, Schulthess Éditions Romandes

Thèse n° 994 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

Références à jour au 31 décembre 2020.

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

ISBN 978-3-7255-8824-4

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2021
www.schulthess.com

Diffusion en France: LEXTENSO – La Grande Arche – Paroi Nord – 1, Parvis de La Défense – 92044 Paris – La Défense
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Remerciements

Je souhaite tout d'abord exprimer ma gratitude à mon directeur de thèse, le Professeur Bénédicte Foëx. Ses encouragements m'ont été précieux tout au long de la rédaction de cette thèse, dont je lui dois le sujet. C'était un honneur d'être son assistante et j'ai beaucoup appris à ses côtés.

J'adresse également mes remerciements aux membres de mon jury, la Professeure Maryse Pradervand-Kernen et les Professeurs Nicolas Jeandin et Sylvain Marchand. Je leur suis reconnaissante pour la grande qualité de leurs questions et remarques lors de ma soutenance de thèse, qui restera pour moi un moment fort.

Merci encore à Edouard Benoit, avec qui j'ai partagé 8m2 mais surtout les doutes et les joies du doctorat. Je n'aurais pu trouver meilleur compagnon d'aventure.

A Anaïs Abdel Sattar, Sophie Brocco, Laurine Carrel, Hélène Chammas et Mahault Frei-de Clavière, mon cercle rapproché. Des femmes qui, chacune à leur façon, m'inspirent et me poussent à me surpasser.

A mes parents Elisabeth et Pierre-Laurent Rivara et à ma sœur Pauline, pour m'avoir permis de prendre mon envol avec tous les outils nécessaires. Je remercie en particulier ma mère d'avoir traqué les fautes d'orthographe dans un manuscrit à la teneur obscure, qu'elle a pourtant, en bonne scientifique, tenté de comprendre.

A mes filles, Héloïse et Adèle, dont les naissances ont ponctué la rédaction de ma thèse. Loin d'être un frein, elles ont été mon moteur.

A Jonathan Martin, mon mari, pour tout ce que nous construisons ensemble, main dans la main.

Table des matières

Remerciements	V
Table des matières	VII
Liste des abréviations	XIII
Introduction	1
Première partie : La créance légale en constitution de la servitude de passage nécessaire	3
Chapitre 1 : Notions générales	5
§ I. Une restriction légale indirecte à la propriété foncière	5
§ II. Une obligation <i>propter rem</i>	9
§ III. Une servitude légale	13
Chapitre 2 : La détermination des titulaires et des obligés	17
§ I. Les titulaires de la créance légale	17
A. Les propriétaires d'immeubles	17
1) Généralités	17
2) Le futur immeuble dominant est un bien-fonds	18
3) Le futur immeuble dominant est un droit distinct et permanent immatriculé au registre foncier ou une mine	18
4) Le futur immeuble dominant est une part de copropriété	20
B. Quid des propriétaires collectifs ?	23
C. Les autres titulaires de droits sur ou en relation avec l'immeuble	28
§ II. Les obligés par la créance légale	30
A. Les propriétaires d'immeubles voisins	30
1) Généralités	30
2) Le futur immeuble servant est un bien-fonds	31
3) Le futur immeuble servant est un droit distinct et permanent immatriculé au registre foncier ou une mine	31
4) Le futur immeuble servant est une part de copropriété	32
5) Le cas particulier des immeubles dépendants	33
B. Quid des propriétaires collectifs ?	33
C. Les autres titulaires de droits sur ou en relation avec les immeubles voisins	34

Chapitre 3 : Les conditions	37
§ I. Une issue insuffisante sur la voie publique.....	37
A. Remarques liminaires	37
B. La voie publique.....	39
C. Les causes de l'insuffisance d'une issue.....	40
1) Généralités	40
2) La modification de la situation de fait.....	41
3) La modification de la situation juridique de droit privé	41
4) La modification de la situation juridique de droit public.....	42
D. La mesure de l'insuffisance d'une issue.....	45
1) En général.....	45
2) Casuistique.....	50
E. L'incidence des critères posés par le droit public de la construction en matière d'accès.....	60
1) Généralités	60
2) Excursus : L'accès suffisant en droit public	60
3) La position actuelle de la jurisprudence civile	68
4) La critique de cette position.....	71
5) Notre proposition.....	73
§ II. Un état de nécessité.....	76
A. Remarques liminaires	76
B. La subsidiarité par rapport aux moyens de droit public	77
1) Excursus : L'équipement en droit public	77
2) La position actuelle de la jurisprudence civile	83
3) La critique de cette position.....	84
4) Notre proposition.....	86
C. L'absence d'autres possibilités de passage	87
1) L'absence de passage de droit privé cantonal.....	87
2) L'absence d'une autre servitude de passage	88
3) L'impossibilité de passer par d'autres immeubles appartenant au même propriétaire	91
4) L'absence d'un droit de passage de nature contractuelle.....	93
D. L'absence d'imputabilité ou de tolérance de l'état de nécessité	96
1) En général.....	96
2) Casuistique.....	98
§ III. Une pesée des intérêts ?.....	102
 Chapitre 4 : La détermination du fonds servant et de l'assiette de la servitude	 107
§ I. La détermination du fonds servant	107
A. L'ordre de priorité : principe et tempéraments.....	107
B. Le critère d'antériorité	109
C. Le critère du moindre dommage.....	111
§ II. La fixation de l'assiette de la servitude	112

Chapitre 5 : L'indemnité	117
§ I. Généralités.....	117
§ II. Le calcul de l'indemnité	119
A. Les principes	119
B. Les méthodes de calcul	121
1) La méthode de la différence	121
2) La méthode de l'addition	123
3) Notre avis	124
C. Quelques facteurs influant sur la dépréciation de l'immeuble servant	125
1) La dépréciation de la valeur vénale de la partie touchée	125
2) La dépréciation de la valeur vénale de la partie restante	126
§ III. La forme de l'indemnité	127
§ IV. Le moment du paiement	129
§ V. Le cas particulier de l'indemnité pour la perte d'un rang	130
 Chapitre 6 : Synthèse de la première partie.....	 135
 Deuxième partie : La constitution de la servitude de passage nécessaire ...	 139
 Chapitre 1 : Remarques liminaires	 141
 Chapitre 2 : Le contrat constitutif de servitude de passage nécessaire	 145
§ I. La qualification juridique.....	145
§ II. Les clauses objectivement essentielles.....	148
A. Généralités.....	148
B. La désignation des parties.....	149
C. La désignation de l'immeuble grevé et de l'immeuble dominant.....	150
D. L'octroi d'une servitude - à fondement légal ?.....	151
E. La description du contenu de la servitude	153
1) Généralités	153
2) L'assiette de la servitude	154
3) Excursus : Quid d'une servitude dont le contenu excède la nécessité ?.....	156
F. L'indemnisation.....	157
§ III. Les clauses secondaires et les conventions annexes	159
A. Généralités.....	159
B. Les clauses précisant le but ou le contenu de la servitude	160
C. La durée du droit.....	161
D. Les autres obligations découlant de la servitude.....	161
E. Les clauses d'exécution.....	162
F. La postposition de certains droits antérieurs	163
§ IV. La forme du contrat	164
A. Généralités.....	164
B. <i>Excursus</i> : Le rôle de l'officier public	167
V. Proposition de modèle de contrat	169

Chapitre 3 : L’action en octroi de la servitude de passage nécessaire171

- § I. L’objet et la nature de l’action.....171
 - A. L’objet de l’action171
 - B. La matière patrimoniale de l’action et sa valeur litigieuse171
 - C. La nature de l’action selon le prononcé requis.....174
 - 1) Une action formatrice ?174
 - 2) Une action condamnatoire.....177
- § II. L’introduction de l’instance178
 - A. Le for178
 - B. La procédure applicable181
 - C. Les mesures provisionnelles181
- § III. Les parties au procès.....184
 - A. Généralités.....184
 - B. La détermination des parties184
 - C. Les changements de titularité au rapport de droit188
- § IV. Les moyens de preuve192
 - A. Généralités.....192
 - B. L’inspection193
 - C. L’expertise195
- § V. L’issue du procès198
 - A. La clôture de la procédure198
 - B. Les frais.....200
 - C. L’exécution du jugement.....202
 - 1) L’exécution en nature202
 - 2) L’exécution en argent205
- § VI. Propositions de conclusions et de dispositif.....206
 - A. Proposition de conclusions206
 - B. Proposition de dispositif210

Chapitre 4 : L’opération d’acquisition proprement dite213

Chapitre 5 : Synthèse de la deuxième partie217

**Troisième partie : Spécificités de la servitude de passage nécessaire
quant à ses effets et son extinction..... 219**

Chapitre 1 : L’interprétation de la servitude.....221

- § I. Généralités.....221
- § II. La détermination du caractère légal de la servitude225
 - A. La position actuelle de la jurisprudence225
 - B. La critique de cette position.....226
 - C. Notre proposition.....228
- § III. Quelques précisions sur la détermination du contenu de la servitude230
 - A. Une servitude garantissant le droit de « passer »230

B.	Une servitude en principe indéterminée.....	231
C.	Quid d'une assiette imprécise ?.....	232
D.	Quid des limitations au passage visibles sur le terrain ?.....	232
Chapitre 2 : Aspects choisis quant aux effets de la servitude de passage		
nécessaire	235	
§ I.	Remarques liminaires	235
§ II.	Les frais relatifs au passage.....	235
A.	En général.....	235
B.	Les frais d'entretien du passage.....	237
C.	Les frais de construction du passage	238
§ III.	Les besoins nouveaux du fonds dominant	239
§ IV.	La modification de la servitude.....	244
A.	Le changement de l'assiette de la servitude	244
B.	La division d'un fonds.....	249
Chapitre 3 : L'extinction de la servitude de passage nécessaire		
251		
§ I.	Remarques liminaires	251
§ II.	Les motifs d'extinction	252
A.	Généralités.....	252
B.	L'existence d'une (nouvelle) issue suffisante sur la voie publique	252
C.	La fin de l'état de nécessité proprement dit.....	254
D.	La disproportion entre l'utilité et la charge	255
E.	Un autre immeuble à grever ?	256
§ III.	L'extinction proprement dite.....	258
A.	Généralités.....	258
B.	Les solutions retenues en doctrine	259
C.	Notre avis	261
§ IV.	Quid d'une restitution de l'indemnité ?.....	262
Chapitre 4 : Synthèse de la troisième partie.....		
269		
Conclusion		271
Bibliographie.....		275

Liste des abréviations

§	paragraphe
Abs.	Absatz (alinéa)
ACJC	Arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice du Canton de Genève
AI	Canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
Art.	Artikel (article)
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BE	Canton de Berne
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
BK	Berner Kommentar (commentaire bernois)
BO	Bulletin officiel
BSK	Basler Kommentar (commentaire bâlois)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
cf.	confer
ch.	chiffre
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civile suisse (livre cinquième : Droit des obligations) (RS 220)
consid.	considérant(s)
CPC	Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPra	Commentaire pratique
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999
DC	Revue du droit de la construction et des marchés publics
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
etc.	et cetera
ex.	exemple(s)
FF	Feuille fédérale
FR	Canton de Fribourg

fr.	Francs suisses
GBV	Grundbuchverordnung (ORF)
GE	Canton de Genève
GR	Canton des Grisons
i.e.	id est
JAB	Jurisprudence administrative bernoise
JdT	Journal des Tribunaux
KGer	Kantonsgericht
Komm.	Kommentar (commentaire)
LAT	Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (RS 700)
LATC/VD	Loi vaudoise sur l'aménagement du territoire et les constructions du 4 décembre 1985
LCAP	Loi fédérale du 4 octobre 1974 encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements (RS 843)
LCI/GE	Loi genevoise sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988.
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
let.	lettre(s)
LEx	Loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (RS 711)
LFH	Loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (RS 721.80)
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et faillite (RS 281.1)
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LU	Canton du Lucerne
m ²	mètres carrés
n.	numéro(s) marginal(aux)
nbp.	note de bas de page
NE	Canton de Neuchâtel
no	numéro(s)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OMO	Ordonnance du 18 novembre 1992 sur la mensuration officielle (OMO ; RS 211.432.2).

OPB	Ordonnance du 15 décembre 1986 sur la protection contre le bruit (RS 814.41)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches / Fünfter Teil: Obligationenrecht) (CO)
ORF	Ordonnance du 23 septembre 2011 sur le registre foncier (RS 211.432.1)
p.	page(s)
p.a.	par analogie
ph.	phrase
PJA	Pratique juridique actuelle
PKG	Praxis des Kantonsgerichts (Canton des Grisons)
PPE	propriété par étages
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
réf. cit.	références citées
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RtiD	Rivista ticinese di diritto
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s. / ss	suivant(e) (s)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (LP)
SJ	La Semaine judiciaire (Genève)
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal cantonal
TI	Canton du Tessin
TF	Tribunal fédéral
T.f.	Titre final
VD	Canton de Vaud
vol.	volume
VS	Canton du Valais
VSS	Verband der Strassen- und Verkehrsfachleute (Association des professionnels de la route et des transports)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (CC)

ZH	Canton de Zurich
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (CPC)
ZK	Zürcher Kommentar (commentiare zurichois)

Introduction

Sujet de notre étude, la servitude de passage nécessaire fait l'objet de l'art. 694 CC, dont la teneur est la suivante :

¹ *Le propriétaire qui n'a qu'une issue insuffisante sur la voie publique peut exiger de ses voisins qu'ils lui cèdent le passage nécessaire, moyennant pleine indemnité.*

² *Ce droit s'exerce en premier lieu contre le voisin à qui le passage peut être le plus naturellement réclamé en raison de l'état antérieur des propriétés et des voies d'accès, et, au besoin, contre celui sur le fonds duquel le passage est le moins dommageable.*

³ *Le passage nécessaire sera fixé en ayant égard aux intérêts des deux parties.*

Cette disposition introduit une restriction légale de droit privé à la propriété foncière et fonde un droit à l'obtention d'une servitude dite « légale » ou « nécessaire » : la servitude de passage nécessaire (également appelée le droit de passage nécessaire ; *der Notweg*). Dite servitude a pour but de permettre l'utilisation rationnelle d'un immeuble jusqu'alors privé d'issue suffisante sur la voie publique. Ce faisant, elle concrétise la raison d'être des règles du droit de voisinage : réduire la liberté d'un propriétaire foncier au profit d'un ou plusieurs de ses voisins, afin de faciliter leur coexistence pacifique et la meilleure exploitation possible de leurs immeubles respectifs.

Le droit de passage nécessaire est une vieille institution : l'art. 694 CC, dans sa teneur actuelle, est en effet directement issu des dispositions cantonales préexistantes au Code civil de 1907¹. Cette disposition a par ailleurs fait l'objet

¹ Pour un historique, cf. ATF 80 II 311 *in* JdT 1955 I 280, consid. 2 : « L'art. 694 est issu des dispositions cantonales sur le „passage nécessaire“. Elles subordonnent le droit au fait que la communication d'un bâtiment ou d'un bien-fonds agricole avec des voies publiques est coupée ou que l'immeuble n'est situé au bord d'aucune voie publique (Zurich § 139 CC ; Schaffhouse § 515 CC ; Bâle-Ville § 10 loi sur les droits de voisinage ; Grisons § 230 CC ; Zoug § 168 CC) ; – ou bien qu'il n'a pas les droits de passage à pied ou à char ni le passage pour abreuver le bétail qui lui sont absolument nécessaires („*unumgänglich notwendig*“ ; sic Glaris § 28 CC) ; – ou bien n'a pas d'accès à un chemin commun ou a seulement un accès insuffisant (Soleure § 375 CC ; Argovie § 493 CC, § 53 code rural ; Thurgovie § 33 code rural). Les cantons romands ne conféraient le droit qu'au „propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a aucune issue sur la voie publique“ (dispositions reprises de l'art. 682 CC français, modifié par la loi du 20 août 1881). De même, l'art. 296 du CC

de l'excellente thèse de doctorat de K. CARONI-RUDOLF, parue en 1969 sous le titre « *Der Notweg* », à laquelle nous nous référerons fréquemment.

- 4 L'ancre historique de cette disposition légale et son immuabilité n'en font pas pour autant un sujet d'étude démodé ou redondant. Bien au contraire, celui-ci présente un réel besoin d'actualisation. Les raisons en sont multiples : sur le fond, les problématiques d'accès se sont complexifiées par l'influence grandissante du droit public et par la densification, entraînant avec elle la création de « micro-parcelles » et la multiplication des chemins d'accès ; sur la forme, la modification du Code civil du 11 décembre 2009 et l'unification de la procédure civile fédérale ont fait éclore de nouvelles questions juridiques à résoudre. Il s'agit enfin de recenser et de commenter la jurisprudence des tribunaux et les avis doctrinaux parus sur ou de manière connexe à notre sujet.
- 5 Sous couvert d'un sujet circonscrit, plusieurs de nos développements seront en réalité susceptibles de s'appliquer plus largement qu'au seul objet de notre étude. Outre les droits réels, nous traiterons ainsi de questions ayant trait à d'autres domaines du droit tels que le droit des obligations, le droit des constructions, l'expropriation ou encore la procédure civile. Aussi, si ce travail présente l'apparente facilité d'un sujet délimité, notre défi n'en est pas moins de taille : celui d'une étude la plus complète possible. Ce faisant, nous nous attacherons à proposer des solutions concrètes aux problématiques théoriques abordées.
- 6 Dans un souci pratique, seul le droit positif suisse sera étudié. Nous renonçons ainsi à une analyse historique du droit de passage nécessaire. De même, les conceptions issues de droits étrangers seront uniquement mentionnées dans une approche opportuniste, pour illustrer d'autres perceptions ou solutions présentes ailleurs.
- 7 Cette thèse se divise en trois parties, calquées chronologiquement sur les différentes phases d'existence de la servitude étudiée : la première partie s'intéresse à la créance légale en constitution de la servitude de passage nécessaire ; la deuxième partie s'attache à la constitution proprement dite de cette servitude ; la troisième et dernière partie se concentre sur certaines spécificités de la servitude quant à ses effets et son extinction.

tessinois: „*possessore di un fondo che manca di ogni accesso* ». Pour une perspective historique, voir en outre CARONI-RUDOLF, p. 10 ss.

Première partie : La créance légale en constitution de la servitude de passage nécessaire

Cette première partie s'intéressera à la créance légale en constitution de la servitude de passage nécessaire de l'art. 694 CC. Après avoir rappelé quelques notions générales (Chapitre 1), nous déterminerons les titulaires de la créance légale précitée ainsi que les obligés par cette dernière (Chapitre 2). Il sera ensuite question de l'analyse détaillée des conditions de constitution du droit de passage nécessaire (Chapitre 3), puis des principes permettant de déterminer le fonds servant d'une part, et l'assiette de la servitude d'autre part (Chapitre 4). Nous examinerons enfin certaines questions en lien avec l'indemnité due en contrepartie de la constitution du droit de passage nécessaire (Chapitre 5). Nous concluons cette première partie par une synthèse (Chapitre 6). 8

Chapitre 1 : Notions générales

L'art. 694 CC introduit une restriction légale indirecte à la propriété foncière (§ I.) et fonde une obligation *propter rem* (§ II.) en constitution d'une servitude légale (ou nécessaire) (§ III.). Dans ce premier chapitre, nous développerons brièvement les notions précitées et leurs incidences concrètes sur la créance légale en constitution du droit de passage nécessaire. 9

§ I. Une restriction légale indirecte à la propriété foncière

Le contenu (« *Inhalt* ») de la propriété est défini à l'art. 641 CC, qui ouvre le Livre quatrième du Code civil consacré aux droits réels. A teneur de l'art. 641 al. 1 CC, « le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi »². Le texte légal consacre ainsi simultanément la liberté de disposer et ses limites. 10

La doctrine définit la propriété comme le droit réel conférant à son titulaire la maîtrise totale, exclusive et imprescriptible du bien sur lequel elle porte, dans les limites de l'ordre juridique³. La maîtrise totale conférée par la propriété procure à son titulaire le droit d'user (*usus*), de jouir (*fructus*) et de disposer (*abusus*) du bien lui appartenant⁴. La **liberté du propriétaire** dans l'exercice de son droit de maîtrise est présumée : le fardeau de la preuve de l'existence d'une restriction à la propriété repose sur celui qui l'invoque⁵. 11

Les restrictions, qui peuvent être **légales ou volontaires**, viennent comprimer le droit de propriété, dans une ou plusieurs de ses facultés⁶. Alors que les restrictions **volontaires** se fondent sur un acte juridique⁷ (par la constitution d'un droit réel limité ou d'un droit personnel en faveur d'un tiers), les 12

² Voir également les versions allemande et italienne de l'art. 641 al. 1 CC, qui se réfèrent plus largement et plus justement aux limites de l'ordre juridique (« *in den Schranken der Rechtsordnung* », « *entro i limiti dell'ordine giuridico* »).

³ CR CC II-FoÈX, art 641 CC n. 5 ; STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 29 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 653 ss.

⁴ CR CC II-FoÈX, art 641 CC n. 7 ss ; STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 30.

⁵ TF 5A_710/2013 du 17 février 2014, consid. 2.1 ; ATF 81 II 635, consid. 2.a) ; CR CC II-FoÈX, art. 641 CC n. 19 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 641 CC n. 2-3 ; STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 1388.

⁶ CR CC II-FoÈX, art. 641 CC n. 20. Sur la définition abstraite de la propriété, voir également BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, art. 641 CC n. 9.

⁷ CR CC II-FoÈX, art. 641 CC n. 21 ; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, art. 641 CC n. 38 ; STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 1390 s. ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 689.

restrictions **légales** résultent de l'ordre juridique⁸ (par le biais d'une norme de droit public ou de droit privé). La majorité de ces dernières a trait à la propriété foncière⁹ et repose sur la nécessité de protéger les intérêts privés de tiers – en particulier des voisins – et les intérêts publics face aux droits d'un propriétaire foncier¹⁰.

13 **Les restrictions légales peuvent être directes ou indirectes.** Les restrictions légales sont dites **directes** lorsqu'elles découlent directement de la loi, qui limite *ipso iure* la propriété dès l'avènement des conditions légales¹¹. A teneur de l'art. 680 al. 1 CC, ces restrictions existent sans qu'il y ait lieu de les inscrire au registre foncier. Le pouvoir limitant est dans les seules mains du législateur. Les restrictions légales sont dites **indirectes** lorsque la loi ouvre une prétention visant à ce qu'un propriétaire souffre certaines restrictions dans l'exercice de son droit¹². La restriction est constituée après une mise en œuvre de ladite prétention et ne limite la propriété qu'après la constitution d'un droit réel, par le biais d'une inscription au registre foncier¹³. Le pouvoir limitant revient *in fine* au bénéficiaire de la prétention, d'où une composante contentieuse à ce type de restrictions.

14 Parmi les restrictions à la propriété, les **restrictions légales indirectes** illustrent le mieux le principe selon lequel la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres. Appliqué à la propriété foncière, cela revient à dire que la liberté des propriétaires fonciers dans l'exercice de leur droit s'arrête là où commence celle de leurs voisins¹⁴. Les restrictions légales indirectes issues du **droit de voisinage** ont ainsi précisément pour objectif de tenir compte des intérêts des propriétaires voisins, de manière à assurer leur coexistence

⁸ CR CC II-FoEX, art. 641 CC n. 22 ; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, art. 641 CC n. 39 ; STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 1392 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 686 s.

⁹ STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 1394 ; CARONI-RUDOLF, p. 14.

¹⁰ CARONI-RUDOLF, p. 14-15 ; BOSSHART, p. 27.

¹¹ CR CC II-FoEX, art. 641 CC n. 23 ; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, art. 641 CC n. 39 ; STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 1394 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 688.

¹² CR CC II-FoEX, art 641. CC n. 23 ; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, art. 641 CC n. 39 ; STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 1394 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 688 ; BOSSHART, p. 33.

¹³ STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 1394 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 688.

¹⁴ Voir LIVER, Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen, p. 753 : « Die mittelbaren gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen stellen zwischen den Grundeigentümern eine Verbindung her, in welche rein Ausgleich zwischen Überfluss auf der einen und Mangel auf der anderen Seite stattfindet und der Gesamtnutzen sich erhöht, indem der Belastung des einen Grundstückes ein ungleich grösserer Vorteil des anderen entsprechen kann. Darin liegt die wirtschaftliche und soziale Funktion dieser mittelbaren gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen ». Dans le même ordre d'idée, voir BOSSHART, p. 37.

pacifique et permettre la meilleure exploitation possible de chaque fonds (fonction économique-sociale du droit de voisinage)¹⁵.

Fort de ces considérations, **qu'en est-il de l'institution du droit de passage nécessaire** ? Dans les pays voisins de la Suisse, sa nature juridique ne fait pas l'objet d'un consensus¹⁶. Le droit italien¹⁷ et le droit autrichien¹⁸ conçoivent le droit de passage nécessaire comme une restriction légale indirecte à la propriété foncière. A l'inverse, le droit français et le droit allemand appréhendent le droit de passage nécessaire comme une restriction légale directe à la propriété ; ainsi, le Code civil français, sous le chapitre intitulé « Des servitudes établies par la loi », instaure une servitude légale existant du seul effet de la loi¹⁹. Le droit allemand va encore plus loin : le passage nécessaire ne se concrétise pas sous la forme d'une servitude, mais constitue une limite *ex lege* au contenu du droit de propriété du propriétaire débiteur du passage, tenu de tolérer celui-ci sur son immeuble (*Duldungspflicht*)²⁰.

¹⁵ STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2601 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 946 ; LIVER, Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen, p. 753.

¹⁶ Pour des approfondissements de droit comparé, voir les contributions de BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC, p. 371 (*Rechtsvergleichung*) et de CARONI-RUDOLF, p. 36-48, qui conservent toute leur pertinence.

¹⁷ Cf. art. 1051 à 1055 du *Codice Civile*, sous la section intitulée « *Del passaggio coattivo* ». Voir en particulier l'art. 1051 al. 1 : « *Il proprietario, il cui fondo è circondato da fondi altrui, e che non ha uscita sulla via pubblica né può procurarsela senza eccessivo dispendio o disagio, ha diritto di ottenere il passaggio sul fondo vicino per la coltivazione et il conveniente uso del proprio fondo* ».

¹⁸ Cf. *Gesetz vom 7. Juli 1896, betreffend die Einräumung von Nothwegen*. Voir en particulier § 1 : « *Für eine Liegenschaft, welche der für die Zwecke einer ordentlichen Bewirtschaftung oder Benützung nöthigen Wegeverbindung mit dem öffentlichen Wegenetze entbehrt, sei es, dass eine Wegeverbindung gänzlich mangelt oder dass sie unzulänglich erscheint, kann der Eigenthümer in jenen Fällen, in denen für die Befriedigung des Wegebedürfnisses nicht die Voraussetzungen der Enteignung oder unentgeltlichen Gestattung nach §. 365 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches oder nach sonstigen hiefür erlassenen Gesetzen eintreten, die gerichtliche Einräumung eines Nothweges über fremde Liegenschaften nach Maßgabe dieses Gesetzes begehren* ».

¹⁹ Cf. art. 682 à 685-1 du Code civil français. Voir en particulier l'art. 682 : « Le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue, ou qu'une issue insuffisante, soit pour l'exploitation agricole, industrielle ou commerciale de sa propriété, soit pour la réalisation d'opérations de construction ou de lotissement, est fondé à réclamer sur les fonds de ses voisins un passage suffisant pour assurer la desserte complète de ses fonds, à charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner ». Le contrat constitutif de servitude ou la décision judiciaire n'auront pour but que de déterminer le contenu et l'assiette de la servitude légale, mais non son existence, qui résulte automatiquement de l'état des lieux, voir TERRÉ/SIMLER, n. 880 et 906.

²⁰ Cf. § 917 à 918 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Voir en particulier § 917 (1) : « *Fehlt einem Grundstück die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege, so kann der Eigentümer von den Nachbarn verlangen, dass sie bis zur Hebung des Mangels die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden. Die Richtung des Notwegs und der Umfang des Benutzungsrechts werden erforderlichenfalls durch Urteil bestimmt* ». Voir également HERRLER, § 917 n. 12.

- 16 En droit suisse, jurisprudence et doctrine rangent le droit de passage nécessaire de l'art. 694 CC dans la **catégorie des restrictions légales indirectes à la propriété foncière**²¹. Cette qualification fait l'objet de l'opinion divergente, à notre connaissance isolée, de T. SUTTER-SOMM, selon qui l'art. 694 CC constituerait une restriction légale directe à la propriété. Son raisonnement est le suivant : le devoir de tolérer le passage existe directement de par la loi à l'avènement des conditions prévues par l'art. 694 CC, ce sans nécessiter une inscription au registre foncier. Cette obligation réelle est complétée par le droit du bénéficiaire du passage de faire inscrire une servitude légale au registre foncier : seule l'existence de la servitude légale est indirecte – car nécessitant un contrat de servitude ou un jugement formateur – à l'inverse de l'obligation de tolérer le passage qui restreint *ipso iure* la propriété²².
- 17 Cette opinion ne convainc pas, en ce qu'elle crée un flou inopportun autour de la notion de restriction. En effet, s'il est exact que l'avènement des conditions de l'art. 694 CC donne naissance à une créance légale, il ne s'agit pas encore à proprement parler d'une restriction à la propriété. Le propriétaire du fonds assujéti n'est pas directement débiteur d'un passage, mais d'une créance en constitution d'un droit de passage²³. En outre, la forme potestative figurant à l'art. 694 al. 1 CC démontre que le choix de restreindre un propriétaire dans son droit revient au bénéficiaire de la prétention ; ce dernier peut renoncer à faire valoir son droit. Dans cette mesure, le passage nécessaire n'est pas un droit de passage établi par loi²⁴. N'existant pas *ipso iure*, la restriction ne saurait alors être qualifiée de restriction directe à la propriété.
- 18 L'art. 694 CC ne restreint enfin pas uniquement le droit de propriété sur l'immeuble à grever, mais également les droits réels limités inscrits, respectivement les droits personnels annotés, sur ce même immeuble²⁵. Le bénéficiaire du droit de passage nécessaire doit toutefois faire valoir sa prétention à l'égard des titulaires desdits droits, à défaut de quoi la servitude constituée sera primée par les droits antérieurement constitués en vertu du principe de la priorité dans le temps (*prior tempore potior iure*) – ce qui entérine la thèse du caractère indirect de la restriction légale.

²¹ TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 in SJ 2017 I p. 121, consid. 3.3.1 ; ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291, consid. 3.1 ; CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 1 ; CHK-GÖKSU, art. 694 CC n. 1 ; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, art. 641 CC n. 39 ; BK-REY, Vorbemerkungen zu den Art. 730-736, p. 116 n. 27 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2698 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 688.

²² SUTTER-SOMM, n. 819 et 835.

²³ Dans ce sens : CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 2 ; CARONI-RUDOLF, p. 19.

²⁴ ATF 86 II 235 in JdT 1961 I 216, consid. 2.

²⁵ BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 17 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 10. Pour plus de développements, voir *infra* § 84 ss.

§ II. Une obligation *propter rem*

Une obligation *propter rem* (obligation dite réelle, *Realobligation*) est **une obligation qui a pour objet une prestation positive et dont le débiteur est désigné par le droit réel qu'il a sur une chose ou par la possession qu'il en a**²⁶. Il est fréquent, en particulier dans les rapports de voisinage, que le créancier d'un rapport d'obligations soit également désigné par sa relation à une chose ; c'est toutefois la désignation de la personne du débiteur qui est déterminante pour caractériser l'obligation *propter rem*²⁷.

L'obligation *propter rem* n'est pas un droit réel, ni ne se situe à mi-chemin entre les obligations personnelles et les droits réels²⁸. Le rattachement de l'obligation au titulaire d'un droit réel ne modifie pas la nature juridique du rapport de droit, qui demeure un **rapport d'obligations**²⁹ : l'obligation *propter rem* n'a pas d'effet *erga omnes*, mais vise uniquement le débiteur désigné par son rapport avec la chose et contre qui le créancier doit faire valoir son droit, à défaut de droit direct sur la chose elle-même³⁰. La créance garde ainsi un caractère strictement relatif et ne se transforme pas en droit absolu³¹.

L'obligation d'accorder une servitude de passage nécessaire, de même que l'obligation de payer une indemnité en contrepartie de la constitution de cette servitude, sont des obligations *propter rem*³². Ces obligations réelles réciproques sont légales, puisque rattachées aux immeubles assujettis *ipso iure* par l'effet de l'art. 694 CC³³. En outre, dans ce rapport d'obligations, non seulement le(s) débiteur(s) (*i.e.* le(s) propriétaire(s), éventuellement le(s)

²⁶ ATF 92 II 147 in JdT 1967 I 174, consid. 4 ; ATF 92 II 227 in JdT 1967 I 264, consid. 1 ; BK-REY, Systematischer Teil, p. 31 n. 81 ; BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, n. 271 ; SUTTER-SOMM, n. 48 ; DESCHENAUX, Obligations propter rem, p. 713 et p. 740.

²⁷ DESCHENAUX, Obligations propter rem, p. 715. Voir également l'ATF 92 II 227 in JdT 1967 I 264, consid. 1 et BK-REY, Systematischer Teil, p. 32 n. 85, qui se réfèrent à la seule personne du débiteur dans leur définition.

²⁸ BK-REY, Systematischer Teil, p. 33 n. 88 ; SUTTER-SOMM, n. 48 ; VENTURA, p. 23 ; DESCHENAUX, Obligations propter rem, p. 713 ; PIOTET P., Le droit de l'entrepreneur, p. 521.

²⁹ BK-REY, Systematischer Teil, p. 33 n. 88 ; BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, n. 287 ; SUTTER-SOMM, n. 48.

³⁰ BK-REY, Systematischer Teil, p. 33 n. 88 ; VENTURA, p. 23 ; DESCHENAUX, Obligations propter rem, p. 713 et p. 716.

³¹ DESCHENAUX, Obligations propter rem, p. 712.

³² BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 3 ; BK-REY, Vorbemerkungen zu den Art. 730-736, p. 119 n. 39 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 8 ; SUTTER-SOMM, n. 819 et 835 ; CARONI-RUDOLF, p. 19.

³³ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 2 et 4 ; LIVER, Das Eigentum, p. 267 ; DESCHENAUX, Obligations propter rem, p. 713.

titulaire(s) de droits réels limités), mais également le(s) créancier(s), sont déterminés en fonction de leurs droits sur les immeubles concernés³⁴.

22 De nature relative, la créance en constitution d'un droit de passage nécessaire est ainsi soumise au régime ordinaire du droit des obligations. Elle emporte toutefois quelques particularités, qui nous amènent à formuler **trois remarques** :

23 1° Premièrement, en cas de **transfert du droit réel** à laquelle elle est rattachée, l'obligation *propter rem* de constituer la servitude s'éteint en la personne de l'aliénateur ; en effet, de par son rattachement *propter rem*, l'obligation est liée à la titularité d'un droit réel, dont elle est indissociable³⁵, avec pour conséquence que l'aliénateur se trouve dans l'impossibilité non fautive (art. 119 CO)³⁶ de constituer une servitude sur un immeuble dont il n'est plus propriétaire (ou de postposer des droits réels limités dont il n'est plus titulaire). Quant à l'acquéreur, il devient débiteur dès le moment où il entre dans un rapport réel avec l'immeuble auquel s'attache l'obligation *propter rem*³⁷.

24 A cet égard, H. DESCHENAUX a comparé l'obligation réelle à une « sorte d'accessoire passif de la propriété ou du droit réel »³⁸. Il est exact que l'obligation de constituer la servitude de passage nécessaire existe, du moins à l'état latent, sur tout immeuble remplissant les conditions légales de l'art. 694 CC. L'obligation, en tant que dette personnelle, ne grève toutefois pas directement la propriété mais se rattache au propriétaire, de sorte que la notion d'« accessoire réel » peut à notre avis être source de confusion. Il n'en demeure pas moins que dans le cas particulier de l'art. 694 CC, la **cession et la reprise de l'obligation** de constituer le droit de passage en dehors du transfert d'un droit réel ne sont pas concevables : les art. 164 ss et 175 ss CO ne sauraient dès lors trouver application³⁹.

25 Le rattachement *propter rem*, tant du côté actif que passif, implique également qu'une action judiciaire visant à la constitution d'un droit de passage nécessaire ne peut plus être intentée par l'ancien propriétaire du

³⁴ BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 3 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 8 ; CARONI-RUDOLF, p. 19.

³⁵ CARONI-RUDOLF, p. 123 ; DESCHENAUX, Obligations *propter rem*, p. 718 et 741.

³⁶ Dans ce sens : DESCHENAUX, Obligations *propter rem*, p. 742.

³⁷ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 2 ; DESCHENAUX, Obligations *propter rem*, p. 742 ; PIOTET P., Le droit de l'entrepreneur, p. 521.

³⁸ Cf. DESCHENAUX, Obligations *propter rem*, p. 718, qui se contente d'une comparaison, sans entériner la qualification d'accessoire du droit réel.

³⁹ ATF 122 III 45 *in* JdT 1999 I 42, consid. 4.b) ; DESCHENAUX, Obligations *propter rem*, p. 740.

fonds bénéficiaire, faute de légitimation active⁴⁰, ni être dirigée contre l'ancien propriétaire du fonds à grever, faute de légitimation passive⁴¹. En cas d'aliénation d'un des immeubles en cours d'instance, il s'opère une **substitution de partie** (de la partie demanderesse en cas d'aliénation du fonds dominant, respectivement de la partie défenderesse en cas d'aliénation du fonds servant)⁴².

Par ailleurs, à la suite d'une **réalisation forcée** d'un immeuble légalement assujéti, la créance en octroi du passage nécessaire s'exercera contre l'adjudicataire ou l'acquéreur de gré à gré – alors débiteurs de la créance légale rattachée *propter rem* à la propriété de l'immeuble⁴³. Que lesdits débiteurs aient connu ou ignoré l'existence de la créance n'y change rien : l'obligation de constituer la servitude nécessaire leur est opposable⁴⁴.

2° Deuxièmement, **la prétention en octroi de la servitude ne se prescrit pas**⁴⁵. L'obligation de constituer une servitude de passage nécessaire existe en effet tant que dure la situation de fait qui la justifie, à savoir l'absence d'issue suffisante sur la voie publique⁴⁶. Cette imprescriptibilité ne résulte pas du seul rattachement *propter rem* de l'obligation, puisque la majorité des obligations dites réelles est sujette à prescription ou à péremption (selon les règles ordinaires ou des dispositions légales spécifiques)⁴⁷. Elle découle bien plus du but de la prétention, visant à supprimer un état de

⁴⁰ CPC annoté-BOHNET, art. 83 CPC n. 4 ; JEANDIN N., Parties au procès, p. 27.

⁴¹ JEANDIN N., Parties au procès, p. 28 ; DESCHENAUX, Obligations *propter rem*, p. 742.

⁴² Sur cette question, voir *infra* § 550 ss.

⁴³ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 3 ; PIOTET P., Le droit à l'hypothèque légale, p. 207.

⁴⁴ Cf. notamment CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 3, qui précise que la créance n'a pas à apparaître à l'état des charges. Cette solution a également été retenue par le Tribunal fédéral dans un ATF 95 II 31 in JdT 1970 I 153, consid. 4, au sujet d'une hypothèque légale : « Les immeubles tombent dans la masse avec les restrictions légales indirectes de la propriété foncière dont ils sont affectés, y compris l'obligation *propter rem* de souffrir la constitution d'une hypothèque légale d'artisan ou d'entrepreneur qui résulte de l'art. 837 al. 1^{er} ch. 3 CC. Il faut dès lors admettre l'inscription de cette hypothèque même après le jugement de faillite ». Contrairement à ce qui prévaut pour l'obligation de constituer une servitude légale, l'opposabilité de l'obligation de constituer l'hypothèque légale à l'acquéreur de bonne foi ou aux créanciers gagistes de rang antérieur demeure controversée en doctrine (pour une critique de la solution jurisprudentielle, voir notamment PIOTET D., L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, p. 8-9).

⁴⁵ BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 11 ; LIVER, Das Eigentum, p. 274-275 ; CARONI-RUDOLF, p. 123 ; DESCHENAUX, Obligations *propter rem*, p. 746.

⁴⁶ DESCHENAUX, Obligations *propter rem*, p. 746 ; PIOTET P., Le droit à l'hypothèque légale, p. 207 ; PIOTET P., Le droit de l'entrepreneur, p. 521.

⁴⁷ Par exemple : la créance récursoire du copropriétaire qui a payé au-delà de sa part selon l'art. 649 CC se prescrit par dix ans selon l'art. 127 CO ; la créance du superficiaire en paiement de l'indemnité de retour de l'art. 779d CC se prescrit par dix ans selon l'art. 127 CO ; la créance en constitution d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs se périmé dans les quatre mois qui suivent l'achèvement des travaux selon l'art. 839 al. 2 CC ; la créance en remboursement de l'usufruitier pour ses impenses se prescrit par un an selon l'art. 754 CC ; etc.

nécessité⁴⁸ : tant que celui-ci dure, l'obligation d'accorder la servitude nécessaire perdure⁴⁹. Il n'y a ainsi pas de *dies a quo* faisant courir un délai de prescription⁵⁰.

28 3° Troisièmement, l'obligation légale réelle de constituer une servitude de passage nécessaire ne peut **pas être supprimée conventionnellement avec effet contraignant à l'égard des tiers**. En d'autres termes, il n'est pas possible de renoncer de manière anticipée et définitive à l'exercice de la prétention en octroi du passage nécessaire⁵¹. D'une part, en vertu du *numerus clausus* des droits réels, l'engagement à ne pas faire valoir une prétention visant à la constitution d'un droit réel limité ne peut pas être constitué sous la forme d'un droit réel, car son contenu ne correspond pas à celui d'une servitude, d'une charge foncière ou encore d'un gage⁵². D'autre part, en vertu du *numerus clausus* des annotations, une renonciation conventionnelle au droit légal n'est pas un droit personnel susceptible d'être annoté au registre foncier (art. 959 CC *a contrario*)⁵³. Il en résulte que l'obligation de constituer la servitude de passage nécessaire ne peut pas faire l'objet d'une renonciation opposable aux tiers.

29 En revanche, rien n'interdit à un propriétaire de renoncer conventionnellement à exercer sa prétention à l'égard d'un voisin déterminé : telle convention n'est soumise à aucune exigence de forme (art. 115 CO) ; elle n'est valable qu'*inter partes*⁵⁴ et ne s'impose *a fortiori* pas au juge civil, dans l'hypothèse où celui-ci serait amené à devoir déterminer quel voisin est débiteur du passage selon les règles de l'art. 694 al. 2 CC. Intégrant une renonciation à un droit dit « nécessaire » (*Notrecht*), cette renonciation court toutefois le risque d'être qualifiée d'engagement excessif au sens de l'art. 27 al. 2 CC, et, partant, frappée de nullité⁵⁵. Il convient dès lors d'apporter une attention particulière aux conséquences pratiques d'une telle renonciation par rapport aux possibilités d'utilisation

⁴⁸ CARONI-RUDOLF, p. 123.

⁴⁹ CARONI-RUDOLF, p. 123.

⁵⁰ Dans le même sens, voir LIVER, *Das Eigentum*, p. 274-275, pour qui la prétention en passage nécessaire est un acte de pure faculté qui, selon l'adage « *in facultatis non datur prescriptio* », ne se prescrit pas. Voir également la position de DESCHENAUX, *Obligations propter rem*, p. 746, selon qui l'obligation *propter rem*, en tant qu'accessoire négatif du droit réel, participe à l'imprescriptibilité de ce dernier.

⁵¹ CR CC II-PIOTET, art. 680 CC n. 16 ; LIVER, *Das Eigentum*, p. 274-275 ; CARONI-RUDOLF, p. 122.

⁵² BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 12 ; CARONI-RUDOLF, p. 122.

⁵³ ATF 89 I 547 *in* JdT 1964 I 539 ; CR CC II-PIOTET, art. 680 CC n. 16 ; CARONI-RUDOLF, p. 122.

⁵⁴ BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 12.

⁵⁵ Dans ce sens : MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 12.

du bien-fonds, à la durée de la renonciation et à la contre-prestation convenue⁵⁶.

§ III. Une servitude légale

Le Code civil consacre quatre servitudes dites « légales » ou « nécessaires » : la servitude d'empîement (art. 674 al. 3 CC), la servitude de conduite (art. 691 CC), la servitude de passage nécessaire (art. 694 CC) et la servitude de fontaine nécessaire (art. 710 CC). Ces quatre dispositions légales visent à mettre fin à des situations de fait que la loi juge insatisfaisantes, en permettant à un propriétaire foncier d'exiger, à certaines conditions, la constitution d'une servitude sur l'immeuble de son voisin. Elles autorisent ainsi le principe de la constitution d'une servitude contre la volonté du propriétaire de l'immeuble à grever ; aussi, selon l'expression consacrée par le Tribunal fédéral, la constitution d'une servitude légale équivaut à une « **expropriation de droit privé** »⁵⁷.

Les quatre servitudes légales précitées ont pour autre point commun que leur constitution est conditionnée au versement d'une **indemnité intégrale**, calculée selon les règles applicables à l'indemnité d'expropriation⁵⁸ (« contre réparation intégrale du dommage », art. 691 al. 1 CC ; « moyennant pleine indemnité », art. 694 al. 1 CC ; « contre pleine indemnité », art. 710 al. 1 CC). Le texte de l'art. 674 al. 3 CC, où il est question d'« indemnité équitable » est malheureux : il est admis que cette divergence terminologique est sans portée pratique⁵⁹.

En tant que telle, la servitude légale ne constitue pas une nouvelle catégorie de droit réel limité⁶⁰, mais prend la forme d'une **servitude foncière**⁶¹, à savoir un droit réel limité constitué en faveur du propriétaire actuel d'un immeuble (le fonds dominant) imposant certaines charges au propriétaire d'un autre immeuble (le fonds servant) (art. 730 al. 1 CC). Fondée sur le droit de

⁵⁶ Pour un exemple d'application de l'art. 27 al. 2 CC, voir l'ATF 123 III 337 relatif à la mise en péril de l'avenir économique de l'acquéreur d'un immeuble en raison d'une servitude l'empêchant d'en faire un usage conforme à sa profession.

⁵⁷ Voir notamment TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121, consid. 3.3.1 ; ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 3.1 ; ATF 114 II 230 *in* JdT 1989 I 144, consid. 4.a).

⁵⁸ Voir *infra* § 330 ss.

⁵⁹ CR CC II-MARCHAND, art. 674 CC n. 29-30 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 99.

⁶⁰ BK-REY, Vorbemerkungen zu den Art. 730-736, p. 116 n. 30.

⁶¹ Sur la question de l'admissibilité de la constitution d'un droit de passage nécessaire sous la forme d'une servitude personnelle, voir *infra* § 67 ss.

voisinage, son but est de permettre une exploitation rationnelle et durable d'un immeuble vis-à-vis d'un autre immeuble.

- 33 Ces servitudes sont **dites « nécessaires »**⁶² car elles sont subordonnées à l'existence d'un véritable état de nécessité. Elles sont également **dites « légales »** (*gesetzliche Dienstbarkeit ; Legalservitut*) car elles reposent sur une créance légale, quand bien même elles ne naissent pas directement par l'effet de la loi⁶³. Dans cette mesure, elles s'opposent aux servitudes **dites « volontaires »**, constituées par accord entre les parties et sans obligation légale en ce sens. Pour des motifs avant tout probatoires, les feuillets des fonds servants et dominants doivent indiquer la nature légale de la servitude (art. 98 al. 2 let. d ch. 1 ORF).
- 34 A ce stade, se pose la question de savoir ce qui confère à la servitude sa nature légale : est-ce la situation de fait existant au moment de sa constitution (*i.e.* l'existence d'un état de nécessité), son mode de constitution (*i.e.* par accord des parties ou après la condamnation judiciaire du propriétaire grevé), ou encore son inscription comme telle au registre foncier ? Nous le verrons, la question a son importance lorsqu'il s'agit d'interpréter la servitude ou d'envisager sa radiation⁶⁴.
- 35 A notre sens, il ne faut ici pas confondre la nature juridique de la servitude avec l'opposabilité de cette nature aux tiers de bonne foi. Il s'agit là de deux problématiques distinctes. Ce qui différencie la servitude légale de la servitude volontaire, **c'est la restriction légale indirecte qui y est attachée**⁶⁵ : au moment de sa constitution, le propriétaire du fonds servant se trouve dans l'obligation de constituer la servitude, compte tenu de l'avènement des conditions légales, et est de surcroît conscient de dite obligation. La dénomination allemande de « *Zwangsdienstbarkeit* », faisant intervenir l'idée de contrainte, illustre bien le propos. Peu importe l'indication de la nature légale de la servitude au registre foncier ou dans les pièces justificatives : cela n'influe que sur l'opposabilité de cette nature aux tiers⁶⁶ ; peu importe également que la servitude soit constituée

⁶² Le mot « nécessaire » se retrouve par ailleurs dans les notes marginales des art. 694 CC (passage nécessaire ; *Notweg ; accesso necessario*) et 710 CC (fontaine nécessaire ; *Notbrunnen ; fontana necessaria*).

⁶³ PIOTET D., Les droits réels limités en général, p. 56.

⁶⁴ Voir *infra* § 643 ss et § 719 ss.

⁶⁵ Dans ce sens, voir PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 22 : « [u]ne servitude nécessaire prend naissance lorsqu'une restriction légale indirecte à la propriété foncière conduit à la constitution de la servitude ».

⁶⁶ En l'état actuel de la jurisprudence, la nature légale d'une servitude n'est opposable aux tiers de bonne foi que si elle ressort de l'inscription au registre foncier et de l'acte constitutif de la servitude,

par accord ou à la suite d'une procédure contentieuse : une servitude de passage constituée contractuellement dans une situation factuelle remplissant toutes les conditions légales de l'art. 694 CC est une servitude légale, si le propriétaire grevé y consent dans le but de se conformer à son obligation légale⁶⁷.

cf. TF 5A_924/2016 du 28 juillet 2017 consid. 5.2 ; TF 5A_740/2014 du 1^{er} février 2016, consid. 5.5. Pour plus de développements, voir *infra* § 631.

⁶⁷ Voir à cet égard la définition donnée par MOOSER *in* CR CC II-MOOSER, art. 967 CC n. 9 : « Ces servitudes [légales] sont celles à la constitution desquelles le bénéficiaire peut légalement prétendre et que le grevé a accepté de constituer parce que la loi l'y contraignait ou qui reposent sur un jugement ».

Chapitre 2 : La détermination des titulaires et des obligés

Sous ce chapitre, nous analyserons le cercle des titulaires de la créance légale en constitution de la servitude de passage nécessaire (§ I.) ainsi que celui des obligés par cette dernière (§ II.). Seule sera examinée la question de la légitimation active, respectivement passive, résultant de la titularité subjective du rapport de droit. 36

§ I. Les titulaires de la créance légale

A. Les propriétaires d'immeubles

1) Généralités

Selon le texte de l'art. 694 al. 1 CC, la créance légale en constitution du passage nécessaire revient au « propriétaire », ou plus précisément au **propriétaire foncier** (« *Grundeigentümer* » dans la version allemande de l'art. 694 CC). Cette notion renvoie à l'art. 655 al. 1 CC, aux termes duquel la propriété foncière a pour objet les immeubles, ce par quoi il faut comprendre les **immeubles soumis au droit privé**⁶⁸. Il convient ainsi d'exclure les immeubles publics, à savoir les immeubles dans l'usage commun par nature (« choses sans maître » selon l'art. 664 al. 1 CC ; eaux publiques, rochers, glaciers, etc.), les immeubles dans l'usage commun par affectation (« biens du domaine public » selon l'art. 664 al. 1 CC ; routes, ponts, parcs, etc.) et les immeubles du patrimoine administratif des collectivités publiques (écoles, hôpitaux, bibliothèques, musées et plus généralement les bâtiments qui abritent les établissements publics et les services administratifs de l'Etat), qui sont régis par le droit public fédéral ou cantonal⁶⁹. 37

L'art. 655 al. 2 CC énumère les immeubles au sens juridique du terme : il s'agit des biens-fonds (ch. 1), des droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier (ch. 2), des mines (ch. 3) et des parts de copropriété d'un 38

⁶⁸ CR CC II-STEINAUER, art. 655 CC n. 1 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2001 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 807.

⁶⁹ CR CC II-STEINAUER, art. 664 CC n. 1 ; STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 73-77 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2051 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 816-820 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 664 CC n. 4 ss.

immeuble (ch. 4). Cette liste étant exhaustive⁷⁰, la propriété foncière ne peut porter que sur l'une de ces quatre catégories d'immeubles. Reprenant la systématique légale, nous évoquerons ci-après les particularités à prendre en compte selon que le futur immeuble dominant est un bien-fonds (2)), un droit distinct et permanent immatriculé au registre foncier ou une mine (3)) ou encore une part de copropriété (4)).

2) *Le futur immeuble dominant est un bien-fonds*

39 Le **bien-fonds** est défini à l'art. 2 let. a ORF comme une surface de terrain ayant des limites déterminées de façon suffisante. Le bien-fonds est en réalité un volume et non une surface, puisqu'il est non seulement limité de manière horizontale (art. 668 à 670 CC) mais également de manière verticale (art. 667 CC)⁷¹.

40 **La créance en constitution d'un passage nécessaire appartient en premier lieu au propriétaire actuel du bien-fonds qui dispose d'une issue insuffisante sur la voie publique**⁷². Le fait que le propriétaire utilise ou exploite personnellement le bien-fonds n'est d'aucune pertinence⁷³, puisque les conditions légales de la prétention s'examinent indépendamment de la personne qui tire effectivement profit de l'exploitation du bien-fonds⁷⁴.

3) *Le futur immeuble dominant est un droit distinct et permanent immatriculé au registre foncier ou une mine*

41 Parmi les droits distincts et permanents cités à l'art. 655 al. 2 ch. 2 CC sont avant tout visées les **servitudes immobilières**. Celles-ci peuvent être immatriculées à condition de revêtir le caractère de droit distinct et permanent : est distincte la servitude qui n'est établie ni en faveur d'un fonds dominant ni exclusivement en faveur d'une personne déterminée (art. 655 al. 3 ch. 1 CC) ; est permanente la servitude établie pour 30 ans au moins ou pour une durée indéterminée (art. 655 al. 3 ch. 2 CC). En pratique, ce sera notamment le cas de certains droits de superficie ou de source, qui, sous

⁷⁰ CR CC II-STEINAUER, art. 655 CC n. 2.

⁷¹ CR CC II-STEINAUER, art. 655 CC n. 7 ; BSK ZGB II-STREBEL, art. 655 CC n. 6 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2007 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 811.

⁷² ATF 41 II 656 in JdT 1916 I 265, consid. 2 ; CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 10 ; ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 9 ; CARONI-RUDOLF, p. 85.

⁷³ BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 18 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 17 ; CARONI-RUDOLF, p. 85 ; BAUMGARTNER, p. 29.

⁷⁴ CARONI-RUDOLF, p. 85.

réserve des conditions susmentionnées, pourront être immatriculés comme immeubles sur demande écrite de l'ayant droit (art. 22 al. 1 let. a ORF).

Peuvent également être immatriculés au registre foncier à titre de droits distincts et permanents au sens de l'art. 655 al. 2 ch. 2 CC les concessions de droits d'eau octroyées pour 30 ans au moins (art. 22 al. 1 let. b ORF ; art. 59 LFH⁷⁵), les concessions pour l'exploitation de stations-service et de restaurants sur le domaine des routes nationales⁷⁶, certains droits d'eau ou de pêche⁷⁷ ou encore les charges foncières personnelles⁷⁸.

Les **mines** forment la troisième catégorie d'immeubles. La mine au sens de l'art. 655 al. 2 ch. 3 CC est un droit (art. 22 al. 1 let. b ORF), à savoir celui d'exploiter un gisement (et non le terrain exploité lui-même, qui est un bien-fonds)⁷⁹. Il existe ainsi des similitudes entre les mines et les droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier, qui constituent des « immeubles juridiques », à la fois droits et immeubles⁸⁰.

La créance en constitution d'un passage nécessaire appartient aux titulaires de droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier et de mines⁸¹, à condition toutefois que ces immeubles soient régis par le droit privé. Cela exclut les concessions de droit public immatriculées au registre foncier⁸².

En pratique, c'est surtout le **superficiaire** qui pourrait être amené à solliciter un droit de passage nécessaire en faveur de son immeuble juridique. La doctrine lui reconnaît unanimement la titularité de la créance tendant à l'octroi

⁷⁵ Loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (Loi sur les forces hydrauliques, LFH ; RS 721.80) ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2015.

⁷⁶ CR CC II-STEINAUER, art. 655 CC n. 10 ; BSK ZGB II-STREBEL, art. 655 CC n. 18.

⁷⁷ ATF 97 II 25 in JdT 1972 I 354 ; CR CC II-STEINAUER, art. 655 CC n. 10 ; BSK ZGB II-STREBEL, art. 655 CC n. 20 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2016.

⁷⁸ CR CC II-STEINAUER, art. 655 CC n. 10 ; BSK ZGB II-STREBEL, art. 655 CC n. 17 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 655 CC n. 20 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2014.

⁷⁹ CR CC II-STEINAUER, art. 655 CC n. 17 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2027.

⁸⁰ CR CC II-STEINAUER, art. 655 CC n. 17 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2030.

⁸¹ Voir notamment TC GR du 24 mai 1988 in PKG 1988 p. 28 ss, consid. 1.b).

⁸² Dans ce sens : CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 11 ; CARONI-RUDOLF, p. 86, nbp. 6.

Ne sont notamment pas légitimés à faire valoir un droit de passage nécessaire les concessionnaires de droit d'eau qui peuvent se voir accorder un droit d'expropriation pour construire, transformer ou agrandir leur usine (art. 46 LFH) ou encore les concessionnaires de mines lorsque le droit cantonal attribue aux cantons la propriété et le droit exclusif d'exploiter les minéraux existant dans le sous-sol (art. 1 et 2 de la Loi genevoise sur les mines du 12 janvier 1940 ; art. 1 et 2 de la Loi vaudoise sur les mines du 6 février 1891 ; art. 1 et 2 de la Loi fribourgeoise sur l'exploitation des mines du 4 octobre 1985).

de la servitude de passage nécessaire, qu'il peut requérir en son nom⁸³. A notre sens, un droit de passage nécessaire constitué en faveur du propriétaire d'un droit de superficie immatriculé au registre foncier et inscrit à charge d'un immeuble voisin ne devrait toutefois être envisageable que lorsque l'immeuble de base (*i.e.* le bien-fonds grevé du droit de superficie) est lui-même enclavé. En effet, si celui-ci dispose d'un accès à la voie publique, mais que l'assiette du droit de superficie est contractuellement limitée à une partie non desservie dudit bien-fonds, les conditions matérielles d'application de l'art. 694 CC ne sauraient être remplies⁸⁴. Par ailleurs, lorsque l'immeuble de base est lui-même enclavé, son propriétaire pourra avoir intérêt à se joindre à l'action du superficiaire (voire à intenter l'action en lieu et place de ce dernier), sans quoi la servitude légale constituée en faveur du superficiaire s'éteindrait *ipso iure* à l'expiration du droit de superficie.

4) *Le futur immeuble dominant est une part de copropriété*

- 46 **A certaines conditions restrictives, la créance en constitution d'un passage nécessaire appartient enfin au propriétaire d'une part de copropriété**, soit un immeuble au sens de l'art. 655 al. 2 ch. 4 CC.
- 47 Afin d'examiner si et à quelles conditions une servitude de passage nécessaire peut être constituée au bénéfice d'une part de copropriété, il convient de distinguer les parts de copropriété ordinaire des parts de propriété par étages. Les premières sont dites « idéales » ; elles ne sont pas localisées sur une partie déterminée du bien détenu en copropriété mais définies de manière abstraite, en proportion du droit de propriété de chaque copropriétaire⁸⁵. A l'inverse, les secondes sont indissolublement liées à un droit exclusif de jouissance et d'administration sur des parties géographiquement déterminées de l'immeuble constitué en propriété par étages⁸⁶.
- 48 La constitution d'une servitude de passage nécessaire (et plus largement, d'une servitude légale) en faveur du propriétaire d'une **part de copropriété**

⁸³ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 11 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 12 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 19 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2706 ; SUTTER-SOMM, n. 841 ; CARONI-RUDOLF, p. 86 ; NEUENSCHWANDER, p. 405 ; BAUMGARTNER, p. 15.

⁸⁴ En effet, si l'assiette du droit de superficie est enclavée *ab initio*, le superficiaire ne se trouve pas dans un état de nécessité l'autorisant à réclamer un passage nécessaire, puisqu'il a accepté cet état d'enclavement. A l'inverse, si le superficiaire se retrouve privé d'accès à la voie publique par suite d'un changement de circonstances, le passage doit être requis en première ligne auprès du propriétaire du bien-fonds grevé du droit de superficie, par le biais d'une action confessoire.

⁸⁵ CR CC II-PERRUCHOU, art. 646 CC n. 4 ; BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN, art. 646 CC n. 10 ; STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 1542.

⁸⁶ STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 1552 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1013.

ordinaire est à notre sens exclue, faute de localisation géographique de la quote-part⁸⁷. Dans un arrêt du 22 février 1982, relatif l'empiètement d'une cave, le Tribunal fédéral a estimé que le demandeur avait eu raison de solliciter la constitution d'un droit d'empiètement en faveur de l'immeuble de base, et non de sa seule part de copropriété⁸⁸. En effet, lorsque la servitude profite à tous les copropriétaires, elle doit être établie en faveur de l'immeuble de base et non en faveur d'une part de copropriété⁸⁹. Cela sera à notre sens toujours le cas du droit de passage nécessaire : une quote-part dite « idéale » ne saurait en effet se trouver dans la situation de nécessité décrite à l'art. 694 CC indépendamment de l'immeuble détenu en copropriété ; la servitude foncière à constituer profitera alors nécessairement à l'ensemble des copropriétaires⁹⁰.

Différente est la situation du propriétaire d'une **part de propriété par étages**. Il est admis qu'une servitude foncière peut être inscrite au bénéfice d'une part d'étage⁹¹. Dans un arrêt relatif à l'empiètement d'un balcon – soit une partie commune, du moins pour sa partie externe⁹² – le Tribunal fédéral a toutefois considéré qu'une servitude d'empiètement profitait à tous les propriétaires d'étages et devait donc être constituée en faveur de l'immeuble de base, et non en faveur d'une seule part d'étage (ce quand bien même, en l'espèce, le propriétaire d'étage était le seul à pouvoir effectivement profiter du balcon)⁹³.

Dans un arrêt relatif à une servitude de passage nécessaire, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si un tel droit pouvait être constitué en faveur d'une part de copropriété par étages⁹⁴. Dans cette affaire, la dernière instance cantonale avait estimé que la constitution d'une servitude de passage sur un immeuble voisin en faveur d'une seule part d'étage était de nature à restreindre les droits des autres copropriétaires d'étages et nécessitait donc le concours de tous en vertu de l'art. 648 al. 2 CC ; la légitimation active revenait dès lors à l'ensemble des copropriétaires, la servitude devant être inscrite sur

⁸⁷ Dans ce sens également : ZK-LIVER, art. 730 CC n. 22 ; MENGIARDI, p. 133-140, p. 148 ; CARONI-RUDOLF, p. 55-56 ; *contra* : BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 19 et 23 et BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 12, qui admettent la possibilité de constituer un droit de passage nécessaire en faveur d'une part de copropriété, sans toutefois développer leur raisonnement.

⁸⁸ ATF 108 II 35, consid. 2.a).

⁸⁹ Dans ce sens également : STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 1772.

⁹⁰ Dans ce sens également : CARONI-RUDOLF, p. 55-56.

⁹¹ ATF 130 III 306 in JdT 2004 I 184, consid. 3.2, relatif à servitude foncière grevant une place de parc rattachée à une unité d'étage en faveur d'une autre unité d'étage ; PICCININ, PPE en procès, p. 116-117 ; PRADERVAND-KERNEN, Les servitudes et la propriété par étages, p. 139.

⁹² WERMELINGER, La propriété par étages, art. 712b CC n. 169.

⁹³ TF 5A_332/2007 du 15 novembre 2007, consid. 6.

⁹⁴ TF 5C.172/2002 du 20 novembre 2002.

la parcelle de base. A l'appui de leur recours, les recourants ont produit un avis de droit contraire de P.-H. STEINAUER, soutenant en substance qu'un droit de passage nécessaire pouvait être constitué en faveur d'une part de copropriété par étages si le titulaire de cette part disposait d'un intérêt raisonnable à la servitude. Le Tribunal fédéral s'est toutefois fondé sur un autre motif pour rejeter le recours, malheureusement sans trancher la question de la légitimation active des recourants⁹⁵.

- 51 La doctrine ne fournit pas non plus de réponse univoque à cette question : alors que certains auteurs semblent admettre la possibilité, pour un propriétaire d'étage, de solliciter le passage nécessaire pour sa seule part d'étage⁹⁶, d'autres, dont nous partageons les réticences, posent des conditions supplémentaires⁹⁷. A notre sens, la légitimation active d'un propriétaire d'étage doit être admise de manière **exceptionnelle et subsidiaire**, lorsque seule son unité d'étage se trouve privée d'accès à la voie publique⁹⁸. Dans la négative, la servitude doit impérativement être constituée en faveur de l'immeuble de base, qui est l'immeuble en situation d'état de nécessité au sens de l'art. 694 CC.
- 52 En pratique, la situation où seule une unité d'étage se retrouve privée d'accès à la voie publique est rare. Il est difficilement concevable qu'un propriétaire d'étage ait besoin de constituer un droit de passage en faveur de sa part d'étage, à charge d'une autre part d'étage ou d'une partie commune ; en effet, toute unité d'étage doit, par définition, disposer d'un accès propre sur une partie commune ou sur l'extérieur, sans avoir besoin de mettre une autre unité d'étage à contribution (art. 712b al. 1 CC)⁹⁹. Une servitude de passage à travers une part d'étage ne constitue par ailleurs pas un accès propre au sens de la loi¹⁰⁰. Partant, une servitude de passage nécessaire en faveur d'une unité d'étage ne devrait se concevoir qu'à charge d'un immeuble voisin ne faisant pas partie de la propriété par étages.

⁹⁵ TF 5C.172/2002 du 20 novembre 2002, consid. 2.3.

⁹⁶ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 11 ; BSK ZGB II-Rey/STREBEL, art. 694 CC n. 12 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 19 et 23.

⁹⁷ STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 1772 ; WERMELINGER, La propriété par étages, art. 712c CC n. 60 ; PICCININ, PPE en procès, p. 117 ; PRADERVAND-KERNEN, Les servitudes et la propriété par étages, p. 139 et 151.

⁹⁸ Dans ce sens également : WERMELINGER, La propriété par étages, art. 712c CC n. 60 ; PRADERVAND-KERNEN, Les servitudes et la propriété par étages, p. 139 et 151 ; PRADERVAND-KERNEN, Propriété par étages et droit de voisinage, p. 163 nbp. 92.

⁹⁹ WERMELINGER, La propriété par étages, art. 712b n. 44.

¹⁰⁰ CR CC II-AMOOS PIGUET, art. 712b CC n. 10 ; WERMELINGER, La propriété par étages, art. 712b n. 46.

Dès lors, la situation où une servitude de passage grevant un immeuble voisin ne profiterait qu'à une ou quelques unité(s) d'étage(s), à l'exclusion de l'immeuble de base, n'est envisageable que lorsque les unités d'étages composant la propriété par étages sont séparées par des **limites verticales**¹⁰¹ : c'est le cas de la propriété par étages dite verticale¹⁰² (par exemple, des villas en ordre contigu) et de la propriété par étages dite combinée¹⁰³ (par exemple, des groupements de bâtiments comprenant chacun plusieurs unités d'étages). Illustrons cela par un exemple : un immeuble est constitué en propriété par étages combinée. Sur cet immeuble sont érigés trois groupements de bâtiments disposant chacun d'un garage souterrain. Chaque groupement est constitué de quatre appartements, objets des droits exclusifs. Si seul l'accès au garage souterrain d'un groupement pose problème et justifie l'octroi d'un droit de passage nécessaire à charge d'un immeuble voisin, les propriétaires dudit groupement doivent pouvoir solliciter l'inscription de cette servitude en faveur leurs seules unités d'étage. 53

B. Quid des propriétaires collectifs ?

Si l'immeuble est détenu en **propriété commune** (art. 652 ss CC), la créance légale en octroi de la servitude appartient en mains communes aux propriétaires en commun. Ces derniers ne peuvent en disposer seuls (art. 653 al. 2 CC) et forment une consorité active nécessaire¹⁰⁴. 54

Il existe une controverse sur la titularité de la créance en cas de **copropriété ordinaire** (art. 646 ss CC) et de **copropriété par étages** (art. 712a ss CC) : la créance appartient-elle individuellement à chaque copropriétaire selon l'art. 648 al. 1 CC ou en commun à l'ensemble des copropriétaires selon l'art. 648 al. 2 CC ? En d'autres termes, un copropriétaire peut-il solliciter seul la constitution d'une servitude de passage nécessaire au profit de l'immeuble détenu en copropriété, ou le concours de tous est-il nécessaire ? 55

La doctrine majoritaire semble admettre la possibilité, pour chaque copropriétaire, d'intenter seul une telle action, et ce sans conditions 56

¹⁰¹ ZK-WERMELINGER, art. 712c CC n. 99 ; WERMELINGER, La propriété par étages, art. 712c n. 60 ; PRADERVAND-KERNEN, Les servitudes et la propriété par étages, p. 151 ; PRADERVAND-KERNEN, Propriété par étages et droit de voisinage, p. 163 nbp. 92.

¹⁰² Sur la notion de propriété par étages verticale, cf. WERMELINGER, La propriété par étages, Terminologie, n. 8-9.

¹⁰³ Sur la notion de propriété par étages combinée, cf. WERMELINGER, La propriété par étages, Terminologie, n. 10.

¹⁰⁴ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 10 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 13 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 23.

particulières¹⁰⁵. De manière cohérente, la doctrine précitée traite la question de la légitimation active du copropriétaire de manière identique s'agissant des actions en constitution des autres servitudes légales du Code civil¹⁰⁶. L'on constate toutefois qu'une argumentation plus poussée en faveur de cette prise de position fait fréquemment défaut¹⁰⁷, les auteurs se limitant à indiquer que l'action tendant à la constitution d'un passage nécessaire serait couverte par l'art. 648 al. 1 CC¹⁰⁸, invoquant au surplus l'indivisibilité de ladite prétention¹⁰⁹.

- 57 Plusieurs arrêts cantonaux font écho à cette opinion doctrinale : un arrêt vaudois du 20 septembre 1944 a ainsi admis qu'un copropriétaire pouvait intenter seul l'action en octroi d'une servitude de fontaine nécessaire¹¹⁰ ; un arrêt grison du 8 mars 1983 est arrivé à la même conclusion s'agissant d'une action en octroi d'une servitude de passage nécessaire, au motif que cette servitude ne présentait que des avantages pour le bien-fonds¹¹¹ ; un arrêt tessinois du 19 novembre 2007 a enfin estimé que chaque copropriétaire pouvait agir seul en constitution d'une servitude de fontaine ou de passage nécessaire en faveur de l'immeuble détenu en copropriété, sans égard aux coûts pouvant en résulter pour les autres copropriétaires¹¹². De manière surprenante, cette jurisprudence cantonale a été mieux relayée par la doctrine¹¹³ que la jurisprudence fédérale pourtant existante.

¹⁰⁵ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 10 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 13 ; OFK ZGB-VON FISCHER LEHMANN, art. 694 CC n.6 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 23 ; ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 9 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 18 ; PICCININ, PPE en procès, p. 118-120 ; CARONI-RUDOLF, p. 90.

¹⁰⁶ Voir notamment CR CC II-PIOTET, art. 691 CC n. 10 et CR CC II-PIOTET, art. 710 CC n. 14, qui, dans son commentaire des art. 691 CC (conduite nécessaire) et 710 CC (fontaine nécessaire), renvoie aux explications développées dans son commentaire de l'art. 694 CC au sujet de la légitimation active.

¹⁰⁷ A l'exception de CARONI-RUDOLF, p. 91, pour qui la légitimation active de chaque copropriétaire doit être admise dès lors qu'il s'agit de servitudes nécessaires à l'utilisation et l'exploitation du bien-fonds, et non pas uniquement de servitudes utiles à ce dernier.

¹⁰⁸ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 10 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 23 ; ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 9 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 18.

¹⁰⁹ BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 23 ; PICCININ, PPE en procès, p. 119-120.

¹¹⁰ TC VD du 20 septembre 1944 *in* RSJ 1947 112 n. 51.

¹¹¹ TC GR du 8 mars 1983 *in* RNRF 1987 p. 366. Voir notamment le considérant (non-numéroté) suivant : « *Der gesetzliche Schutz der Miteigentümer ist folglich dann nicht erforderlich, wenn Handlungen eines Teils der Miteigentümer den übrigen bloss zum Vorteil gereichen. Dies trifft im vorliegenden Fall unbestreitbar zu, da das Grundstück der Eheleute G. durch die Einräumung eines Fuss- und Fahrwegrechtes über die beklagten Parzellen erheblich an Wert gewinnen würde. Der Ehemann ist aus diesen Gründen gemäss Art. 648 Abs. 1 ZGB befugt, die vorliegende Klage zu führen, auch ohne dass seine Ehefrau als Klägerin am Prozess teilnehmen müsste* ».

¹¹² TC TI du 19 novembre 2007 *in* RtiD 2008 II n. 32c p. 658.

¹¹³ Notamment D. PIOTET, F. BOHNET, M. VON FISCHER LEHMANN, H. REY et L. STREBEL (voir *supra* nbp. 105) dont les contributions sont pourtant postérieures à l'ATF 108 II 35.

En effet, notre Haute Cour s'est à notre connaissance exprimée à deux reprises sur cette problématique. Dans un premier arrêt du 22 février 1982, ayant trait à l'inscription d'une servitude d'empiètement au sens de l'art. 674 al. 3 CC, elle a considéré que sauf réglementation différente établie avec l'accord unanime des copropriétaires, un copropriétaire ne pouvait pas requérir seul la constitution d'un droit réel au profit de l'immeuble détenu en copropriété, à moins que ce droit réel ne soit constitué à titre gratuit et n'entraîne aucune obligation pour les autres copropriétaires¹¹⁴. Dans le cas d'espèce, le copropriétaire demandeur n'avait pas pris l'engagement de supporter seul l'indemnité équitable, contrepartie de la constitution du droit réel, ainsi que les obligations d'entretien découlant de la servitude. Les conditions pour agir seul n'étant pas remplies, le concours de tous les copropriétaires était nécessaire pour constituer le droit réel en faveur de l'immeuble (art. 648 al. 2 CC)¹¹⁵. Cette jurisprudence a été partiellement confirmée dans un second arrêt du 2 février 2010, relatif à l'inscription d'une servitude de conduite nécessaire, dans lequel le Tribunal fédéral n'a ni mentionné, ni *a fortiori* examiné les conditions permettant à un copropriétaire d'agir seul, se limitant à indiquer que l'unanimité des copropriétaires était nécessaire pour la création de droits réels en faveur de l'immeuble en copropriété¹¹⁶.

Cette exigence d'unanimité est en outre défendue par une partie de la doctrine, qui admet toutefois l'exception d'un droit réel limité constitué à titre gratuit et n'entraînant aucune obligation pour les autres copropriétaires, lequel pourrait alors être inscrit sans le consentement des autres copropriétaires¹¹⁷.

A notre avis, une telle exception à l'exigence d'unanimité n'a pas lieu d'être dans le cadre de la constitution d'une servitude légale. Ce n'est en effet pas parce que l'immeuble détenu en copropriété est le fonds dominant que la constitution d'une servitude foncière en sa faveur n'entraîne que des avantages. Cette simplification fait au contraire fi de des obligations *propter rem* rattachées à la servitude légale, soit le paiement d'une indemnité pleine et entière ainsi que l'obligation d'entretien découlant de l'art. 741 CC. Par ailleurs, le propriétaire du fonds servant est en droit de s'attendre à ce que l'ensemble des propriétaires de l'immeuble dominant réponde de ces obligations ; il n'a pas à supporter l'éventuelle défaillance d'un copropriétaire,

¹¹⁴ ATF 108 II 35, consid. 2.b.

¹¹⁵ ATF 108 II 35, consid. 2.b.

¹¹⁶ TF 5A_413/2009 du 2 février 2010, consid. 3.1.1 (passage non reproduit dans l'ATF 136 III 269).

¹¹⁷ CR CC II-PERRUCHOU, art. 648 CC n. 23 ; STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 1771 ; PRADERVAND-KERNEN, Les servitudes et la propriété par étages, p. 127-128. Plaidaient également en faveur de l'unanimité des copropriétaires antérieurement aux deux arrêts fédéraux précités : ZÜRCHER, p. 107 et BAUMGARTNER, p. 30.

quand bien même celui-ci se serait engagé vis-à-vis des autres copropriétaires à prendre à son seul compte les obligations afférentes à la servitude légale. Un tel engagement interne ne saurait légitimer un copropriétaire à introduire seul l'action judiciaire en constitution de la servitude légale.

- 61 Partant, sauf règlementation unanime contraire au sens de l'art. 648 al. 2 CC, **le copropriétaire (ordinaire ou d'étage) désireux d'obtenir un passage nécessaire en faveur de l'immeuble détenu en copropriété doit requérir l'accord de tous les copropriétaires**, co-titulaires de la créance légale et consorts nécessaires. Cette solution est fidèle au texte français de l'art. 648 al. 2 CC, à teneur duquel le concours de tous est nécessaire pour la « constitution de droits réels »¹¹⁸; elle est également conforme à la jurisprudence fédérale la plus récente¹¹⁹; elle est, enfin et surtout, plus satisfaisante eu égard à la protection des autres copropriétaires.
- 62 Dans l'optique d'une procédure judiciaire civile, les consorts nécessaires doivent agir conjointement (art. 70 CPC). La jurisprudence admet des tempéraments à l'exigence de l'action commune: la présence de tous les consorts actifs nécessaires comme demandeurs n'est ainsi pas toujours exigée, la consorité nécessaire pouvant parfois se limiter à la participation au procès de tous les consorts, répartis « d'un côté et de l'autre de la barre »¹²⁰. Cette exception a été validée par les tribunaux dans des situations particulières¹²¹. A notre avis, il n'y a pas lieu d'en faire ici application, en autorisant un copropriétaire à agir seul, pour autant qu'il assigne en sus de son voisin le ou les copropriétaires qui n'ont pas souhaité se joindre à son action. En d'autres termes, si l'action en octroi de la servitude de passage nécessaire n'est pas introduite par toutes les parties tenues de procéder (en l'espèce, par l'ensemble des copropriétaires), il en résulte un défaut de légitimation active et, par conséquent, un rejet de la demande¹²².

¹¹⁸ ATF 108 II 35, consid. 2.b. Comparer avec les textes allemand et italien, qui semblent limiter l'application de la disposition à la constitution de droits réels à charge de l'immeuble en copropriété (« *Belastung der Sache* » ; « *per importe degli aggravati* »).

¹¹⁹ TF 5A_413/2009 du 2 février 2010.

¹²⁰ ATF 140 III 598, consid. 3.2 ; CR CPC-JEANDIN, art. 70 CPC n. 10.

¹²¹ Ainsi, lorsqu'une partie des héritiers agit contre les autres pour faire valoir une réclamation relative à la succession (cf. ATF 116 Ib 447, consid. 2.a) ; ATF 102 Ia 430 *in* JdT 1978 I 23, consid. 3 ; CR CPC-JEANDIN, art. 70 CPC n. 10 ; JEANDIN N., Parties au procès, p. 41), ou dans le cas de l'action en annulation du congé d'un bail d'habitation introduite par un seul des colocataires, compte tenu du « besoin de protection sociale particulièrement aigu » (cf. ATF 140 III 598, consid. 3.2 ; CPC annoté-BOHNET, art. 70 CPC n. 8).

¹²² ATF 142 III 782, consid. 3.1.4 ; ATF 140 III 598, consid. 3.2 ; ATF 137 III 455, consid. 3.5 ; CR CPC-JEANDIN, art. 70 CPC n. 18.

Quant à la **communauté des propriétaires d'étages**, l'analyse de sa 63
légitimation active s'examine en règle générale simultanément avec celle de sa
capacité d'ester en justice (art. 59 al. 2 let. c CPC), dite condition formelle étant
généralement liée à l'aspect matériel de la titularité du droit. Tant la capacité
d'ester que la légitimation active se déterminent en effet **en fonction de
l'adéquation de l'objet du litige avec l'administration commune**¹²³ de
l'immeuble (art. 712/ al. 2 CC)¹²⁴. Toutes deux sont nécessaires à la
communauté lorsqu'elle désire agir en son nom¹²⁵.

Dans une récente affaire, le Tribunal fédéral a admis la capacité d'ester en 64
justice et la légitimation active de la communauté des copropriétaires d'étages
dans le cadre d'une action confessoire visant au respect d'une servitude de
hauteur des plantations¹²⁶. Notre Haute Cour a en effet estimé qu'il n'était pas
arbitraire de considérer que la mise en œuvre d'une servitude relevait de
l'administration commune, notamment parce que la servitude inscrite en
faveur du bien-fonds était de nature à influencer sur la valeur du bien et profitait
ainsi à tous les propriétaires d'étages¹²⁷.

La prétention à l'octroi d'un droit réel va cependant plus loin que celle visant 65
au respect d'un droit réel préexistant. Ne pouvant être ni propriétaire de
l'immeuble en copropriété, ni titulaire des servitudes foncières constituées en
faveur de cet immeuble¹²⁸, la communauté des propriétaires d'étages ne
saurait à notre sens être habilitée à agir en son nom dans le cadre d'une action
en octroi d'un droit réel en faveur de l'immeuble de base¹²⁹. Il en découle que

¹²³ Les actes d'administration commune sont définis par le Tribunal fédéral comme « l'ensemble des actes matériels ou juridiques accomplis dans l'intérêt commun qui sont destinés à conserver le patrimoine en cause, à l'accroître ou à en assurer une utilisation conforme à son but », cf. ATF 142 III 551, consid. 2.2 ; ATF 109 II 423 in JdT 1985 I 4, consid. 1.

¹²⁴ ATF 142 III 551, consid. 2.2 ; ATF 109 II 423 in JdT 1985 I 4, consid. 1 ; PICCININ, DC 2016, p. 317 ; JEANDIN N., La communauté et les copropriétaires en procédure, p. 90 ; PRADERVAND-KERNEN, Les servitudes et la propriété par étages, p. 128. Pour une analyse détaillée de la capacité pour agir de la communauté des propriétaires d'étages, cf. PICCININ, PPE en procès, p. 137 ss.

¹²⁵ ATF 142 III 551, consid. 2.2 ; WERMELINGER, La propriété par étages, art. 712/CC n. 164.

¹²⁶ ATF 142 III 551, consid. 2.

¹²⁷ ATF 142 III 551, consid. 2.4. Voir également JEANDIN N., La communauté et les copropriétaires en procédure, p. 90-91, qui s'est exprimé en faveur de l'admission de la capacité d'ester de la communauté pour des prétentions découlant de servitudes constituées en relation avec l'immeuble de base.

¹²⁸ ATF 142 III 551, consid. 2.2 ; ZK-WERMELINGER, art. 712/CC n. 59 ; WERMELINGER, La propriété par étages, art. 712/CC n. 76. Pour un avis plus nuancé sur la question, cf. STEINAUER, Questions choisies, p. 295 et PRADERVAND-KERNEN, Les servitudes et la propriété par étages, p. 128, selon qui la communauté des propriétaires d'étages peut être titulaire d'une servitude foncière s'il s'agit d'un droit nécessaire à la gestion des parties communes de l'immeuble.

¹²⁹ Dans ce sens, voir TC VS des 19 et 23 décembre 1986 in RVJ 1987 p. 325, consid. 9.a) : « [...] s'agissant d'un acte de disposition et non pas d'administration, seuls les propriétaires par étages, à l'exclusion de la communauté, possèdent la légitimation active ou passive dans une action relative à

la communauté des propriétaires d'étages n'est à notre avis pas légitimée à introduire une action en octroi d'une servitude de passage nécessaire.

C. Les autres titulaires de droits sur ou en relation avec l'immeuble

- 66 La doctrine dominante refuse d'étendre le cercle des titulaires de la créance tendant à l'obtention du passage nécessaire aux **titulaires d'autres¹³⁰ droits réels limités** sur l'immeuble¹³¹. Cette question est cependant **controversée**, tant il est vrai que certains titulaires de droits réels limités disposent d'un véritable intérêt pratique à faire valoir cette prétention en lieu et place d'un propriétaire qui, par hypothèse, s'y opposerait. C'est le cas en particulier de l'usufruitier, du titulaire du droit d'habitation ou du titulaire d'un droit de superficie non immatriculé, lorsque l'immeuble sur lequel ils exercent leurs servitudes ne dispose pas ou plus d'une issue suffisante sur la voie publique.
- 67 Les auteurs plaçant pour un élargissement des bénéficiaires de la créance légale divergent cependant sur la détermination des titulaires de droits réels limités à inclure dans ce cercle¹³². Ils s'opposent également sur les moyens pour ce faire : faut-il autoriser le titulaire du droit réel limité à demander la constitution d'une servitude nécessaire en faveur de l'immeuble où il exerce son droit, cas échéant contre la volonté du propriétaire de cet immeuble¹³³ ? Faut-il permettre la constitution d'une servitude nécessaire sous la forme d'une **servitude personnelle irrégulière** (art. 781 CC) en faveur du titulaire du droit réel limité entravé dans l'exercice de son droit¹³⁴ ?

la constitution d'un droit réel à charge de la parcelle de base, ou en sa faveur si elle engendre des obligations pour les propriétaires par étages ».

¹³⁰ Par opposition aux superficiaires, notamment ; voir *supra* § 41 ss.

¹³¹ BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 12 ; OFK ZGB-VON FISCHER LEHMANN, art. 694 CC n.6 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 20 ; ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 9 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2706 ; BAUMGARTNER, p. 29.

¹³² CARONI-RUDOLF, p. 88-89 et NEUENSCHWANDER, p. 406-408, plaident en faveur d'un élargissement à tous les autres titulaires de droits réels ; CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 12 soutient la légitimation active des titulaires d'autres droits réels rattachés à un fonds dominant, pour autant que l'issue soit devenue insuffisante après l'acquisition du droit réel en question ; SUTTER-SOMM n. 841, admet la légitimation active du titulaire d'un droit d'usufruit constitué pour une longue durée, à l'exclusion des autres titulaires de droits réels.

¹³³ Dans ce sens : NEUENSCHWANDER, p. 408, qui défend en substance l'idée que le propriétaire qui grève son immeuble d'un droit réel limité doit pouvoir s'attendre à des restrictions supplémentaires de son droit de propriété.

¹³⁴ Dans ce sens : CARONI-RUDOLF, p. 90. Certains auteurs admettent par ailleurs que la servitude de fontaine nécessaire de l'art. 710 CC puisse être constituée sous la forme d'une servitude personnelle, cf. BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 710 CC n. 4 ; BK-REY, Vorbemerkungen zu den

Si un tel élargissement repose sur des motifs légitimes, sa **mise en œuvre** crée des obstacles difficilement surmontables. D'une part, il est douteux qu'un propriétaire d'immeuble puisse se voir imposer la constitution d'une servitude en sa faveur, compte tenu des obligations *propter rem* (paiement d'une pleine indemnité et charge d'entretien) qui y sont rattachées. D'autre part, la possibilité d'obtenir un droit de passage nécessaire en la forme d'une servitude personnelle conduirait à une trop large indétermination du cercle des titulaires potentiels de la créance légale et outrepasserait par ailleurs le but visé par l'art. 694 CC, à savoir écarter durablement les obstacles liés à l'exploitation d'un immeuble¹³⁵. 68

En l'état, il n'y a dès lors pas lieu de s'écarter du texte légal de l'art. 694 CC, renvoyant expressément au « propriétaire » (« *Grundeigentümer* » ; « *proprietary* ») et, dans les versions allemande et italienne, à l'issue insuffisante à la voie publique dont dispose « son immeuble » (« *von seinem Grundstück* » ; « *dal suo fondo* »)¹³⁶. Il convient en outre de se référer à la présomption de la liberté de la propriété et aux règles strictes d'interprétation auxquelles les restrictions légales à la propriété sont soumises. De *lege lata*, l'on en déduit que **la créance légale en obtention du passage nécessaire n'appartient pas aux titulaires d'autres droits réels limités sur l'immeuble**. 69

A fortiori, les **titulaires de droits relatifs** (comme par exemple le locataire ou le fermier) ne sont pas non plus légitimés à requérir le passage nécessaire sur l'immeuble où ils exercent leurs droits¹³⁷. Au gré des circonstances, ils peuvent en revanche se retourner contre leur co-contractant – en règle générale le propriétaire de l'immeuble ne disposant pas d'une issue suffisante sur la voie publique – par le biais des actions de nature obligationnelle qui leur sont propres, et exercer ainsi une contrainte indirecte sur ce dernier afin qu'il fasse valoir son droit en obtention de la servitude. 70

Art. 730-736, p. 116 n. 26 ; LIVER, *Das Eigentum*, p. 305 ; *contra*, selon nous à juste titre, CR CC II-PIOTET, art. 710 CC n. 7 ; STEINAUER, *Droits réels*, tome III, n. 2570a.

¹³⁵ NEUENSCHWANDER, p. 406.

¹³⁶ BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 20.

¹³⁷ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 12 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 12 ; OFK ZGB-VON FISCHER LEHMANN, art. 694 CC n. 6 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 21 ; ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 9 ; STEINAUER, *Droits réels*, tome II, n. 2706 ; SUTTER-SOMM, n. 692 ; CARONI-RUDOLF, p. 85-86 ; NEUENSCHWANDER, p. 407 ; BAUMGARTNER, p. 29.

§ II. Les obligés par la créance légale

A. Les propriétaires d'immeubles voisins

1) Généralités

- 71 Selon le texte de l'art. 694 al. 1 CC, l'obligation légale de constituer le passage nécessaire lie les « voisins » (« *Nachbarn* » ; « *vicini* »), soit en premier lieu les **propriétaires d'immeubles voisins**¹³⁸. La disposition légale fixe elle-même les limites géographiques de la notion : sont des voisins les propriétaires des immeubles situés **entre la voie publique et l'immeuble privé d'issue suffisante**, et non uniquement les immeubles contigus à ce dernier¹³⁹.
- 72 Les immeubles faisant partie du **patrimoine financier** (ou patrimoine fiscal) de l'Etat sont soumis au droit privé et, en conséquence, à la restriction légale de l'art. 694 CC¹⁴⁰. A l'inverse, les immeubles du **patrimoine administratif ou dans l'usage commun** ne peuvent être grevés d'une servitude de passage nécessaire que si le droit public, principalement le droit cantonal, le permet¹⁴¹. Il s'agira donc en premier lieu de regarder si une disposition légale autorise, ou, au contraire, interdit expressément la constitution d'une telle servitude sur certaines catégories d'immeubles ; en l'absence de base légale, la possibilité de grever l'immeuble dépendra de la compatibilité de la servitude à constituer avec l'affectation de droit public de l'immeuble, en analysant notamment les entraves que pourrait causer la servitude à l'exécution des tâches publiques assurées par l'immeuble à grever¹⁴² (cela exclut par exemple la constitution d'un droit de passage sur un terrain dédié à des activités militaires¹⁴³ ou sur un immeuble abritant un hôpital et dont les accès doivent rester dégagés).

¹³⁸ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 13 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 14 ; OFK ZGB-VON FISCHER LEHMANN, art. 694 CC n. 7 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 25-26 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 21.

¹³⁹ BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 14 ; OFK ZGB-VON FISCHER LEHMANN, art. 694 CC n. 7 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 25 ; ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 10 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 21 ; CARONI-RUDOLF, p. 91-92 ; BAUMGARTNER, p. 31. Pour le cas particulier des manœuvres nécessaires à l'issue des véhicules est ici réservé, voir *infra* § 153 s.

¹⁴⁰ TF 5A_550/2011 du 24 octobre 2011, consid. 2 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 36 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 983a ; GALLAND, Le contenu, p. 19.

¹⁴¹ TF 5A_550/2011 du 24 octobre 2011, consid. 2 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 36 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2706 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 983a.

¹⁴² ATF 97 II 371 in JdT 1973 I 56, consid. 3.c) ; TC VS du 15 janvier 1997 in RVJ 1997 p. 253, consid. 3.a) ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3298 ; GALLAND, Le contenu, p. 18 ; CARONI-RUDOLF, p. 92, nbp. 27.

¹⁴³ Exemple emprunté à CARONI-RUDOLF, p. 92, nbp. 27.

Reprenant la structure développée *supra*, nous examinerons ci-après les particularités à prendre en compte selon que le futur immeuble servant est un bien-fonds (2)), un droit distinct et permanent immatriculé au registre foncier ou une mine (3)), ou encore une part de copropriété (4)). Nous évoquerons ensuite le cas particulier des immeubles dépendants (5)). 73

2) *Le futur immeuble servant est un bien-fonds*

L'action en octroi d'un passage nécessaire est généralement dirigée contre le **propriétaire du bien-fonds** qui doit être grevé de la servitude de passage. La désignation du ou des fonds voisins s'effectue en vertu de l'ordre de priorité établi à l'art. 694 al. 2 CC¹⁴⁴. 74

3) *Le futur immeuble servant est un droit distinct et permanent immatriculé au registre foncier ou une mine*

L'obligation de constituer un droit de passage nécessaire lie également les titulaires de droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier et de mines¹⁴⁵. Cette situation se rencontrera avant tout dans le cadre d'un **droit de superficie** immatriculé au registre foncier. En dérogation au principe d'accession, le droit de superficie consacre en effet une dissociation entre la propriété du bien-fonds et celle des constructions¹⁴⁶. Lorsque le passage doit se faire au travers d'une construction dont le superficiaire est propriétaire, ce dernier dispose seul de la légitimation passive, à l'exclusion du propriétaire du bien-fonds sur lequel le droit de superficie est constitué¹⁴⁷. 75

Ce cas de figure présente un désavantage majeur pour le titulaire du droit de passage, puisque sa servitude s'éteindra *ipso iure* à l'extinction du droit de superficie. Les parties auront alors tout intérêt à inclure le superficiaire dans les discussions relatives à la constitution du droit de passage, afin de trouver une solution négociée durable et équitable (notamment du point de vue de la répartition de l'indemnité due)¹⁴⁸. 76

¹⁴⁴ Pour plus de développements, voir *infra* § 295 ss.

¹⁴⁵ Sur ces notions, voir *supra* § 41 ss.

¹⁴⁶ CR CC II-MARCHAND, art. 675 CC n. 1 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 675 CC n. 1 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 901.

¹⁴⁷ BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 28 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 25 ; CARONI-RUDOLF, p. 93-94 ; NEUENSCHWANDER, p. 411.

¹⁴⁸ Par exemple, en prévoyant dans un avenant au contrat constitutif du droit de superficie que la servitude de passage nécessaire sera reportée sur le bien-fonds à l'échéance du droit de superficie.

4) *Le futur immeuble servant est une part de copropriété*

- 77 Le propriétaire d'une **part de copropriété ordinaire** ne peut pas être le seul obligé par la restriction légale en constitution du passage nécessaire, faute de localisation de sa quote-part dans l'espace. Dans ce cas, le passage nécessaire doit être constitué à charge de l'immeuble détenu en copropriété¹⁴⁹.
- 78 Il en va différemment lorsque l'immeuble détenu en copropriété est soumis au régime de la propriété par étages : jurisprudence et doctrine admettent qu'une **part de copropriété par étages** puisse être grevée d'une servitude foncière, notamment d'un droit de passage¹⁵⁰. Cette possibilité théorique doit toutefois être relativisée dans le cadre de la servitude de passage nécessaire, dont le but est d'assurer l'accès à la voie publique : d'une part, le passage nécessaire s'exerce en général sur le bien-fonds, qui constitue toujours une partie commune¹⁵¹ ; d'autre part, la servitude de passage nécessaire ne se conçoit qu'en faveur d'un immeuble voisin ne faisant pas partie de la propriété par étages, à l'exclusion de l'immeuble de base ou d'une part d'étage¹⁵².
- 79 Conceptuellement, il est dès lors difficile de se représenter une situation de fait où un immeuble voisin pourrait être légitimé à solliciter l'inscription d'une servitude de passage nécessaire à charge d'une part d'étage. A. WERMELINGER expose ici le cas d'un droit de passage nécessaire à constituer (en faveur d'un immeuble ne faisant pas partie de la propriété par étages) à charge d'un parking souterrain constitué comme unité d'étage¹⁵³. Cette faculté doit à notre sens être admise, quand bien même il pourrait en résulter une dépréciation de la part de propriété par étages comme objet de l'hypothèque légale de l'art. 712i CC, soit une conséquence excluant *a priori* la constitution de servitudes à charge d'une part d'étage¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Voir *supra* § 46 ss.

¹⁵⁰ ATF 130 III 306 in JdT 2004 I 185, consid. 3.2 ; ZK-WERMELINGER, art. 712c CC n. 104 ; ZK-LIVER, art. 730 CC n. 22 ; WERMELINGER, La propriété par étages, art. 712c CC n. 60 et 69 ; STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 1727 ; REY, Sachenrecht, n. 777 ; PICCININ, PPE en procès, p. 116 ; MENGARDI, p. 131 ; PRADERVAND-KERNEN, Les servitudes et la propriété par étages, p. 140-141.

¹⁵¹ Art. 712b al. 2 ch. 1 CC.

¹⁵² En effet, le besoin d'un passage au travers une autre unité d'étage pour accéder à la voie publique n'est pas compatible avec l'accès propre dont doit bénéficier chaque part d'étage (art. 712b al. 1 CC), voir également *supra* § 52.

¹⁵³ ZK-WERMELINGER, art. 712c CC n. 99. A noter que le garage (individuel ou collectif) en question doit être constitué comme un local pouvant être fermé et disposant d'un accès propre pour être considéré comme une unité d'étage ; pour des approfondissements à ce sujet, cf. WERMELINGER, La propriété par étages, art. 712b CC n. 98-100 et PRADERVAND-KERNEN, Les servitudes et la propriété par étages, p. 154.

¹⁵⁴ Cf. ATF 130 III 306 in JdT 2004 I 184, consid. 3.2 ; WITZIG, p. 12. Voir également PRADERVAND-KERNEN, Les servitudes et la propriété par étages, p. 140, nbp. 50, selon qui le fait, pour un

5) *Le cas particulier des immeubles dépendants*

Selon l'art. 655a al. 1 2^e ph. CC, un immeuble dépendant ne peut être ni aliéné, ni mis en gage, ni grevé d'un autre droit réel séparément. Or, il arrive que l'immeuble à grever du passage nécessaire soit un immeuble dépendant, rattaché à un seul immeuble principal (propriété dépendante) ou à plusieurs immeubles principaux (copropriété dépendante). On pense par exemple aux **chemins privés détenus en copropriété dépendante** de la propriété des immeubles contigus audit chemin. 80

A notre sens, lorsque l'assiette du droit de passage nécessaire se trouve exclusivement sur un immeuble dépendant, il convient d'admettre la possibilité de le grever séparément de la servitude : en effet, l'inscription d'un droit de passage à charge d'une (co)propriété dépendante ne fait pas courir le risque de dissociation des immeubles que vise à prévenir la règle de l'art. 655a al. 1 CC¹⁵⁵. Cette question n'a cependant pour l'heure pas été tranchée par les tribunaux. 81

B. *Quid des propriétaires collectifs ?*

Si l'immeuble à grever est détenu en **propriété collective** (propriété commune, copropriété ordinaire ou copropriété par étages), la prétention doit être dirigée contre tous les propriétaires collectifs (art. 648 al. 2 CC et 653 al. 2 CC)¹⁵⁶. Ces derniers forment une consorité passive nécessaire (art. 70 CPC)¹⁵⁷. 82

Pour les motifs évoqués *supra*¹⁵⁸, lorsque l'immeuble de base est soumis à la propriété par étages, l'action doit être dirigée contre l'ensemble des propriétaires d'étages, et non à l'encontre de la **communauté des propriétaires d'étages**¹⁵⁹. Dans le cadre d'une action en octroi du passage nécessaire, cette 83

propriétaire d'étage, d'accorder à un autre propriétaire d'étage un droit de passage régulier à travers sa part déprécie la part d'étage grevée comme objet de l'hypothèque légale de l'art. 712/CC. A notre avis, cette opinion doit être nuancée en présence d'une servitude légale.

¹⁵⁵ Dans ce sens également : CR CC II-STEINAUER, art. 655a CC n. 9 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2041. Sur cette question, voir également : BSK ZGB II-STREBEL, art. 655a CC n. 4.

¹⁵⁶ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 13 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 16 ; OFK ZGB-VON FISCHER LEHMANN, art. 694 CC n. 9 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 26 ; ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 10 ; SUTTER-SOMM, n. 841 ; CARONI-RUDOLF, p. 92.

¹⁵⁷ BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 16 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 26 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 26 ; SUTTER-SOMM, n. 841 ; CARONI-RUDOLF, p. 92.

¹⁵⁸ Voir *supra* § 63 ss.

¹⁵⁹ TF 5A_657/2014 du 27 avril 2015, consid. 2.2 ; TF 5A_3/2012 du 21 février 2012, consid. 4 ; TF 5A_2/2012 du 21 février 2012, consid. 4 ; PICCININ, PPE en procès, p. 121-122 ; PICCININ, DC 2016, p. 317 ; PRADERVAND-KERNEN, Les servitudes et la propriété par étages, p. 128-129.

dernière ne dispose en principe ni de la capacité d'être partie, ni de la légitimation passive¹⁶⁰. Exceptionnellement toutefois, la communauté des propriétaires d'étages pourrait disposer de la légitimation passive si le droit de passage à constituer doit venir grever un immeuble détenu en copropriété dépendante de l'immeuble principal, lui-même détenu en propriété par étages ; dans ce cas en effet, la gestion de l'immeuble dépendant peut être en adéquation avec l'administration commune de l'immeuble principal¹⁶¹.

C. Les autres titulaires de droits sur ou en relation avec les immeubles voisins

- 84 Les « voisins » visés par l'art. 694 al. 1 CC ne sont pas uniquement les propriétaires voisins, mais également les **titulaires de droits réels limités sur les immeubles voisins** (*i.e.* sur les futurs fonds servants)¹⁶², dans la mesure où la servitude légale pourrait léser leurs droits¹⁶³. L'obligation légale des titulaires de droits réels limités ne consiste alors pas en l'octroi de la servitude de passage, mais en la postposition de leurs droits face à cette dernière¹⁶⁴.
- 85 La loi n'institue pas de privilège de rang à proprement parler en faveur de la servitude de passage nécessaire : pour que celle-ci obtienne un rang préférable aux droits antérieurement inscrits sur l'immeuble à grever, les titulaires desdits droits doivent accepter la postposition de leurs droits, ou, en cas de refus, s'y faire condamner par jugement. A défaut, la servitude de passage prend son rang conformément au principe de la priorité dans le temps et n'est pas opposable aux droits antérieurement constitués¹⁶⁵.
- 86 Du point de vue du propriétaire du futur immeuble dominant, l'attrait des titulaires de droits réels limités à une procédure en octroi du passage nécessaire est ainsi une faculté, non une obligation ; lesdits titulaires ne sont

¹⁶⁰ Voir les arrêts cantonaux TC TI du 28 mars 2008 *in* RtiD 2008 II n. 31c p. 657, consid. 2.c) et TC VS des 19 et 23 décembre 1986 *in* RVJ 1987 p. 325, consid. 9.a), où la légitimation passive de la communauté des propriétaires d'étages a été niée dans le cadre d'une action en octroi du passage nécessaire.

¹⁶¹ Sur cette notion, voir *supra* § 63.

¹⁶² CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 14 ; BSK ZGB II-Rey/STREBEL, art. 694 CC n. 17 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 27 ; ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 10 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 21 et 24 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2706 ; NEUENSCHWANDER, p. 409 ; CARONI-RUDOLF, p. 92.

¹⁶³ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 14 ; ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 10 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 21 et 24 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2706 ; NEUENSCHWANDER, p. 409.

¹⁶⁴ CARONI-RUDOLF, p. 93.

¹⁶⁵ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 14 ; BSK ZGB II-Rey/STREBEL, art. 694 CC n. 17 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 27 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 23.

pas des consorts nécessaires à l'action¹⁶⁶, ce qui constituerait du reste une charge disproportionnée pour le propriétaire demandeur.

Concrètement, il s'agit donc d'identifier les droits réels limités constitués sur le(s) immeuble(s) débiteur(s) du passage nécessaire et de déterminer, au cas par cas, s'ils sont susceptibles de porter atteinte à la pérennité ou à l'exercice de la servitude de passage nécessaire. Deux catégories de droits réels limités sont à considérer avec une attention particulière :

- 1° D'une part, **les gages immobiliers et les charges foncières** constitués sur l'immeuble à grever, si la servitude légale est susceptible d'engendrer une perte de valeur importante sur cet immeuble. Faute de postposition, le titulaire du passage nécessaire court en effet le risque d'une radiation de sa servitude lors d'une double mise à prix dans le cadre d'une procédure de réalisation forcée (art. 142 LP)¹⁶⁷ ; 88
- 2° D'autre part, **certains droits réels limités d'usage**, si le droit de passage nécessaire à constituer est susceptible d'en empêcher ou d'en gêner l'exercice (on pense par exemple à une servitude de passage exclusif¹⁶⁸, à une servitude de parcage portant sur la même surface ou encore à une servitude d'usage de jardin)¹⁶⁹. Faute de postposition, le titulaire du passage nécessaire risque en effet de se voir interdire le passage par le biais d'une action confessoire intentée par le titulaire d'une servitude antérieure troublé dans l'exercice de son droit (art. 737 CC). 89

En raison de l'effet typique des annotations au registre foncier, les développements qui précèdent s'appliquent *mutatis mutandis aux titulaires de droits personnels annotés au registre foncier sur les immeubles voisins* (art. 959 CC)¹⁷⁰. Doivent en particulier être considérés avec attention les droits suivants : 90

- 1° **Les baux (à ferme ou à loyer) annotés au registre foncier**, lorsque l'assiette de la servitude légale à constituer se situe en tout ou en partie sur 91

¹⁶⁶ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 14 et 15 ; CARONI-RUDOLF, p. 93.

¹⁶⁷ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 15 ; CARONI-RUDOLF, p. 93.

¹⁶⁸ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 14.

¹⁶⁹ En revanche, il n'y aura en principe pas de collision entre une servitude de passage d'une part et un droit d'usufruit ou un droit d'habitation d'autre part. Dans ce sens également : FARINE FABBRO, p. 204.

¹⁷⁰ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 14 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 17 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 27 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 21 ; NEUENSCHWANDER, p. 410 ; CARONI-RUDOLF, p. 93.

l'objet loué. Le locataire dispose en effet d'un droit d'usage exclusif sur la chose louée (art. 253 CO)¹⁷¹ ;

- 92 **2° Les droits de préemption, d'emption et de réméré annotés au registre foncier**, pour autant que la servitude légale à constituer soit incompatible avec le droit annoté¹⁷². A notre sens, cette incompatibilité doit être interprétée largement : ce sera en principe le cas lorsque le prix de (re)vente est fixé à l'avance, dans la mesure où l'inscription d'un droit de passage nécessaire est de nature à réduire la valeur de l'immeuble grevé¹⁷³. En revanche, en présence d'un droit de préemption ordinaire (ou illimité), le préempteur ne sera pas directement lésé puisque l'inscription d'une servitude légale réduira le prix offert par le tiers acquéreur, et, par voie de conséquence, le prix de la transaction¹⁷⁴.
- 93 Enfin, les titulaires de droits relatifs non annotés au registre foncier ne sont pas considérés comme des « voisins » au sens de l'art. 694 al. 1 CC. Par conséquent, ils ne sont pas obligés par cette disposition.

¹⁷¹ CR CO I-LACHAT, art. 253 CO n. 15 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n. 1630.

¹⁷² La jurisprudence et la doctrine dominante limitent en effet la possibilité, pour le titulaire d'un droit annoté, d'obtenir la radiation des droits postérieurement inscrits ou annotés à ceux qui sont incompatibles avec son droit annoté, voir : ATF 92 III 147 *in* JdT 1967 I 174, consid. 6 ; ATF 85 II 572 *in* JdT 1960 I 493, consid. 2 ; CR CC II-MOOSER, art. 959 CC n. 16 ; STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 1079 ; *contra* CR CO I-FoEX, art. 216*a* CO n. 10.

¹⁷³ Pour plus de développements à ce sujet, voir *infra* § 370 ss.

¹⁷⁴ Dans ce sens : STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2461.

Chapitre 3 : Les conditions

Sous ce chapitre, nous analyserons les conditions de la naissance du droit de passage nécessaire, à savoir l'existence d'une issue insuffisante sur la voie publique (§ I.) et d'un état de nécessité (§ II.). Nous terminerons ce chapitre par une discussion autour de la pertinence d'une pesée des intérêts entre les parties en tant que condition à l'octroi de la servitude (§ III.). 94

§ I. Une issue insuffisante sur la voie publique

A. Remarques liminaires

Selon l'art. 694 al. 1 CC, le propriétaire foncier peut requérir un droit de passage nécessaire s'il dispose d'une **issue insuffisante sur la voie publique**. La suite du développement requiert quatre remarques liminaires : 95

La première remarque est terminologique : la lettre de l'art. 694 al. 1 CC distingue l'« issue » du « passage » ; cette distinction figure également dans la version italienne, où il est question d'« *accesso sufficiente* » et de « *passagio necessario* », alors que la note marginale combine les deux termes sous celui d'« *accesso necessario* » ; quant à la version allemande, le mot « *Weg* » se réfère tant à l'issue qu'au passage – le terme « *Zugang* », qui figurait dans les travaux préparatoires, ayant finalement été abandonné¹⁷⁵. Cette comparaison pose la question suivante : les termes d'« issue », d'« accès » et de « passage » sont-ils synonymes ? La distinction entre la notion d'« issue » (utilisée en droit privé) et celle d'« accès » (utilisée en droit public) tient selon nous davantage à une différence de point de vue qu'à une différence de sens : le droit privé place en effet l'immeuble au centre de son analyse et regarde comment en sortir alors que le droit public veut garantir l'accès à chaque construction depuis le domaine public. Par ailleurs, la notion de « passage » est définie de manière très large en droit suisse¹⁷⁶ : un passage n'a notamment pas à être strictement 96

¹⁷⁵ Message du Conseil fédéral concernant le projet de Code civil suisse, du 28 mai 1904, in FF 1904 IV 1 ss, p. 286.

¹⁷⁶ Voir notamment les définitions données in BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 13 : « *Weg ist ein Geländestreifen im natürlichen Zustand oder derjenige durch eine besondere Anlage umgestaltete Teil des Luftraumes oder des Erdkörpers, der zum Verkehr der Menschen benutzt wird* » et in PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 906 : « un passage est toute liaison artificielle ou naturelle qui assure le transit des biens et des personnes ».

délimité par un tracé déterminé¹⁷⁷ et peut être de surface, souterrain ou aérien¹⁷⁸. Aussi, pour la suite de notre exposé, nous ne différencierons pas ces trois notions, que nous définirons largement en tant que **liaison servant de voie de communication à un ou plusieurs immeubles**.

97 **La deuxième remarque** tient à ce que le concept d'insuffisance coïncide en partie avec celui de nécessité, si bien qu'ils se recoupent en de nombreux points¹⁷⁹. Il nous semble néanmoins que la nécessité s'entend de deux manières différentes : d'une part, en tant que composante de l'insuffisance de l'issue ; d'autre part, en tant que garde-fou par rapport aux autres prérogatives de passage dont dispose le propriétaire demandeur, ce dernier devant se trouver lui-même dans un état de nécessité *stricto sensu*. Sous notre point § I., nous n'aborderons que la première composante de la nécessité, alors synonyme de suffisance ; l'analyse de l'état de nécessité fera l'objet d'un développement subséquent sous point § II. Grossièrement, l'on peut considérer que la condition d'issue insuffisante se rapporte au point de départ, soit à la situation initiale dans laquelle se trouve l'immeuble (partiellement) enclavé, alors que celle de l'état de nécessité joue davantage les modérateurs par la suite. Il ne peut ainsi y avoir de droit au passage nécessaire qu'en présence d'une issue insuffisante sur la voie publique, mais l'existence d'une issue insuffisante ne donne pas encore droit au passage nécessaire.

98 **La troisième remarque** a trait à l'objectif de notre exposé. Le but n'est pas ici de proposer une définition unique et abstraite de la notion d'issue insuffisante sur la voie publique – une telle définition étant à notre sens vouée à l'échec puisque la mesure de la suffisance dépendra toujours de l'ensemble des circonstances de chaque cas particulier¹⁸⁰. Le large pouvoir d'appréciation du juge nous paraît non seulement inéluctable, mais également bienvenu. Plus modestement, notre objectif consiste à fournir des arguments au plaideur invoquant ou contestant le caractère insuffisant d'une issue ainsi qu'à guider le magistrat chargé d'évaluer cette insuffisance dans une cause concrète.

¹⁷⁷ STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2696 ; ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 1 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 906 ; CARONI-RUDOLF, p. 58.

¹⁷⁸ ATF 71 II 85 *in* JdT1945 I 515, évoquant l'éventualité d'un droit de passage nécessaire par le biais d'un téléphérique ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 15 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 906 ; CARONI-RUDOLF, p. 59-60 ; *contra* STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2696 qui se réfère à une « bande de terrain » dans sa définition du passage.

¹⁷⁹ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 23. Certains auteurs traitent d'ailleurs conjointement les deux conditions, voir notamment BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 44-54 et STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2700 s.

¹⁸⁰ ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 3.3.3.

La quatrième remarque concerne enfin le plan des développements à suivre. 99
Après avoir défini la voie publique (B.), nous examinerons les diverses causes de l'insuffisance de l'issue ainsi que leurs conséquences sur la prétention en octroi du passage nécessaire (C.). Nous tenterons ensuite de quantifier l'insuffisance, d'une manière générale d'abord, puis à l'aide d'une casuistique (D.). Nous nous arrêterons enfin sur les recoupements existants entre le droit privé et le droit public des constructions, en particulier sur l'incidence d'une procédure d'autorisation de construire (E.).

B. La voie publique

Selon le texte de l'art. 694 al. 1 CC, l'issue doit relier l'immeuble à la « voie 100
publique ». Les versions allemandes (« *öffentliche Strasse* ») et italiennes (« *strada pubblica* ») nous indiquent que la locution « voie publique » doit être lue comme un synonyme de « route publique ». Il est dès lors exclu qu'un passage soit requis aux fins d'accéder à autre chose qu'une **route** (par exemple : un accès aux eaux publiques)¹⁸¹.

La jurisprudence fédérale relative au droit de passage nécessaire ne définit pas 101
la voie publique. Elle préconise uniquement une **définition fédérale uniforme et indépendante** des classifications opérées par le droit cantonal, à défaut de quoi l'art. 694 CC s'appliquerait de manière différenciée sur le territoire suisse¹⁸².

La notion de voie publique englobe incontestablement les routes et chemins 102
publics au sens propre du terme, en tant que biens du domaine public (art. 664 CC)¹⁸³. La doctrine dominante préconise toutefois une interprétation plus large de la voie publique, comme **comprenant toute route ou chemin que le propriétaire demandeur peut utiliser en vertu d'un titre quelconque (public ou privé) et qui le met en communication avec l'extérieur**¹⁸⁴.

¹⁸¹ Dans ce sens également : BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 41 ; ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 16 ; CARONI-RUDOLF, p. 74.

¹⁸² ATF 85 II 392 *in* JdT 1960 I 162, consid. 2 Voir également ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 16 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 391 ; BOSSHART, p. 104.

¹⁸³ TC VS du 29 janvier 2002 *in* RNRF 86/2005 p. 351, consid. 2.a ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2707 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 391.

¹⁸⁴ CHK-GÖKSU, art. 694 CC n. 6 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 6 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 43 ; ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 16 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2702

; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 391. Voir également dans ce sens TC VS du 29 janvier 2002 *in* RNRF 86/2005 p. 351, consid. 2.a.

- 103 A teneur de cette **interprétation extensive**, les chemins privés, soit en particulier les chemins détenus en copropriété dépendante de la propriété des parcelles riveraines, ou les chemins vicinaux¹⁸⁵ (*Flurweg*) sont inclus dans la notion de voie publique, pour autant que le propriétaire privé d'issue suffisante ait le droit de les emprunter. Il en va de même des chemins utilisés en vertu d'un droit de passage de nature réelle ou personnelle.
- 104 **A notre avis, cette interprétation ne se justifie pas.** D'abord, parce qu'elle va à l'encontre du texte légal¹⁸⁶. Ensuite, parce que la notion de voie publique se retrouve liée aux droits dont dispose – ou ne dispose pas – le propriétaire d'immeuble, induisant par là une variabilité de définition malvenue¹⁸⁷. Enfin, parce qu'il est dangereux de déterminer le fonds servant en tenant pour acquis qu'un chemin privé constitue la voie publique à laquelle l'issue doit mener si les droits d'utilisation dudit chemin sont liés à la personne du propriétaire : en effet, en cas d'extinction de ces droits, le propriétaire court alors le risque de se trouver au bénéfice d'un droit de passage menant à un chemin qu'il ne peut pas ou plus utiliser.
- 105 Pour ces raisons, nous soutenons une définition de la voie publique, comme **comprenant les routes et chemins publics en tant que biens du domaine public et qui servent à l'usage commun en vertu d'une affectation**. Le fait que cette affectation soit principalement du ressort des cantons ne fait selon nous pas obstacle à une application uniforme du droit privé fédéral¹⁸⁸. Partant, la voie publique au sens de l'art. 694 al. 1 CC sera constituée des routes fédérales, cantonales et communales utilisables librement par tout un chacun¹⁸⁹.

C. Les causes de l'insuffisance d'une issue

1) Généralités

- 106 Une issue peut s'avérer insuffisante en vertu de causes diverses et multiples. L'insuffisance peut découler des seules particularités topographiques d'un immeuble ; elle est alors initiale. En pratique, on conçoit toutefois mal qu'un

¹⁸⁵ Pour une analyse complète sur le régime juridique de chemins vicinaux en droit genevois, voir AUER, SJ 1999 II p. 41 ss ; voir également TF 5A_866/2008 du 8 mai 2009, consid. 4.1.

¹⁸⁶ La locution « route publique » figure elle-même à l'art. 664 al. 3 CC, auquel il convient selon nous de se référer. Dans ce sens : CARONI-RUDOLF, p. 74.

¹⁸⁷ Dans ce sens également : CARONI-RUDOLF, p. 74-75.

¹⁸⁸ Dans ce sens également : BAUMGARTNER, p. 15 ; ROBICHON, p. 208.

¹⁸⁹ Dans ce sens également : CARONI-RUDOLF, p. 74.

propriétaire sollicite un droit de passage nécessaire en dehors d'un quelconque **changement de circonstances faisant office d'élément déclencheur**. C'est là l'objet de ce développement.

Sans prétendre à l'exhaustivité, nous examinerons ci-après quelques changements propres à rendre une issue sur la voie publique insuffisante ainsi que leurs éventuelles conséquences sur la prétention en octroi du passage nécessaire. Nous ne traiterons pas ici du cas où l'insuffisance se manifeste en lien avec un projet de construction, ce point méritant un développement distinct¹⁹⁰. 107

2) *La modification de la situation de fait*

L'enclavement peut tout d'abord résulter d'**événements naturels**¹⁹¹. C'est le cas d'une issue qui devient impraticable à la suite d'une catastrophe naturelle : séisme, éboulement, glissement de terrain, etc. La fréquence de certains événements naturels, voire le risque qu'ils se produisent, sont également aptes à rendre une issue insuffisante. Il en va ainsi d'inondations périodiques liées aux crues, de fréquentes chutes de neige ou de pierres, de risques élevés d'avalanches, etc. 108

Une issue peut en outre devenir insuffisante en raison du **changement de comportement d'un voisin ou d'un tiers**. Le passage nécessaire est alors réclamé en réaction à la création d'un obstacle à un passage à bien plaisir jusqu'alors exercé paisiblement. On pense par exemple au voisin qui décide de ne plus tolérer le passage sur son immeuble, ou encore à des actes d'entrave d'un passage de fait par la construction d'un muret, par la pose de bornes, par la plantation d'arbres, etc. 109

3) *La modification de la situation juridique de droit privé*

L'enclavement peut survenir après **une parcellisation ou une modification de l'état des propriétés**. Souvent involontaire, cette situation se rencontre lorsqu'un propriétaire procède à la division de son immeuble (par exemple en vue d'une promotion immobilière ou d'un partage successoral) ou aliène l'un 110

¹⁹⁰ Voir *infra* § 159 ss.

¹⁹¹ BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 45 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 910 ; CARONI-RUDOLF, p. 62.

de ses immeubles contigus, sans constituer les droits de passage nécessaires à la desserte de la totalité des immeubles¹⁹².

- 111 Par ailleurs, lorsque le passage est garanti par un **droit personnel**, tout **changement de propriétaire** est propre à mettre en péril l'exercice du passage : d'une part, en cas de transfert de la propriété de l'immeuble sur lequel s'effectue le passage, le nouveau propriétaire peut refuser l'octroi du passage précédemment consenti ; d'autre part, en cas de transfert de la propriété de l'immeuble bénéficiant du passage, les droits existants restent en principe acquis à l'ancien propriétaire. Cette seconde hypothèse s'applique dans la même mesure au passage garanti par une **servitude personnelle**.
- 112 Toute **extinction des droits** du propriétaire de l'immeuble au bénéfice du passage est également propre à entraîner une situation d'enclavement. Tel est le cas d'un contrat autorisant le passage qui prend fin d'une quelconque manière, d'une servitude de passage de durée limitée qui s'éteint par l'écoulement du temps, ou encore d'une servitude de passage radiée par erreur ou dans le cadre d'une procédure de réalisation forcée (art. 812 al. 2 CC)¹⁹³.
- 113 Enfin, l'**aggravation de la charge** d'une servitude de passage existante (par exemple en raison d'une augmentation du trafic sur l'assiette de la servitude) peut être interdite par l'effet de l'art. 739 CC, avec pour conséquence la survenance d'une desserte insuffisante pour le titulaire de dite servitude¹⁹⁴.

4) *La modification de la situation juridique de droit public*

- 114 Lorsque l'insuffisance de l'issue trouve sa cause dans le droit public, l'ATF 120 II 185 introduit une importante distinction selon la nature des intérêts protégés. Le raisonnement du Tribunal fédéral peut se résumer comme suit : le passage nécessaire de l'art. 694 CC est destiné à sauvegarder des intérêts privés. L'utilisation d'un immeuble conformément à sa destination, déterminée par le droit public, touche les intérêts privés du propriétaire. Dès lors, si l'insuffisance de l'issue est due au droit public **en considération de l'intérêt privé**, les moyens de droit privé sont ouverts pour y remédier. A

¹⁹² BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 45 ; CARONI-RUDOLF, p. 62.

¹⁹³ Dernier exemple tiré de CARONI-RUDOLF, p. 62.

¹⁹⁴ Voir *infra* § 694 ss.

l'inverse, si l'insuffisance de l'issue est due au droit public **en considération de l'intérêt public**, il appartient au seul droit public d'y remédier¹⁹⁵.

Ainsi, lorsque qu'une issue doit être améliorée en raison d'un **changement de destination ou d'utilisation de l'immeuble (partiellement) enclavé**, le recours à l'art. 694 CC est ouvert. Le changement dans la manière dont l'immeuble est utilisé repose alors sur des causes objectives et répond à un réel besoin économique de l'immeuble¹⁹⁶. L'on pense typiquement à un changement d'affectation : un immeuble constructible n'a de toute évidence pas les mêmes besoins en terme de desserte qu'un immeuble situé hors de la zone à bâtir¹⁹⁷. Il en va de même lorsqu'une modification législative ouvre de nouvelles perspectives d'utilisation d'immeubles situés dans une zone définie par le droit cantonal (par exemple, une augmentation des indices de densité autorisés). 115

En revanche, lorsque l'insuffisance d'une issue résulte d'un **changement du régime de circulation**, le recours à l'art. 694 CC est *a priori* exclu¹⁹⁸. L'on pense ici aux situations où l'enclavement est dû à la suppression d'une voie publique ou à une interdiction d'accès affectant l'issue existante pour des motifs de sécurité, ce quand bien même l'immeuble serait contigu à la voie publique¹⁹⁹. Dans ces cas, l'insuffisance serait purement juridique – c'est-à-dire causée par des éléments de droit et non de fait – et la jurisprudence exclut alors le droit au passage nécessaire. 116

Il est vrai qu'en règle générale, le droit public prévoit des moyens pour remédier aux situations susmentionnées. Un riverain peut ainsi invoquer la garantie de la propriété pour s'opposer à un régime de circulation l'entravant dans l'utilisation de sa propriété²⁰⁰ : la protection de la garantie de la propriété s'étend en effet à certaines conditions pratiques relatives à son exercice²⁰¹. Le riverain d'une route n'est cependant pas protégé contre toutes les modifications du régime de circulation, mais uniquement contre celles rendant impossible une utilisation de sa propriété immobilière conformément à son 117

¹⁹⁵ ATF 120 II 185 in JdT 1995 I 333, consid. 2.d.

¹⁹⁶ ATF 107 II 323 in JdT 1982 I 469, consid. 3 ; ATF 93 II 167 in JdT 1968 I 392.

¹⁹⁷ Voir l'ATF 93 II 167 in JdT 1968 I 392 pour le cas d'un immeuble agricole devenu terrain à bâtir suite au développement d'une agglomération.

¹⁹⁸ TF 5C.82/2001 du 30 octobre 2001 ; ATF 120 II 185 in JdT 1995 I 333 ; TC NE du 30 juin 1997 in RJN 1997 p. 96 ; CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 29 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 8 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2701 ; SCHMID-TSCHIRREN, Aktuelle Tendenzen, p. 10.

¹⁹⁹ Voir notamment l'ATF 110 II 17, où l'immeuble du recourant était situé en bordure d'une route, mais où toute sortie sur cette route était interdite pour des motifs de sécurité du trafic.

²⁰⁰ ATF 131 I 12 in RDAF 2006 I 699, consid. 1.3.3 ; ATF 126 I 213 in RDAF 2001 I 709, consid. 1.b.bb.

²⁰¹ ATF 131 I 12 in RDAF 2006 I 699, consid. 1.3.2 ; ATF 126 I 213 in RDAF 2001 I 709, consid. 1.b.bb.

but²⁰². Les lois cantonales codifient ce principe et prévoient généralement des moyens de désenclavement si un accès est supprimé ou interdit pour des raisons sécuritaires. Parmi ces moyens figurent notamment le regroupement des accès privés²⁰³, l'expropriation de droits de tiers²⁰⁴, l'aménagement de nouveaux débouchés privés aux frais de l'autorité²⁰⁵ ou encore l'obligation pour le propriétaire de la voie publique de rétablir un accès suffisant au réseau routier²⁰⁶.

118 Malgré cela, l'exclusion pure et simple des moyens de droit privé dans une situation où l'insuffisance de l'issue est causée par une modification du régime de circulation **ne convainc pas**, et ce principalement pour **quatre raisons** :

119 **1° Le droit public n'est pas infaillible.** La position défendue par la jurisprudence fédérale part en effet du postulat d'un droit public apte à remédier à toutes les situations particulières qu'il viendrait à causer en considération de l'intérêt public. Or, cela n'est pas toujours le cas, preuve en est que les tribunaux civils ont précisément eu à traiter de cas d'immeubles contigus à la voie publique, mais juridiquement enclavés pour des raisons de sécurité du trafic – que ce soit parce que toute sortie sur la voie publique avec des véhicules à moteur est prohibée²⁰⁷, ou parce que la voie publique jouxtant l'immeuble est réservée au trafic agricole²⁰⁸. A cette réserve s'ajoute encore que le droit public peut être amené à considérer comme suffisante une issue qui ne le serait pas selon le droit privé²⁰⁹.

120 **2° La distinction entre l'insuffisance matérielle et l'insuffisance juridique ne se justifie pas.** Il y a en effet un certain simplisme à considérer que si un immeuble est contigu à la voie publique, il dispose alors nécessairement d'une issue matériellement suffisante à cette dernière. En effet, si le droit public empêche l'accès pour des motifs sécuritaires, ce n'est vraisemblablement pas par simple lubie, mais parce que l'accès à la

²⁰² ATF 131 I 12 *in* RDAF 2006 I 699, consid. 1.3.3.

²⁰³ Cf. art. 33 al. 2 de la Loi vaudoise sur les routes du 10 décembre 1991.

²⁰⁴ Cf. art. 33 al. 2 de la Loi vaudoise sur les routes du 10 décembre 1991.

²⁰⁵ Cf. art. 15 al. 1 de la Loi genevoise sur les routes du 28 avril 1967.

²⁰⁶ Cf. art. 86 al. 2 de la Loi fribourgeoise sur les routes du 15 décembre 1967 ; art. 149 al. 4 de la Loi valaisanne sur les routes du 3 septembre 1965 (cet article prévoyant en outre une indemnisation en cas d'impossibilité de création d'une desserte convenable).

²⁰⁷ TF 5C.82/2001 du 30 octobre 2001 ; ATF 120 II 185 *in* JdT 1995 I 333.

²⁰⁸ TC NE du 30 juin 1997 *in* RJN 1997 p. 96.

²⁰⁹ Voir par exemple l'ATF 131 I 12 *in* RDAF 2006 I 699, consid. 1.3.4 et 1.3.5, où un accès motorisé entre 5 heures et 12 heures uniquement n'a pas été jugé contraire à un usage normal du bien-fonds.

voie publique est matériellement trop dangereux. Dans cette situation, l'insuffisance n'est pas due au seul droit public, puisque l'insuffisance juridique de l'accès n'est alors que la conséquence d'une insuffisance technique préexistante²¹⁰.

3° **La considération de l'intérêt (privé ou public) en cause porte à confusion.** L'argumentation développée dans l'ATF 120 II 185 en fonction de la nature des intérêts protégés crée un flou juridique, puisque la délimitation entre l'intérêt privé et l'intérêt public n'est de loin pas toujours évidente. 121

4° **L'exclusion des moyens de droit privé est trop catégorique.** La situation du propriétaire de l'immeuble – partiellement – enclavé est en effet la même, peu importe la cause de l'insuffisance de son issue. Rien ne justifie de le priver des moyens existants pour remédier à cette situation insatisfaisante. 122

Pour l'ensemble de ces raisons, il nous semble plus juste, lorsque l'insuffisance de l'issue tire sa source dans une modification du régime de circulation, de parler d'une **subsidiarité du droit privé par rapport au droit public**²¹¹. Le propriétaire privé d'une issue suffisante doit alors apporter la preuve qu'il a entrepris ce que l'on pouvait raisonnablement exiger de lui pour obtenir un accès suffisant selon les moyens de droit public à sa disposition²¹². S'il fournit cette preuve, la prétention en octroi du passage nécessaire doit lui est ouverte. 123

D. La mesure de l'insuffisance d'une issue

1) *En général*

En tant que restriction légale indirecte à la propriété, l'obtention d'un droit de passage nécessaire est subordonnée à des **conditions strictes** et présuppose un 124

²¹⁰ Pour un début de réflexion en ce sens, voir TF 5C.82/2001 du 30 octobre 2001, consid. 3.c.

²¹¹ Plaident également en faveur d'une subsidiarité des moyens de droit privé dans ce cas de figure : CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 29 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 8 ; REY, RJB 1996, p. 306.

²¹² Dans ce sens également : BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 8 ; REY, RJB 1996, p. 306.

cas de **véritable nécessité**²¹³. L'on en déduit qu'une issue n'est insuffisante que si elle est nécessaire²¹⁴. Certes, mais nécessaire à quoi ?

- 125 Selon la formule jurisprudentielle consacrée : « il n'y a nécessité que si une utilisation du bien-fonds conforme à sa destination exige un accès à la voie publique et que cet accès fait totalement défaut ou se révèle insuffisant »²¹⁵. L'objectif n'est ainsi pas de permettre une exploitation optimale de l'immeuble, mais de garantir une **exploitation rationnelle** de ce dernier²¹⁶. La possibilité, respectivement l'impossibilité, d'utiliser et d'exploiter l'immeuble conformément à ses besoins constituent ainsi la mesure de la nécessité, et partant, de la suffisance, respectivement de l'insuffisance de l'issue²¹⁷.
- 126 Par la négative, l'on en déduit que l'art. 694 CC n'octroie **pas de droit à l'obtention du meilleur passage** : une issue n'est pas insuffisante du seul fait qu'une autre issue est meilleure. L'examen de l'insuffisance d'une issue se fait en fonction de l'issue (in)existante, et non eu égard à l'issue souhaitée ; toute comparaison fictive à ce stade est à proscrire. La simple opportunité d'améliorer une voie d'accès existante, mais non tout à fait satisfaisante, ne fonde pas le droit au passage nécessaire²¹⁸.
- 127 De même, la personne du propriétaire n'est à ce stade d'aucune importance, puisque l'insuffisance doit reposer sur des **motifs objectifs** : il s'agit de regarder les besoins économiques de l'immeuble, et non les besoins du propriétaire de celui-ci²¹⁹. Les désirs personnels, les fantaisies, les buts somptuaires, la simple commodité ou le pur intérêt spéculatif du propriétaire ne sont pas de nature à causer une insuffisance au sens de l'art. 694 al. 1 CC²²⁰.

²¹³ TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 in SJ 2017 I p. 121, consid. 3.1.1 ; ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291, consid. 3.1 ; ATF 105 II 178 in JdT 1981 I 113, consid. 3.b.

²¹⁴ Dans ce sens : CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 23.

²¹⁵ TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 in SJ 2017 I p. 121, consid. 3.1.1 ; ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291, consid. 3.1 ; ATF 117 II 35 in JdT 1993 I 179, consid. 2 ; ATF 110 II 126 in JdT 1985 I 115, consid. 4. A noter que l'on devrait plus justement se référer à l'immeuble, et non seulement au bien-fonds.

²¹⁶ BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 6 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 49 ; CARONI-RUDOLF, p. 64.

²¹⁷ La définition de l'issue suffisante en fonction des possibilités d'exploitation de l'immeuble était déjà discutée lors des travaux préparatoires, cf. Protokolle Expertenkommission, séance du 7 novembre 1902 in FASEL, Sachenrechtliche Materialien, p. 517 : « Als „Zugang“ sei zu verstehen, was für Bewirtschaftung des Grundstückes notwendig sei ».

²¹⁸ TF 5A_410/2008 du 9 septembre 2008, consid. 4.1 ; ATF 105 II 178 in JdT 1981 I 113, consid. 3.b ; ATF 85 II 392 in JdT 1960 I 162, consid. 2.

²¹⁹ ATF 107 II 323 in JdT 1982 I 469, consid. 3.

²²⁰ TF 5A_410/2008 du 9 septembre 2008, consid. 4.1 ; TF 5C.40/2006 du 18 avril 2006, consid. 3.1 ; ATF 85 II 392 in JdT 1960 I 162, consid. 1.a ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 46 et 48 ; CARONI-RUDOLF, p. 64-65 ; HOHL, Droit privé et droit public cantonal, p. 44. Voir également TF 5A_362/2012

Aussi, dans un ATF 107 II 323, le Tribunal fédéral a jugé que l'exploitation d'un atelier cinématographique et photographique dans une ferme appenzelloise située en zone agricole n'avait rien à voir avec la destination naturelle de l'immeuble mais répondait uniquement aux besoins personnels des demandeurs, avec pour conséquence qu'ils ne pouvaient se prévaloir d'un besoin en desserte en lien avec une telle exploitation²²¹. *A fortiori*, il en irait de même d'un propriétaire sollicitant un droit de passage nécessaire afin de pouvoir accéder à son immeuble avec son large 4x4, ou encore d'un propriétaire désireux que son issue aboutisse à telle rue plutôt qu'à telle autre pour des questions de prestige.

La possibilité d'exploiter un immeuble conformément à sa destination – et, par voie de conséquence, les besoins de cet immeuble en terme de desserte – dépend principalement de **deux facteurs** : d'une part, de son affectation, d'autre part, de ses particularités topographiques compte tenu de sa nature et de sa situation²²². 128

S'agissant en premier lieu de l'affectation de l'immeuble, elle relève du droit de l'aménagement du territoire, qui assigne à l'immeuble une destination dont dépendent son utilisation et son exploitation²²³. L'affectation de l'immeuble et les éventuelles interdictions ou autorisations d'exploitation dont il dispose constituent donc le **point de départ** de toute analyse. 129

Ainsi, si l'immeuble se situe en **zone à bâtir**, la construction d'une maison d'habitation est une utilisation de l'immeuble conforme à sa destination²²⁴. A la suite de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de la LAT²²⁵ le 1^{er} mai 2014, le législateur fédéral a fixé comme nouveaux buts de l'aménagement du territoire le développement de l'urbanisation vers l'intérieur du milieu bâti (art. 1 al. 1 let. a^{bis} LAT) et la création d'un milieu bâti compact (art. 1 al. 2 let. b 130

du 27 septembre 2017, consid. 3.1 (servitude de conduite) et ATF 131 III 214, consid. 2.1 (servitude de fontaine nécessaire).

²²¹ ATF 107 II 323 *in* JdT 1982 I 469.

²²² TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121, consid. 3.1.1 ; TF 5A_142/2011 du 22 septembre 2011, consid. 3.2.1 ; TF 5C.91/2005 du 11 octobre 2005, consid. 1.1 ; HOHL, Droit privé et droit public cantonal, p. 44 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 389. Voir également ROBICHON, p. 212 : « Cette question de fait doit être résolue en tenant compte exclusivement de la configuration du sol et du mode d'exploitation du fonds ».

²²³ ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 3.2 ; ATF 120 II 185 *in* JdT 1995 I 333, consid. 2.d ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 6 ; SUTTER-SOMM, n. 838.

²²⁴ ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 3.2 ; TF 5A_136/2009 du 19 novembre 2009 *in* RNR 92/2011 p. 168, consid. 4.2 ; ATF 120 II 185 *in* JdT 1995 I 333, consid. 2.b ; ATF 93 II 167 *in* JdT 1968 I 226, consid. 3.

²²⁵ Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (Loi sur l'aménagement du territoire, LAT ; RS 700).

LAT). Des nouvelles constructions plus denses que par le passé sont donc destinées à voir le jour au sein des parties constructibles du territoire ; dans la mesure de leur caractère autorisable, elles constituent des utilisations conformes à la destination des immeubles²²⁶.

- 131 Le droit au passage nécessaire n'est pas exclu quand l'insuffisance d'une issue a trait à une **utilisation future** de l'immeuble²²⁷. La jurisprudence exige alors un **intérêt actuel** à l'octroi du passage nécessaire²²⁸, qui dépend de la constructibilité de l'immeuble et du caractère *prima facie* autorisable de la construction projetée. Le propriétaire doit faire état d'un projet actuel et concret (par exemple, par la production des plans envisagés pour sa future construction), et non d'une vague intention de bâtir²²⁹. On ne saurait toutefois se montrer trop exigeant quant à la preuve des démarches entreprises en vue de l'octroi d'un permis de construire, tant celles-ci peuvent dépendre de l'obtention d'une desserte suffisante dans un premier temps²³⁰. Un excès de zèle est dès lors de nature à placer le propriétaire demandeur dans un cercle vicieux. De même, la destination de la construction envisagée (utilisation personnelle, revente à un tiers, etc.) n'a pas besoin d'être connue²³¹.
- 132 Si l'immeuble se situe **hors zone à bâtir**²³² ou s'il n'est **pas constructible** pour d'autres motifs de droit public (par exemple, suite aux lois cantonales édictées consécutivement à l'adoption de l'art. 75b Cst.²³³), y compris pour une durée limitée (par exemple, en raison de son affectation en zone réservée²³⁴), son propriétaire ne peut pas invoquer une insuffisance de desserte en lien avec des projets de construction non autorisables en l'état actuel du droit. Un chemin

²²⁶ Pour plus de développements, voir *infra* § 192 ss et 276 ss.

²²⁷ ATF 117 II 35 *in* JdT 1993 I 179, consid. 2 ; ATF 85 II 392 *in* JdT 1960 I 162, consid. 4 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 102 n. 61 ; SUTTER-SOMM, n. 838 ; CARONI-RUDOLF, p. 72 s.

²²⁸ TF 5C.327/2001 du 21 mars 2002, consid. 4.b ; ATF 120 II 185 *in* JdT 1995 I 333, consid. 2.b ; ATF 117 II 35 *in* JdT 1993 I 179, consid. 2 ; ATF 110 II 125 *in* JdT 1985 I 115, consid. 4 ; TC VS du 29 avril 2014, résumé *in* DC online 2014, no 642 ; TC LU du 31 mai 1990 *in* DC 1992 p. 42 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2701 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 390 ; FOURNIER, p. 204.

²²⁹ ATF 117 II 35 *in* JdT 1993 I 179, consid. 4.a) ; CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 27 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2701 ; FOURNIER, p. 204.

²³⁰ Sur les conditions de l'octroi d'un permis de construire, voir *infra* § 162 ss. Plus exigeants quant à la preuve : ATF 117 II 35 *in* JdT 1993 I 179, consid. 4.a et CARONI-RUDOLF, p. 73.

²³¹ D'un avis contraire : ACJC/1790/2015 (GE) du 26 juin 2015, consid. 4.4.

²³² Sont considérées comme non constructibles par la LAT les zones agricoles (art. 16 ss LAT), les zones à protéger (art. 17 LAT) et l'aire forestière (art. 18 al. 3 LAT).

²³³ Voir l'arrêt TC VS du 29 avril 2014, résumé *in* DC online 2014, no 642.

²³⁴ Cf. art. 27 LAT. Voir les arrêts TF 5C.327/2001 du 21 mars 2002, consid. 4.b et ATF 110 II 125 *in* JdT 1985 I 115, consid. 4.

carrossable n'est pas nécessaire à la desserte d'un immeuble non constructible²³⁵.

En principe, aucune autorisation de construire n'est délivrée si la construction ou l'installation projetée n'est pas conforme à l'affectation de la zone (art. 22 al. 2 let. a LAT). Des **dérogations** sont toutefois possibles, tant à l'intérieur de la zone à bâtir (art. 23 LAT) qu'à l'extérieur de la zone à bâtir (art. 24 ss LAT). Si une autorisation d'exploitation dérogatoire est octroyée par une autorité administrative, le juge civil est en principe lié par cette décision lorsqu'il examine la question de l'exploitation de l'immeuble conformément à sa destination²³⁶. Il n'empêche que la jurisprudence n'est pas toujours cohérente : ainsi, dans un arrêt de 2005, le Tribunal fédéral a considéré qu'une activité agrotouristique exercée sur un immeuble situé en zone agricole constituait une exploitation dudit immeuble conforme à sa destination, puisqu'au bénéfice d'une autorisation dérogatoire au sens de l'art. 24b LAT²³⁷ ; en revanche, dans un arrêt de 2018, le Tribunal fédéral a refusé de tenir compte d'une autorisation de construire une maison en zone agricole obtenue par un propriétaire (non agriculteur), au motif que le fait de résider en zone agricole ne constituait pas un usage de l'immeuble conforme à sa destination au sens de l'art. 694 CC²³⁸.

S'agissant en second lieu de la nature et de la situation de l'immeuble, la situation la plus simple – et la plus rare – est celle d'un immeuble **totale-ment enclavé**, c'est-à-dire séparé de la voie publique par d'autres immeubles que le propriétaire de l'immeuble enclavé ne peut emprunter à quelque titre que ce soit²³⁹. Dans ce cas, l'issue est *de facto* insuffisante, puisqu'inexistante²⁴⁰.

Plus délicate et nettement plus fréquente est la situation d'un immeuble qui dispose certes d'une issue sur la voie publique, mais qui, pour diverses raisons tenant à des particularités topographiques, est **insuffisante**. L'on pense

²³⁵ TF 5C.327/2001 du 21 mars 2002, consid. 4.b ; ATF 120 II 185 in JdT 1995 I 333, consid. 2.b ; ATF 110 II 125 in JdT 1985 I 115, consid. 4 ; TC VS du 29 avril 2014, résumé in DC online 2014, n. 642 ; HOHL, Droit privé et droit public cantonal, p. 45.

²³⁶ A moins que la décision ne soit absolument nulle, cf. ATF 108 II 456 in JdT 1985 II 16, consid. 2.

²³⁷ TF 5C.91/2005 du 11 octobre 2005, consid. 1.1, résumé in MOOSER, Des servitudes, p. 425.

²³⁸ TF 5A_713/2017 du 7 juin 2018, consid. 2.4. Voir notamment consid. 2.4.1 : « *Das Bewohnen einer in der Landwirtschaftszone gelegenen Liegenschaft durch landwirtschaftsfremde Personen ist nicht zonenkonform und folglich nicht bestimmungsgemäss im Sinne von Art. 694 ZGB* ».

²³⁹ Voir aussi BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 6 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 45.

²⁴⁰ La version française du projet de loi prévoyait initialement que le droit au passage nécessaire appartenait au propriétaire qui n'avait « aucune issue ou qu'une issue insuffisante », précision vraisemblablement jugée redondante puisqu'elle fut supprimée par la suite, voir FASEL, Sachenrechtliche Materialien, p. 1221.

notamment à une issue trop étroite, trop dangereuse, trop raide, trop indirecte, trop coûteuse, etc. L'ensemble des circonstances concrètes doit alors être apprécié par le juge, au vu de différents critères tels que la surface de l'immeuble, sa situation (à l'intérieur ou à l'extérieur d'une localité), ses aménagements, sa déclivité, la densité des constructions qui y sont érigées, etc. Seule une analyse au cas par cas permet de déterminer si une issue est ou n'est pas suffisante pour permettre une utilisation rationnelle de l'immeuble en question²⁴¹. La casuistique qui suit permet de donner quelques pistes.

2) *Casuistique*

136 Nous établirons ci-après une casuistique recensant certaines situations pratiques et réponses apportées par la jurisprudence et la doctrine quant au caractère insuffisant d'une issue. Cette casuistique ne vise pas l'exhaustivité, mais a pour but de mettre en avant certaines lignes directrices en lien avec des problématiques fréquentes.

137 **L'issue n'est pas praticable en tout temps.** Une issue est insuffisante si elle n'est pas praticable toute l'année, notamment en hiver²⁴². Le Tribunal fédéral a ainsi admis l'insuffisance matérielle d'un chemin en forte pente situé dans la Vallée de Joux (où les conditions hivernales durent en moyenne cinq à six mois) et fermé au trafic automobile pendant une partie de l'année en raison du gel et des difficultés de déneigement²⁴³. A l'inverse, des **inconvenients passagers**, même importants, ne suffisent pas à créer la nécessité exigée par la loi²⁴⁴. Ainsi, un chemin trop étroit pour permettre le passage des véhicules de déneigement n'est pas insuffisant si le désagrément reste occasionnel et le déblaiement de la neige possible au prix de quelques efforts²⁴⁵. Enfin, des restrictions temporaires d'accès, par exemple en raison d'un chantier voisin ou d'un évènement naturel unique, ne sont en principe pas de nature à entraver l'utilisation rationnelle d'un immeuble.

138 **L'issue est dangereuse de par sa configuration ou son emplacement.** Une issue est insuffisante si elle fait courir des risques à ses usagers. De par sa configuration, une issue peut être dangereuse si elle est trop raide, trop

²⁴¹ ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291, consid. 3.3.

²⁴² ATF 101 II 314, consid. 3 ; Jugement du juge du district de Sion (VS) du 29 janvier 2002 in RVJ 2003 p. 275 ss, consid. 2.a) ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2701 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 910 ; CARONI-RUDOLF, p. 70.

²⁴³ ATF 101 II 314, consid. 3.

²⁴⁴ TC FR du 21 mai 1990 in RNRF 74/1993 p. 287 s., consid. 2.b) ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 910.

²⁴⁵ TC FR du 21 mai 1990 in RNRF 74/1993 p. 287 s., consid. 2.b).

sinueuse ou encore jonchée d'obstacles. De par son emplacement, est notamment dangereux un chemin spongieux ou marécageux²⁴⁶, longeant un précipice²⁴⁷ ou encore exposé à des risques naturels (chutes de pierres, avalanches, etc.).

L'issue n'est pas carrossable. Selon les conceptions actuelles, dans un périmètre bâti où se trouvent des maisons d'habitations, un passage n'est suffisant que s'il peut être utilisé par des véhicules à moteur, pour autant que la situation topographique le permette²⁴⁸. Il peut être dérogé à ce principe lorsqu'une exploitation rationnelle de l'immeuble reste possible au vu des conditions locales²⁴⁹, soit notamment lorsque l'immeuble est situé en dehors du rayon d'une localité²⁵⁰, ou, plus justement dit, lorsque l'immeuble est isolé ou situé dans une région peu habitée²⁵¹ (ce par quoi il faut entendre peu construite). Exceptionnellement, un sentier pédestre peut s'avérer suffisant si l'immeuble est tout de même accessible pour les véhicules de service (véhicules de livraison, ambulances, services publics etc.) en dépit de l'inexistence d'un réel chemin carrossable²⁵². 139

A titre exemplatif, des accès motorisés n'ont pas été jugés nécessaires à une maison d'habitation en région rurale²⁵³, à une résidence secondaire située dans une zone à bâtir de faible densité et entourée de terres cultivées²⁵⁴, ou encore à 140

²⁴⁶ Exemple tiré de : PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 910.

²⁴⁷ Exemple tiré de : PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 910.

²⁴⁸ TF 5A_356/2017 du 18 décembre 2017, consid. 3.4.1 ; TF 5A_853/2015 du 30 mai 2016, consid. 3.1.2.1 ; ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291, consid. 3.3.3 ; ATF 93 II 167 in JdT 1968 I 226, consid. 2 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2701 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 910.

A noter que si l'immeuble ne peut pas être bâti en vertu de prescriptions de droit public, un accès carrossable n'est pas nécessaire, voir *supra* § 132.

²⁴⁹ TF 5A_853/2015 du 30 mai 2016, consid. 3.1.2.1 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2701 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 910 ; CARONI-RUDOLF, p. 67.

²⁵⁰ ATF 107 II 323 in JdT 1982 I 469, consid. 2, où le Tribunal fédéral a pour la première fois tranché cette question (laissée ouverte dans ses précédents arrêts), au motif que si l'on devait accorder un accès carrossable à toute maison d'habitation aussi éloignée soit-elle, les prés et champs voisins risqueraient de se retrouver sillonnés par des voies carrossables ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2701 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 910.

²⁵¹ TF 5C.142/2003 du 28 août 2003 in RNR 85/2004 p. 312 ss, consid. 2.4 ; TF 5A_713/2017 du 7 juin 2018, consid. 2.

²⁵² TF 5A_853/2015 du 30 mai 2016, consid. 3.1.2.1 ; Jugement du juge du district de Sion (VS) du 29 janvier 2002 in RVJ 2003 p. 275 ss, consid. 2.b) ; CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 1 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 43 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2701.

²⁵³ ATF 107 II 323 in JdT 1982 I 469, consid. 2.

²⁵⁴ TF 5A_853/2015 du 30 mai 2016, consid. 3.1.2.1. A notre sens, le caractère de résidence secondaire de l'immeuble n'est pas pertinent, *contra* : TC NE du 22 septembre 2015 in RJN 2016 p. 117 ss, consid. 2.a).

un jardin de loisir en zone agricole²⁵⁵. Un accès motorisé mais limité à un nombre maximal de passages par semaine, à certaines heures de la journée, a été octroyé pour une maison située en zone agricole et passablement éloignée de la zone résidentielle²⁵⁶. Un accès motorisé non limité est en revanche apparu nécessaire pour desservir une habitation non isolée située dans une région de hameau (*Streu- und Hofriedlungsgebiet*)²⁵⁷.

- 141 **L'issue est trop étroite.** S'agissant de la largeur d'une **issue piétonne**, certaines législations cantonales prévoient des largeurs minimales²⁵⁸, dont il y a lieu de s'inspirer. La largeur minimale exigée se situe alors aux alentours d'un mètre²⁵⁹, si bien qu'en-deçà, un chemin pédestre doit en principe être considéré comme trop exigü.
- 142 S'agissant de la largeur de l'**issue carrossable**, les normes professionnelles édictées par l'Union des professionnels suisses de la route (ci-après : « **les normes VSS** ») peuvent servir de base à l'appréciation du juge civil. Dans un arrêt relatif à l'interprétation d'un contrat de servitude prévoyant un droit « illimité » de passage, le Tribunal fédéral a ainsi jugé admissible de prendre en considération les normes VSS pour apprécier les exigences devant être posées audit droit de passage²⁶⁰. Ces normes ont l'avantage de refléter l'avis univoque et consensuel de professionnels ; elles ne sauraient toutefois être contraignantes.
- 143 En particulier, la norme **VSS 640 050**²⁶¹ fixe les caractéristiques techniques des accès riverains, définis comme des raccordements destinés à l'usage de

²⁵⁵ TC VS du 29 janvier 2002 *in* RNRF 86/2005 p. 351 ss, consid. 2.b).

²⁵⁶ TF 5A_713/2017 du 7 juin 2018, partie en fait. Voir notamment le dispositif du jugement cantonal de dernière instance, octroyant une servitude de passage limitée à un nombre maximal de six allers simples, respectivement de trois allers-retours par semaine, avec des véhicules motorisés, entre 7 heures et 20 heures, sous réserve des véhicules de service d'urgence. Nous ne sommes pas favorables à l'octroi judiciaire d'une servitude aussi limitative, voir *infra* § 625.

²⁵⁷ TF 5C.142/2003 du 28 août 2003 *in* RNRF 85/2004 p. 312 ss, consid. 2.4. Sur la notion de « *Streu- und Hofriedlungsgebiet* », voir en outre TF 5A_713/2017 du 7 juin 2018, consid. 1.3.2.

²⁵⁸ Par exemple : art. 83 al. 1 let. a du Code de droit privé vaudois du 12 janvier 2010 (1 mètre) ; art. 170 al. 2 de la Loi valaisanne d'application du code civil du 14 mars 1998 (1 mètre) ; art. 256 de la Loi fribourgeoise d'application du code civil du 22 novembre 1911 (90 centimètres).

²⁵⁹ PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 395.

²⁶⁰ ATF 139 III 404 *in* JdT 2014 II 407, consid. 7.4.2 : « Il ne faut cependant pas perdre de vue que le contenu de la propriété et donc des droits réels limités est déterminé sur la base de l'ordre juridique suisse en vigueur dans son ensemble. Cela comprend à côté du droit privé le droit public de la Confédération et des cantons au niveau de la loi et de l'ordonnance. Il n'est donc pas inadmissible de prendre en considération, pour apprécier quelles exigences doivent être posées pour un droit de passage, afin de satisfaire les besoins du fonds dominant, les dispositions du droit public ou ici les recommandations de l'association des professionnels suisses de la route concernant la construction et la configuration des routes privées ».

²⁶¹ Les normes VSS peuvent s'acheter en ligne à l'adresse : <http://www.vss.ch/fr/>.

véhicules routiers (entrées et sorties privées) entre une route publique prioritaire et un bien-fonds générant un trafic de faible densité (ch. 1 de la norme VSS 640 050). La norme distingue trois types d'accès riverains (A, B ou C) en fonction du nombre de places de stationnement que compte le bien-fonds à raccorder et du type de la route (chemin d'accès, route de desserte de quartier, route collective, etc.). Les exigences techniques diffèrent selon le type d'accès : ainsi par exemple, il n'est pas nécessaire qu'un croisement soit possible dans la zone du débouché d'un accès de type A au contraire des accès des types B ou C ; en cas de circulation dans les deux sens, les largeurs minimales préconisées sont de 3 mètres pour les accès de type A, de 5 mètres pour les accès de type B et de 5,50 mètres pour les accès de type C ; lesdites largeurs sont revues à la baisse en cas de circulation à sens unique et à la hausse en cas de déclivité ou de présence de murs, haies, clôtures, etc.²⁶²

Ces largeurs minimales sont basées sur la **surface au sol**. Cela étant, les usagers doivent en principe pouvoir sortir de leur véhicule. A titre exemplatif, une issue de trois mètres au sol pour un accès de type A, mais entièrement située entre deux haies, ne constitue probablement pas une issue suffisante. L'exercice du passage peut ainsi justifier l'octroi d'un espace aérien d'un à deux mètres plus large que celui de la surface au sol, en tous les cas sur une partie de l'issue. 144

Jusqu'où l'issue doit-elle mener ? L'issue dont il est ici question est l'issue suffisante dans ses caractéristiques techniques, soit en général l'issue carrossable. La jurisprudence fédérale se contente à cet égard d'une définition par la négative : l'issue suffisante ne conduit pas nécessairement devant la porte de la maison²⁶³ ; en deçà prévalent les circonstances de chaque cas particulier²⁶⁴. Il n'existe donc aucun principe général voulant qu'il y ait toujours une insuffisance d'accès lorsque ce dernier – bien que matériellement possible – ne conduit pas sur le bien-fonds lui-même, mais s'arrête à la limite de propriété²⁶⁵ : la possibilité de pouvoir se parquer sur sa parcelle n'est ainsi pas juridiquement garantie en droit privé²⁶⁶ (alors que le droit public cantonal exige parfois un nombre minimal de places de stationnement sur un bien- 145

²⁶² Pour plus de détails, se référer au ch. 5 tableau 2, ch. 7 tableau 2 et ch. 8 de la norme VSS 640 050.

²⁶³ ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 5.4.2 ; ATF 93 II 167 *in* JdT 1968 I 226, consid. 2 ; ATF 85 II 392 *in* JdT 1960 I 162, consid. 2 ; TC FR du 19 mars 1990 *in* RNR 74/1993 p. 284 ss, consid. 2 ; GRAHAM-SIEGENTHALER, p. 5.

²⁶⁴ TF 5C.225/2003 du 23 décembre 2003, consid. 7.3.

²⁶⁵ TF 5C.225/2003 du 23 décembre 2003, consid. 7.3.

²⁶⁶ Dans ce sens : ATF 84 II 614 *in* JdT 1959 I 194, consid. 3. Voir également TC FR du 19 mars 1990 *in* RNR 74/1993 p. 284 ss, consid. 3, où le Tribunal cantonal a considéré que l'accès au garage n'était pas indispensable à l'utilisation rationnelle de l'immeuble dans son ensemble.

fonds eu égard aux constructions projetées²⁶⁷, ce qui renvoie à la question de l'incidence des critères de droit public sur le caractère suffisant d'une issue, voir *infra* § 159 ss). Sauf cas particulier, nous sommes toutefois d'avis que **l'issue carrossable doit permettre d'arriver au moins jusqu'à la limite parcellaire et permettre le stationnement des véhicules à proximité suffisante de cette dernière**²⁶⁸. A l'inverse, il nous paraît trop radical de considérer que dès qu'une issue carrossable conduit à la limite d'un bien-fonds, le caractère suffisant de l'issue est *ipso facto* avéré. Le Tribunal fédéral semble partager cet avis, puisqu'il prend soin de laisser cette question ouverte dans les affaires qu'il a à traiter²⁶⁹.

- 146 En lien avec cette épineuse question, l'on recense plusieurs arrêts sur les problématiques d'accès aux **terrains en pente**, et notamment sur le caractère suffisant d'un accès aux bâtiments sous forme d'**escaliers**. Dans ces situations, l'enjeu est fréquemment de déterminer si le propriétaire qui doit emprunter un escalier pour accéder à une habitation érigée sur un terrain en pente accessible en voiture par le bas (respectivement par le haut) de sa parcelle peut solliciter le passage nécessaire pour bénéficier d'un accès motorisé sur le haut (respectivement sur le bas) de sa parcelle, soit à proximité de son habitation. Les décisions à cet égard sont là encore plurielles ; nous en recenserons ci-après quelques-unes.
- 147 Ont été jugés **insuffisants** les accès suivants : l'accès à une maison s'exerçant depuis la voie publique par un chemin d'une longueur d'environ cinquante mètres, large de quatre-vingt centimètres et comportant quarante marches d'escaliers, inscrit comme une servitude de passage à pied sur deux parcelles voisines²⁷⁰ ; l'accès à une habitation implantée au sommet d'une forte pente, par un escalier de quarante-six marches (dont la partie inférieure fait l'objet d'une servitude de passage) suivi d'un sentier en lacets²⁷¹ ; ou encore l'accès à

²⁶⁷ Voir par exemple l'art. 5 al. 3 du Règlement genevois relatif aux places de stationnement sur les fonds privés du 16 décembre 2015 : « Dans tous les périmètres, le nombre minimum exigé de places pour les voitures est de 2 pour les maisons individuelles ou contiguës dont la surface brute de plancher excède 125 m² ».

²⁶⁸ Voir notamment l'arrêt TF 5C.312/2002 du 4 février 2002, consid. 3.b), où le Tribunal fédéral n'a pas remis en cause l'appréciation de la Cour cantonale considérant qu'on ne pouvait exiger des demandeurs qu'ils se contentent de parquer leur voiture sur les places situées à 140 mètres de leur habitation.

²⁶⁹ Voir notamment l'arrêt TF 5A_356/2017 du 18 décembre 2017, consid. 3.5.2 et l'ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 4 *in fine*.

²⁷⁰ TF 5C.255/1999 du 17 juillet 2000, consid. 3c)aa), par ailleurs résumé *in* TF 5C.327/2001 du 21 mars 2002, consid. 3.c).

²⁷¹ TF 5C.327/2001 du 21 mars 2002, consid. 3.d). A noter que dans cette affaire, le Tribunal fédéral a jugé « absolument dénué de pertinence » l'argument des recourants en faveur d'une comparaison avec les propriétaires d'appartements d'immeubles de plusieurs étages non équipés d'ascenseur (cf. consid. 4.d)).

une habitation par un escalier de cinquante mètres de longueur empruntant l'immeuble d'un autre propriétaire²⁷².

Ont au contraire été jugés **suffisants** les accès suivants : un escalier d'environ trente mètres de longueur reliant l'immeuble servant de résidence secondaire à la voie publique²⁷³ ; un escalier de quarante-huit marches situé entièrement sur l'immeuble bâti faisant la liaison entre les places de parc et l'entrée de la villa²⁷⁴ ; un escalier menant à une parcelle constructible inscrit comme une servitude de passage²⁷⁵ ; un escalier de septante-six marches situé entièrement sur l'immeuble bâti, l'installation d'un ascenseur extérieur apparaissant réalisable sans coût démesuré²⁷⁶. 148

Il ressort de ces arrêts que l'accès à une habitation sous forme d'un long escalier ne correspond à première vue pas à la configuration attendue d'une issue suffisante au sens de l'art. 694 al. 1 CC²⁷⁷. En effet, un tel chemin peut difficilement être emprunté par les personnes âgées ou handicapées, exclut l'utilisation de poussettes ou de chaises roulantes et rend excessivement difficile la livraison d'objets lourds, soit des besoins usuels d'une maison d'habitation²⁷⁸. Il s'agit toutefois de distinguer les situations où l'escalier constitue la liaison entre la voie publique et l'immeuble de celles où l'escalier se situe entièrement sur l'immeuble bâti. Dans le premier cas, l'issue sera vraisemblablement jugée insuffisante²⁷⁹ ; en effet, lorsque l'escalier se situe en partie sur un immeuble appartenant à un tiers, il n'est en principe pas possible de l'aménager différemment sans l'accord de ce dernier – sauf précisément par l'octroi d'une servitude de passage nécessaire. Dans le second cas, les tribunaux ont tendance à considérer l'issue comme suffisante dès lors qu'il est 149

²⁷² TF 5C.142/2003 du 28 août 2003 *in* RNRF 85/2004 p. 312 ss, consid. 2.3.

²⁷³ TF 5C.225/2003 du 23 décembre 2003, consid. 7.3.

²⁷⁴ ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 5.4.2.

²⁷⁵ TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121, consid. 3.4.

²⁷⁶ TF 5A_356/2017 du 18 décembre 2017, consid. 3.5.2.

²⁷⁷ Voir TF 5C.327/2001 du 21 mars 2002, consid. 3.d) : « [u]n tel accès ne correspond manifestement pas aux besoins actuels d'une maison d'habitation ». Plus nuancé, voir TF 5A_356/2017 du 18 décembre 2017, consid. 3.5.2 : « [l]e point de savoir si un tel accès correspond, dans sa présente configuration, aux besoins actuels d'une maison d'habitation peut rester ouvert ».

²⁷⁸ TF 5C.142/2003 du 28 août 2003 *in* RNRF 85/2004 p. 312 ss, consid. 2.3 ; TF 5C.327/2001 du 21 mars 2002, consid. 3.d) ; TF 5C.255/1999 du 17 juillet 2000, consid. 3c)aa).

²⁷⁹ Voir les arrêts TF 5C.142/2003 du 28 août 2003 *in* RNRF 85/2004 p. 312 ss, consid. 2.3 ; TF 5C.327/2001 du 21 mars 2002, consid. 3.d) ; TF 5C.255/1999 du 17 juillet 2000, consid. 3c)aa). Pour des contre-exemples, voir l'arrêt TF 5C.225/2003 du 23 décembre 2003, consid. 7.3, où le caractère de résidence secondaire a vraisemblablement pesé dans la balance en défaveur de l'octroi d'un passage nécessaire ainsi que l'arrêt TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121, consid. 3.4 où le Tribunal fédéral s'est – à notre sens trop rapidement – fondé sur l'autorisation de construire en force.

possible d'arriver en voiture jusqu'à l'immeuble²⁸⁰ ; des aménagements internes sont alors *a priori* envisageables (par exemple, l'installation d'un ascenseur extérieur ou d'un monorail). Le propriétaire qui requiert un droit de passage nécessaire dans une telle situation a ainsi tout intérêt à étoffer son argumentation, en démontrant notamment les coûts démesurés de telles installations²⁸¹.

150 Ces considérations amènent une autre question : **un propriétaire peut-il prétendre à une seconde issue ?** Le texte légal de l'art. 694 al. 1 CC suppose que l'immeuble dans son entier n'ait qu'une issue insuffisante sur la voie publique (le texte français omettant de traduire les mots « *von seinem Grundstück* » du texte allemand)²⁸². *A priori*, cela exclut qu'un propriétaire puisse exiger la création d'une seconde issue, notamment pour accéder à un bâtiment donné²⁸³. Toutefois, lorsque l'impossibilité d'accéder à une partie déterminée d'un immeuble empêche l'utilisation rationnelle de cet immeuble pris dans sa globalité, l'octroi d'un droit de passage nécessaire est envisageable²⁸⁴. Les circonstances ouvrant le droit à une seconde issue doivent toutefois garder un caractère **exceptionnel**, et ne pas servir à des simples commodités d'accès ou à des allègements financiers²⁸⁵. A titre d'exemple, l'on pense à un bien-fonds séparé en deux parties distinctes (par exemple, par un cours d'eau ou par des arbres non abattables), présentant une forte déclivité²⁸⁶, ou encore d'une très grande surface²⁸⁷. Dans ces exemples, la partie insuffisamment desservie ne doit pas être d'une minime importance, sans quoi l'utilisation rationnelle de l'immeuble par le biais de l'issue existante reste possible.

151 Dans certaines situations, il peut par ailleurs être nécessaire de prévoir **une issue piétonne s'exerçant à un autre endroit que l'issue carrossable**. Prenons l'exemple d'une promotion immobilière ayant abouti à la construction de deux petits bâtiments d'habitations disposant d'un parking souterrain commun

²⁸⁰ ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 5.4.2 ; ATF 93 II 167 *in* JdT 1968 I 226, consid. 2. Voir également TF 5A_356/2017 du 18 décembre 2017, consid. 3.5.2, TF 5C.225/2003 du 23 décembre 2003, consid. 7.3 et TC NE du 22 septembre 2015 *in* RJN 2016 p. 117 ss, consid. 2.a).

²⁸¹ Voir *infra* § 153 ss.

²⁸² ATF 84 II 614 *in* JdT 1959 I 194, consid. 3.

²⁸³ ATF 84 II 614 *in* JdT 1959 I 194, consid. 3.

²⁸⁴ ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 4 ; ATF 84 II 614 *in* JdT 1959 I 194, consid. 3 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 49 ; ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 17 ; CARONI-RUDOLF, p. 66.

²⁸⁵ TC VS du 10 mars 1988 *in* RVJ 1989 p. 275, consid. 1.b) ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 49.

²⁸⁶ Voir l'ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 4, où le Tribunal fédéral a estimé qu'en présence de deux maisons construites sur un terrain d'une déclivité prononcée, un seul accès ne suffisait pas toujours à permettre l'utilisation de la totalité de l'immeuble ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 388.

²⁸⁷ TC VS du 10 mars 1988 *in* RVJ 1989 p. 275, consid. 1.b) ; CARONI-RUDOLF, p. 66.

dont la rampe d'accès mène directement à la voie publique. Cette promotion s'est effectuée sur une grande parcelle, subséquemment divisée en deux immeubles A et B : l'immeuble A jouxte la voie publique alors que l'immeuble B est enclavé. A défaut de servitudes de passage à pied inscrites au moment de la division parcellaire, il n'apparaîtrait pas déraisonnable d'admettre comme passage nécessaire un passage piétonnier grevant l'immeuble A en faveur de l'immeuble B. On ne saurait en effet imposer aux habitants et visiteurs de l'immeuble B de passer exclusivement par le parking souterrain pour accéder à leurs habitations.

Par ailleurs, un chemin d'accès contraignant à un **important détour** peut constituer une issue insuffisante au sens de l'art. 694 al. 1 CC, si le détour est tel qu'il compromet l'utilisation rationnelle de l'immeuble²⁸⁸. Cela exclut en principe les détours occasionnels²⁸⁹ (par exemple, parce que le chemin plus direct est épisodiquement entravé ou trop étroit pour certains types de gros véhicules). Le Tribunal fédéral a jugé qu'un détour de 150 mètres pour arriver à un garage ne constituait pas une issue insuffisante²⁹⁰. A notre sens, seul un détour considérable en longueur et en temps peut notablement entraver l'exploitation d'un immeuble²⁹¹, et cela d'autant plus si le détour invoqué est celui pour accéder non pas à l'immeuble lui-même, mais à une partie déterminée de ce dernier (par exemple, au garage). 152

Une issue suffisante sur la voie publique implique parfois qu'un **espace pour manœuvrer** soit disponible. Prenons l'exemple d'une promotion immobilière ayant conduit à la division d'une grande parcelle en quatre petits bien-fonds A, B, C et D, sur lesquels sont construites quatre villas contiguës (les villas A et D en pignon, et les villas B et C au centre). Seul l'immeuble A est contigu à la voie publique, si bien qu'un petit chemin d'accès a été aménagé en bordure afin de permettre à chaque propriétaire de garer son véhicule sur une place de parc devant sa villa. Ce faisant, plusieurs servitudes de passage ont été constituées : l'immeuble A est ainsi grevé de servitudes de passage en faveur des immeubles B, C et D ; l'immeuble B en faveur des immeubles C et D ; l'immeuble C en faveur de l'immeuble D. L'immeuble D, situé au fond, n'est grevé d'aucune servitude. Or, il s'avère que le propriétaire de l'immeuble C, 153

²⁸⁸ BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 54 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes, n. 910 ; CARONI-RUDOLF, p. 68 ; BOSSHART, p. 106.

²⁸⁹ TC VS du 10 mars 1988 *in* RVJ 1989 p. 275, c. 1b ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 53 ; CARONI-RUDOLF, p. 66.

²⁹⁰ TF 5C.197/2000 du 21 décembre 2000, consid. 6, repris *in* TF 4C.142/2003 du 28 août 2003, consid. 2.4.

²⁹¹ Voir PITTET, p. 110, se référant à une décision du Conseil d'Etat lucernois de 1931 estimant qu'un détour de trente à quarante minutes, ou même de dix minutes, peut rendre peu rentable l'exploitation d'un fonds.

pour effectuer sa manœuvre de sortie, empiète inmanquablement sur l'immeuble D. Si le propriétaire de l'immeuble D s'oppose à une telle manœuvre, existe-t-il un moyen de l'y contraindre ? La particularité de cette situation est que l'immeuble requis de céder le passage (soit ici l'immeuble D) ne se situe pas entre l'immeuble enclavé et la voie publique, mais au contraire à l'opposé de la voie publique. Il n'en demeure pas moins que le passage, défini comme une liaison servant de voie de communication entre les immeubles²⁹², ne se limite pas à la faculté de traverser. Aussi, l'espace nécessaire aux manœuvres indispensables à l'issue sur la voie publique doit à notre avis pouvoir être obtenu par le biais d'une servitude de passage nécessaire au sens de l'art. 694 al. 1 CC.

- 154 Qu'en est-il enfin du propriétaire qui peut techniquement et juridiquement se procurer un accès à la voie publique, mais uniquement en s'exposant à des **coûts disproportionnés** ? L'on pense ici au propriétaire de plusieurs parcelles contiguës dont l'une mène à la voie publique²⁹³, au propriétaire d'un immeuble au bénéfice d'une servitude de passage non aménagée²⁹⁴ ou encore au propriétaire d'une grande parcelle en pente²⁹⁵.
- 155 A la différence des servitudes légales de conduite nécessaire (art. 691 CC) et de fontaine nécessaire (art. 710 CC), l'art. 694 CC ne mentionne pas explicitement que des frais ou des coûts excessifs peuvent ouvrir le droit à l'octroi de la servitude. Doctrine et jurisprudence s'accordent toutefois pour admettre que l'exposition à des « frais disproportionnés » aux fins de réaliser un accès sur la voie publique peut justifier de retenir le caractère insuffisant d'une issue²⁹⁶. A notre connaissance cependant, aucun tribunal n'a jugé qu'une issue était insuffisante du seul fait qu'elle serait trop onéreuse à réaliser. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé non disproportionnés des frais de l'ordre de 80'000.- fr.²⁹⁷ ou de 308'000.- fr. (ajoutés au sacrifice de 180 m² de terrain)²⁹⁸ pour la création

²⁹² Voir *supra* § 96.

²⁹³ Cas de figure de l'arrêt TF 5A_223/2013 du 12 mars 2014 *in* SJ 2014 I p. 352.

²⁹⁴ Cas de figure des arrêts TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121, TF 5C.40/2006 du 18 avril 2006 *in* RNRF 88/2007 p. 469 ss et TF 5P.56/2006 du 18 avril 2006.

²⁹⁵ Cas de figure des arrêts TF 5A_356/2017 du 18 décembre 2017 et TF 5C.327/2001 du 21 mars 2002.

²⁹⁶ TF 5A_223/2013 du 12 mars 2014 *in* SJ 2014 I p. 352, consid. 2.1. Voir également : TF 5A_356/2017 du 18 décembre 2017, consid. 3.5.1 ; TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121, consid. 3.1.2 ; TF 5C.40/2006 du 18 avril 2006 *in* RNRF 88/2007 p. 469 ss, consid. 3.1 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 47 ; CARONI-RUDOLF, p. 69 ; BAUMGARTNER, p. 24 ; ROBICHON, p. 211 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 388-389.

²⁹⁷ TF 5C.40/2006 du 18 avril 2006 *in* RNRF 88/2007 p. 469 ss, consid. 3.2.

²⁹⁸ TF 5A_223/2013 du 12 mars 2014 *in* SJ 2014 I p. 352, consid. 3.2.

d'un accès carrossable, ou encore les coûts de construction d'un ascenseur extérieur²⁹⁹.

L'adjectif « disproportionné » employé par le Tribunal fédéral est **trompeur**. La disproportion dont il est question n'implique en effet pas la mise en balance des intérêts des propriétaires concernés – une telle pesée des intérêts étant précisément exclue par la jurisprudence fédérale³⁰⁰. Au contraire, il s'agit de **comparer la moins-value à la plus-value** que la réalisation d'une issue impliquerait **pour un même propriétaire** (soit le propriétaire invoquant l'insuffisance de son issue)³⁰¹. 156

Le calcul à effectuer est le suivant : il convient d'additionner le coût total de l'issue à réaliser (soit les coûts effectifs de construction et d'aménagement ainsi que la capitalisation des éventuels frais d'entretien) à l'éventuelle moins-value engendrée par l'utilisation d'une surface de terrain à des fins de passage, puis comparer le montant ainsi obtenu aux avantages économiques retirés de la construction, respectivement de l'aménagement, d'une telle issue³⁰². Les juges se montrent stricts par rapport au fardeau de l'allégation : l'estimation des coûts doit résulter d'une expertise précise, la seule conclusion d'un expert selon laquelle les travaux auraient un « coût important » n'étant à cet égard pas suffisante³⁰³. 157

La « disproportion » dont il est question n'est – heureusement – pas quantifiée *in abstracto*. A notre avis, lorsque la moins-value dépasse la plus-value, on ne peut raisonnablement imposer au propriétaire d'immeuble qu'il réalise l'issue (matériellement et juridiquement réalisable) sur son propre immeuble. Il faut alors admettre que ce propriétaire ne dispose pas d'une issue suffisante sur la voie publique au sens de l'art. 694 al. 1 CC. En deçà de cette limite, tout est question d'appréciation³⁰⁴. 158

²⁹⁹ TF 5A_356/2017 du 18 décembre 2017, consid. 3.5.1.

³⁰⁰ TF 5A_223/2013 du 12 mars 2014 *in* SJ 2014 I p. 352, consid. 3.2. Pour une critique, voir *infra* § 282 ss.

³⁰¹ Dans ce sens : TF 5A_223/2013 du 12 mars 2014 *in* SJ 2014 I p. 352, consid. 3.2 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 389.

³⁰² Dans ce sens : TF 5A_223/2013 du 12 mars 2014 *in* SJ 2014 I p. 352, consid. 3.2 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 389.

³⁰³ TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121, consid. 3.1.2. En corollaire, la contestation d'une estimation effectuée par un expert doit elle aussi être bien argumentée, voir TF 5A_356/2017 du 18 décembre 2017, consid. 3.5.1.

³⁰⁴ Pour un plaidoyer en faveur d'une pesée des intérêts entre les propriétaires dans un tel cas de figure, voir *infra* § 287 ss.

E. L'incidence des critères posés par le droit public de la construction en matière d'accès

1) *Généralités*

- 159 Les critères pour évaluer l'insuffisance d'une issue selon l'art. 694 al. 1 CC doivent-ils prendre en considération les critères développés par le droit public des constructions en lien avec l'art. 19 al. 1 LAT? Cette question de recoupement est à ce jour l'une des plus actuelles pour l'institution du droit de passage nécessaire, et illustre bien le tiraillement entre les impératifs d'indépendance d'interprétation du droit privé d'une part et de cohérence de l'ordre juridique dans son ensemble d'autre part.
- 160 Les problèmes de délimitation se feront en premier lieu ressentir lorsque l'issue est insuffisante en raison d'un **projet de construction**. La nécessité d'une issue peut en effet trouver sa cause dans l'utilisation future qu'un propriétaire souhaite faire de son immeuble³⁰⁵. L'obtention d'un accès suffisant sera alors cruciale pour l'octroi de l'autorisation de construire. Les difficultés de délimitation s'illustreront en second lieu lorsque l'issue se révèle insuffisante en raison d'une **construction nouvellement érigée**. Il se peut ainsi que des difficultés d'accès occultées – à dessein ou par inadvertance – au moment de la procédure d'autorisation se dévoilent une fois la construction achevée. Les questions de recoupement avec le droit public concernent ainsi avant tout le bâti nouveau.
- 161 Partant, il nous semble nécessaire de clarifier l'étendue du pouvoir d'examen du juge civil sur les critères d'accès ressortant du droit public ainsi que le positionnement de celui-ci face à la décision administrative qui autorise la construction, ou, au contraire, la refuse faute d'accès suffisant. Notre analyse débutera donc par un détour sur la notion d'accès suffisant en droit public (2). Nous exposerons ensuite la position actuelle de la jurisprudence civile (3)), que nous critiquerons en tant que de besoin (4)) pour aboutir à notre proposition (5)).

2) *Excursus : L'accès suffisant en droit public*

- 162 Conformément à l'art. 19 al. 1 LAT, un terrain est réputé équipé lorsqu'il est desservi d'une manière adaptée à l'utilisation prévue par des **voies d'accès** et par des conduites auxquelles il est possible de se raccorder sans frais

³⁰⁵ ATF 117 II 35 *in* JdT 1993 I 179, consid. 2 ; ATF 93 II 170 *in* JdT 1968 I 226, consid. 3.

disproportionnés pour l'alimentation en eau et en énergie ainsi que pour l'évacuation des eaux usées. Seul un terrain équipé peut faire l'objet d'une autorisation de construire (art. 22 al. 2 let. b LAT). L'exigence d'équipement s'applique à toutes les constructions et transformations, quelle que soit la zone où elles se trouvent³⁰⁶. L'équipement doit en outre être à tout le moins garanti au moment de la délivrance de l'autorisation de construire, et concrétisé au plus tard au moment de la réalisation de la construction projetée³⁰⁷.

La suffisance des voies d'accès est ainsi une **condition de l'octroi de l'autorisation de construire**. La loi exige uniquement que l'accès soit suffisant (voir les versions allemandes et italiennes de l'art. 19 al. 1 LAT : « *hinreichende Zufahrt* » ; « *accesso sufficiente* »). Cette suffisance doit s'apprécier tant sur le plan technique que juridique³⁰⁸. *A contrario*, la disposition n'impose pas de voies d'accès idéales³⁰⁹. 163

Techniquement, la voie de desserte est suffisante lorsque, par sa construction et son aménagement, elle n'expose pas ses usagers, ni ceux des voies publiques auxquelles elle se raccorde, à des dangers excessifs, et que l'accès des services de secours (ambulances, services du feu) est garanti³¹⁰. Ce sont donc des **buts de police** qui sont visés en premier lieu³¹¹. La voie d'accès doit en outre être en mesure d'accueillir tout le trafic de la zone qu'elle dessert³¹², y compris celui lié au développement attendu de ladite zone³¹³. L'aptitude d'une voie d'accès à assurer une desserte suffisante dépend ainsi de nombreux paramètres, parmi lesquels l'affectation de la zone, la fréquentation supplémentaire engendrée 164

³⁰⁶ JEANNERAT, art. 19 LAT n. 7 ; JOMINI, art. 19 LAT n. 11.

³⁰⁷ TF 1C_225/2017 du 16 janvier 2018, consid. 5.3.1 ; TF 1C_245/2014 du 10 novembre 2014 *in* SJ 2015 I p. 76, consid. 4.1 ; ATF 127 I 103 *in* JdT 2002 I 666, consid. 7.d) ; JEANNERAT, art. 19 LAT n. 8.

³⁰⁸ TF 1C_52/2017 et 1C_54/2017 du 24 mai 2017, consid. 5.2 ; TF 1C_387/2014 du 20 juin 2016, consid. 7.1 ; TF 1C_430/2015 du 15 avril 2016, consid. 3 ; TF 1C_245/2014 du 10 novembre 2014 *in* SJ 2015 I p. 76, consid. 4.1 ; TF 1C_668/2013 du 21 mars 2014, consid. 2.2 ; ATF 121 I 65 *in* JdT 1996 I 452, consid. 3.a).

³⁰⁹ TF 1C_155/2019 du 11 décembre 2019, consid. 5.1 ; TF 1C_225/2017 du 16 janvier 2018, consid. 4.1 ; TF 1C_52/2017 et 1C_54/2017 du 24 mai 2017, consid. 5.2 ; TF 1C_387/2014 du 20 juin 2016, consid. 7.1 ; TA VD du 30 septembre 1998 *in* RDAF 1999 I p. 219 ss, consid. 2.d) ; JEANNERAT, art. 19 LAT n. 24.

³¹⁰ TF 1C_155/2019 du 11 décembre 2019, consid. 5.1 ; TF 1C_387/2014 du 20 juin 2016, consid. 7.1 ; TF 1C_245/2014 du 10 novembre 2014 *in* SJ 2015 I p. 76, consid. 4.1 ; TF 1C_246/2009 du 1^{er} février 2010, consid. 4.1.

³¹¹ JEANNERAT, art. 19 LAT n. 22 ; JOMINI, art. 19 LAT n. 19.

³¹² TF 1C_155/2019 du 11 décembre 2019, consid. 5.1 ; TF 1C_52/2017 et 1C_54/2017 du 24 mai 2017, consid. 5.2 ; TF 1C_387/2014 du 20 juin 2016, consid. 7.1 ; TF 1C_245/2014 du 10 novembre 2014 *in* SJ 2015 I p. 76, consid. 4.1 ; ATF 121 I 65 *in* JdT 1996 I 452, consid. 3.a) ; JOMINI, art. 19 LAT n. 19.

³¹³ TF 1C_489/2017 du 22 mai 2018 consid. 3.5 et 3.6 ; TF 1C_667/2017 du 18 juin 2018 consid. 2.4 et 2.5 ; TF 1C_257/2011 du 3 octobre 2011, consid. 5.2 ; JEANNERAT, art. 19 LAT n. 29.

par la construction projetée ainsi que la configuration et les particularités du terrain et du tracé de l'accès (largeur, longueur, revêtement, pente, visibilité, possibilités de croisement, débouchés sur la voie publique etc.).

165 En pratique, les autorités se fondent sur la réglementation en vigueur au niveau cantonal et communal³¹⁴, pour autant que celle-ci précise la notion d'accès suffisant³¹⁵. C'est le cas des législations des cantons de Bâle-Ville³¹⁶, de Berne³¹⁷, du Jura³¹⁸, de Schaffhouse³¹⁹ ou encore de Zurich³²⁰, qui prévoient des largeurs de chaussées minimales. A défaut de réglementation, les autorités cantonales se réfèrent usuellement aux **normes VSS** (en particulier la norme VSS 640 050)³²¹. Ces dernières sont des recommandations, et, à ce titre, n'ont pas de force obligatoire³²². Elle doivent par ailleurs être pondérées par les circonstances concrètes du cas d'espèce et par le principe de proportionnalité³²³. L'évaluation de la suffisance technique d'une voie d'accès dépend donc dans une large mesure du **pouvoir d'appréciation** des autorités cantonales et communales, que les juridictions supérieures se doivent de

³¹⁴ Voir notamment les arrêts TF 1C_489/2017 du 22 mai 2018 et TF 1C_667/2017 du 18 juin 2018, où le Tribunal fédéral s'est référé aux règlements émanant des communes schwytzoises de Freienbach et d'Arth, fixant des largeurs minimales.

³¹⁵ TF 1C_271/2011 du 27 septembre 2011, consid. 2.5 ; TF 1C_237/2007 du 13 février 2008, consid. 4.1 ; TF 1P.145/2004 du 16 juillet 2004, consid. 4.2.1.

³¹⁶ Chapitre 1, Article 2 b) § 4 de la loi du canton de Bâle-Ville sur les constructions et l'aménagement du territoire (*Bau- und Planungsgesetz*) du 17 novembre 1999.

³¹⁷ Art 7 al. 2 et 3 de l'ordonnance bernoise sur les constructions du 6 mars 1985.

³¹⁸ Art. 6 al. 2 et 3 de l'ordonnance jurassienne sur les constructions et l'aménagement du territoire du 3 juillet 1990.

³¹⁹ § 7 c) et d) de l'ordonnance schaffhouseoise sur les constructions (*Verordnung zum Baugesetz*) du 15 décembre 1998.

³²⁰ Art. 4 et annexe des normes zurichoises sur les exigences en matière d'accès (*Zürcherischen Normalien über die Anforderungen an Zugänge (Zugangsnormalien)*) du 9 décembre 1987.

³²¹ TF 1C_155/2019 du 11 décembre 2019, consid. 5.1 ; TF 1C_243/2013 du 27 septembre 2013, consid. 5.1 ; TF 1C_157/2008 du 10 juillet 2008, consid. 2.1 ; JEANNERAT, art. 19 LAT n. 27 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 380.

Voir également TA GE 98/2012 du 21 février 2012, consid. 10, indiquant que la pratique se basant sur les normes VSS se justifie d'autant plus à Genève où le droit cantonal est muet s'agissant des caractéristiques techniques applicables aux différentes voies d'accès. Il est d'ailleurs dans la pratique de la direction générale de la mobilité du canton de Genève de s'y référer (cf. GRODECKI/DEFAGO-GAUDIN, p. 7).

³²² TF 1C_155/2019 du 11 décembre 2019, consid. 5.1 ; TF 1C_255/2017 du 24 octobre 2017, consid. 4.8 ; TF 1C_430/2015 du 15 avril 2016, consid. 3.2.

A moins que la loi cantonale n'y renvoie expressément, cf. § 41 al. 2 de l'ordonnance argovienne sur les constructions (*Bauverordnung*) du 25 mai 2011 ; art. 61 du règlement fribourgeois d'exécution de la loi sur l'aménagement du territoire et les constructions du 1^{er} décembre 2009 ; § 7 de l'ordonnance zougnoise sur les routes et chemins (*Verordnung zum Gesetz über Strassen und Wege*) du 18 février 1997.

³²³ TF 1C_155/2019 du 11 décembre 2019, consid. 5.1 ; TF 1C_275/2017 du 18 janvier 2018, consid. 2.2 et 2.3 ; TF 1C_255/2017 du 24 octobre 2017, consid. 4.8 ; TF 1C_157/2008 du 10 juillet 2008, consid. 2.1 et 2.2 ; JEANNERAT, art. 19 LAT n. 27 ; ZEN-RUFFINEN, p. 797 ; GRODECKI/DEFAGO-GAUDIN, p. 7 s.

respecter³²⁴ – ce d’autant plus lorsque les autorités ou juridictions cantonales se fondent sur des préavis³²⁵ ou lorsque des transports sur place ont été diligentés³²⁶.

De l’examen des décisions rendues par les tribunaux sur le caractère matériellement suffisant de l’accès au sens de l’art. 19 al. 1 LAT, l’on peut tirer trois enseignements : 166

1° L’accès carrossable jusqu’au terrain à bâtir n’est pas toujours exigé pour que le terrain soit considéré comme équipé. 167
Ont ainsi été jugés équipés des terrains contigus ou à proximité immédiate de la voie publique, et reliés à cette dernière par un chemin pédestre, ou encore des terrains auxquels les véhicules des services publics ne peuvent pas directement accéder – ce pour autant qu’une intervention efficace de ces derniers reste possible³²⁷.

2° Il n’est pas possible de fixer abstraitement des largeurs minimales. 168
Ont été jugés techniquement suffisants des accès larges de 3 mètres pour desservir un peu plus de trente unités de logements³²⁸, de 3.30 mètres pour un quartier d’habitation de 10’000 m² ³²⁹, de 3.50 mètres pour vingt-deux unités de logements³³⁰, de 4 mètres pour deux blocs d’immeubles d’habitations³³¹. A l’inverse, ont été jugés techniquement insuffisants des accès larges de 3.50 mètres pour desservir huit unités de logements³³² et de 4 à 4.50 mètres pour un quartier de plus de trente unités de logements³³³. On constate notamment que le critère de la largeur, déterminant selon la

³²⁴ TF 1C_225/2017 du 16 janvier 2018, consid. 4.1. ; TF 1C_430/2015 du 15 avril 2016, consid. 3.1 ; TF 1C_245/2014 du 10 novembre 2014 *in* SJ 2015 I p. 76, consid. 4.1. ; TF 1C_271/2011 du 27 septembre 2011, consid. 2.5 ; TF 1C_157/2008 du 10 juillet 2008, consid. 2.1 ; TF 1C_237/2007 du 13 février 2008, consid. 4.1 ; ATF 121 I 65 *in* JdT 1996 I 452, consid. 3.a).

³²⁵ Voir TF 1C_279/2018 du 17 décembre 2018, consid. 4.3.

³²⁶ Voir TF 1C_246/2009 du 1^{er} février 2010, consid. 4.2.

³²⁷ TF 1C_364/2011 du 24 août 2017, consid. 3 ; TF 1C_387/2014 du 20 juin 2016, consid. 7.2 ; TF 1C_271/2011 du 27 septembre 2011, consid. 3.2.2 ; TF 1P.145/2004 du 16 juillet 2004, consid. 3 et 4. Voir également TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121 (arrêt relatif à une action en octroi d’une servitude de passage nécessaire postérieure à la délivrance d’un permis de construire malgré un accès uniquement piétonnier).

³²⁸ TF 1C_157/2008 du 10 juillet 2008, consid. 2.6.

³²⁹ TF 1P.375/2003 du 30 septembre 2003, consid. 3.

³³⁰ TA NE du 27 octobre 2005 *in* RDAF 2006 I p. 319, consid. 3.

³³¹ TF 1C_668/2013 du 21 mars 2014, consid. 2.2 *in* DC 2015 p. 132.

³³² TA NE du 27 septembre 1990 *in* RJN 1990 p. 185, consid. 3.

³³³ ATF 117 Ia 412 *in* JdT 1993 I 427, consid. 2.c).

norme VSS 640 050, est fréquemment pondéré par celui de la longueur du chemin d'accès³³⁴.

169 **3° Les caractéristiques locales individuelles sont déterminantes.** Au gré des circonstances, ont ainsi été considérés propres à assurer une bonne sécurité des usagers un tracé rectiligne offrant une bonne visibilité³³⁵, ou, à l'inverse, un angle droit formé par le chemin d'accès contraignant les usagers à rouler à une vitesse réduite³³⁶. De même, un accès composé de marches d'escaliers pour accéder à un chalet a tantôt été jugé suffisant³³⁷, tantôt insuffisant³³⁸. L'absence de tout aménagement d'un chemin d'accès a été considéré techniquement insuffisant³³⁹, mais non un chemin disposant d'un revêtement usagé³⁴⁰ ou encore un chemin dépourvu de trottoir en dépit de la recommandation de la norme VSS applicable³⁴¹. Le caractère matériellement suffisant de l'accès a enfin été admis pour des chemins ne permettant pas le croisement³⁴² ou exigeant d'importantes manœuvres d'évitements³⁴³ ou de sorties³⁴⁴, mais nié pour un chemin ne permettant que difficilement le passage des véhicules lourds des services publics³⁴⁵.

170 **Juridiquement, l'accès est suffisant** lorsque son tracé est conforme au droit (en particulier au droit de l'environnement et aux principes de l'aménagement du territoire) et que son utilisation est juridiquement garantie³⁴⁶. Le droit d'utiliser l'accès résulte notamment de l'existence d'une route du domaine public ou d'une route privée que les utilisateurs du bâtiment ont le droit d'emprunter

³³⁴ Voir notamment TF 1C_668/2013 du 21 mars 2014, consid. 2.2 *in* DC 2015 p. 132 et TF 1C_157/2008 du 10 juillet 2008, consid. 2.6.

³³⁵ TF 1C_225/2017 du 16 janvier 2018, consid. 4.2 ; TF 1C_430/2015 du 15 avril 2016, consid. 3.2 (et ce nonobstant l'absence de trottoir) ; TF 1C_668/2013 du 21 mars 2014, consid. 2.2 *in* DC 2015 p. 132 ; TA NE du 27 octobre 2005 *in* RDAF 2006 I p. 319, consid. 3.

³³⁶ TF 1C_157/2008 du 10 juillet 2008, consid. 2.6.

³³⁷ TF 1C_70/2015 du 28 août 2015, consid. 3.2.

³³⁸ ATF 131 II 77 *in* JdT 2005 I 172, consid. 3.4.

³³⁹ TC VD du 30 mars 2011 *in* RDAF 2012 I p. 117, arrêt no 28 p. 162-163.

³⁴⁰ TF 1P.375/2003 du 30 septembre 2003, consid. 3.

³⁴¹ TF 1C_430/2015 du 15 avril 2016, consid. 3.2.

³⁴² TF 1C_210/2018 du 11 décembre 2018, consid. 11.2 ; TF 1C_157/2008 du 10 juillet 2008, consid. 2.6.

³⁴³ TF 1C_225/2017 du 16 janvier 2018, consid. 4.2 ; TA NE du 27 octobre 2005 *in* RDAF 2006 I p. 319, consid. 3.

³⁴⁴ TF 1C_237/2007 du 13 février 2008, consid. 4.3.

³⁴⁵ TA NE du 27 septembre 1990 *in* RJN 1990 p. 185, consid. 3.

³⁴⁶ TF 1C_387/2014 du 20 juin 2016, consid. 7.1 ; TF 1C_430/2015 du 15 avril 2016, consid. 3 ; TF 1C_245/2014 du 10 novembre 2014 *in* SJ 2015 I p. 76, consid. 4.1 ; TF 1C_668/2013 du 21 mars 2014, consid. 2.2 ; ATF 121 I 65 *in* JdT 1996 I 452, consid. 3.a) ; JEANNERAT, art. 19 LAT n. 30 et 35 ; JOMINI, art. 19 LAT n. 23.

(par exemple, en raison d'un droit de passage ou d'un chemin en copropriété dépendante)³⁴⁷.

Les autorités et juridictions administratives doivent-elles procéder à l'**examen** 171
du **titre juridique de droit privé** censé garantir l'accès lorsque ce dernier emprunte la propriété d'un tiers? Certaines législations cantonales le prévoient expressément³⁴⁸. A notre sens, cette compétence ressort toutefois déjà du droit fédéral, que les législations cantonales ne font en réalité que préciser³⁴⁹.

A l'heure actuelle, si certaines juridictions cantonales chargées de l'application 172
du droit public se refusent encore à examiner le contenu et la portée d'un titre juridique de droit privé, en particulier d'une servitude de passage, au motif que les questions de droit privé ne sont pas de leur compétence³⁵⁰, la tendance va dans le sens d'un examen plus approfondi dudit titre. De récents arrêts se sont ainsi penchés sur des questions relatives à l'assiette d'une servitude³⁵¹, à l'interprétation d'une servitude (art. 738 CC)³⁵², ou encore à l'éventuelle

³⁴⁷ TF 1C_387/2014 du 20 juin 2016, consid. 7.1 ; JEANNERAT, art. 19 LAT n. 35 ; JOMINI, art. 19 LAT n. 23.

³⁴⁸ Voir l'art. 4 al. 3 de la loi jurassienne sur les constructions et l'aménagement du territoire du 25 juin 1987 ; l'art. 26 al. 1 let. i de l'ordonnance valaisanne du 22 mars 2017 ; l'art. 104 al. 3 de la loi vaudoise sur l'aménagement du territoire et les constructions (LATC/VD) du 4 décembre 1985.

Voir également TF 1C_243/2013 du 27 septembre 2013, consid. 5.2, où le Tribunal fédéral a admis que le législateur vaudois avait donné à l'autorité administrative la compétence d'examiner la portée d'une servitude de passage dans le cadre des procédures de permis de construire.

³⁴⁹ Dans ce sens, voir TF 1C_52/2017 et 1C_54/2017 du 24 mai 2017, où le Tribunal fédéral a examiné, dans la même mineure, la conformité de la décision cantonale vaudoise avec l'art. 19 al. 1 LAT et l'art. 104 al. 3 LATC/VD. Voir également TA VD du 30 septembre 1998 *in* RDAF 1999 I p. 219 ss, consid. 2.c), considérant que l'exigence d'un titre juridique énoncée par l'art. 104 al. 3 LATC/VD ne va pas au-delà du droit fédéral.

³⁵⁰ Voir notamment TA FR 602 2013 138 du 12 août 2014, consid. 5.b) : « [...] on doit constater avec l'autorité intimée qu'ils font valoir un grief de droit civil se rapportant au contenu de la servitude. Or, cette question relève de la compétence du juge civil [...]. Savoir si le cercle des titulaires du droit ou si l'assiette réelle de la servitude permet effectivement le passage du point de vue du droit privé n'a pas à être tranché à cette occasion et relève du juge civil. » ; TA GE 849/2005 du 13 décembre 2005, consid. 12.c : « [e]n l'espèce, les voies d'accès sont privées et relèvent du droit civil. Elles n'ont par conséquent pas à être traitées par le tribunal de céans » ; TF 1C_52/2017 et 1C_54/2017 du 24 mai 2017, consid. 4.2 : « [q]ue la cour cantonale ait, sur la base de ces considérations, jugé qu'il n'était « point besoin d'examiner plus en avant l'interprétation de l'acte constitutif de servitude, car les questions de droit privé relèvent exclusivement du juge civil », ne permet ainsi pas, contrairement à ce que soutient le recourant, de nier l'existence d'un contrôle de la servitude en application de l'art. 104 al. 3 LATC ».

³⁵¹ Voir TA GE 98/2012 du 21 février 2012, consid. 11, relatif à une servitude de passage dont l'assiette était inférieure au chemin existant, pourtant techniquement suffisant ; TA VD du 30 septembre 1998 *in* RDAF 1999 I p. 219, consid. 5.e, relatif à une servitude de passage dont l'assiette ne permettait pas de garantir l'accès de poids lourds.

³⁵² TF 1C_244/2014 du 11 novembre 2014, consid. 6.

aggravation d'une servitude (art. 739 CC) causée par un projet de construction³⁵³.

- 173 En l'état, le Tribunal fédéral s'abstient toutefois de fixer une ligne directrice claire sur le degré d'examen requis vis-à-vis du titre juridique de droit privé censé garantir l'accès. C'est ainsi que, tout en mettant le fardeau de la preuve d'un titre suffisant à charge des requérants d'une autorisation de construire³⁵⁴, notre Haute Cour semble concéder un allègement dudit fardeau, estimant que s'il apparaît vraisemblable qu'une parcelle dispose d'un accès suffisant en vertu du droit privé, il appartient aux opposants au projet de construction de démontrer le contraire³⁵⁵. Elle laisse en outre une porte de sortie aux autorités administratives : en cas de doute, ces dernières ne sont pas obligées de trancher les questions de droit civil à titre préjudiciel et peuvent – voire doivent « en principe »³⁵⁶ – refuser l'autorisation et renvoyer les requérants à fournir la preuve de leur droit d'usage, au besoin en intentant une procédure civile³⁵⁷.
- 174 Il nous semble antinomique de prévoir, d'une part, un allègement du fardeau de la preuve, d'autre part, un renvoi à l'apport d'une preuve stricte en cas de doute. La suffisance juridique de l'accès est une condition nécessaire pour considérer un terrain comme équipé au sens de l'art. 19 al. 1 LAT³⁵⁸ : cela devrait à notre sens aboutir à l'exigence de l'apport d'une preuve stricte de la suffisance du titre juridique de la part des requérants d'une autorisation de construire, et à l'obligation d'examen dudit titre de la part des autorités et juridictions administratives. On peine à distinguer quels arguments permettraient à ces dernières de s'abstenir d'examiner les aspects de droit privé en lien avec la suffisance juridique de l'accès, au seul motif qu'il s'agirait là d'un point échappant à leur compétence. **En effet, comment s'assurer qu'un**

³⁵³ TF 1C_52/2017 et 1C_54/2017 du 24 mai 2017, consid. 5.5 Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a jugé juridiquement suffisant l'accès garanti par une servitude de passage ne bénéficiant, selon le registre foncier, qu'à la partie nord d'un fonds, alors que les constructions litigieuses étaient projetées sur la partie sud, au motif que les opposants n'avaient pas démontré qu'il en résulterait une aggravation de la servitude. A noter que le Tribunal fédéral s'est également basé sur des précédents jugements civils refusant la constitution d'un droit de passage nécessaire pour motiver la suffisance de l'accès existant.

³⁵⁴ TF 1C_246/2015 du 4 mars 2016, résumé *in* DC 2016, p. 288 ss no 508.

³⁵⁵ TF 1C_52/2017 et 1C_54/2017 du 24 mai 2017, consid. 5.4 ; TF 1C_245/2014 du 10 novembre 2014 *in* SJ 2015 I p. 76, consid. 4.1 et 4.2 : dans cette dernière affaire, le Tribunal fédéral a considéré que l'accès était suffisamment garanti sur le plan juridique, le recourant « n'ayant pas démontré que l'accès n'était pas suffisant en vertu du droit privé ».

³⁵⁶ TF 1C_52/2017 et 1C_54/2017 du 24 mai 2017, consid. 5.4.

³⁵⁷ TF 1C_246/2015 du 4 mars 2016, consid. 2, résumé *in* DC 2016, p. 288 ss no 508.

³⁵⁸ TF 1C_387/2014 du 20 juin 2016, consid. 7.1 ; TF 1C_430/2015 du 15 avril 2016, consid. 3 ; TF 1C_245/2014 du 10 novembre 2014 *in* SJ 2015 I p. 76, consid. 4.1 ; TF 1C_668/2013 du 21 mars 2014, consid. 2.2 ; ATF 121 I 65 *in* JdT 1996 I 452, consid. 3.a).

accès est juridiquement suffisant au sens de l'art. 19 al. 1 LAT sans examen du titre juridique qui le garantit ? A notre sens, les autorités et juridictions administratives ne peuvent ainsi pas s'exonérer de cette vérification sans violer le droit fédéral. En cas de doute, elles doivent refuser l'autorisation, le cas échéant, en renvoyant les requérants à fournir la preuve de leur droit au moyen d'une décision de nature civile.

A cela s'ajoute qu'il règne un **certain flou sur le degré de sécurité que le titre juridique de droit privé garantissant l'accès doit revêtir**. La tendance est à une interprétation large, puisque l'existence d'un accord tacite ou d'un *modus vivendi* entre les propriétaires suffit parfois pour admettre la suffisance juridique d'un accès³⁵⁹. Cette interprétation extensive n'est cependant pas sans risque en cas de changement de propriétaire. Une clarification jurisprudentielle ou par le biais d'une pratique uniforme serait là encore bienvenue. 175

Rappelons enfin que la suffisance juridique doit être garantie **au moment de l'octroi du permis de construire**³⁶⁰. S'il est en principe possible d'octroyer un permis de construire assorti de la condition suspensive que l'accès soit garanti³⁶¹, dite subordination n'est pas envisageable lorsque la condition échappe à la sphère d'influence du requérant³⁶². Ainsi en va-t-il lorsque la condition vise la création ou l'élargissement de droits réels ou personnels, compte tenu du caractère incertain lié à l'obtention desdits droits³⁶³. 176

³⁵⁹ Le Tribunal fédéral a ainsi admis le caractère juridiquement suffisant d'un *modus vivendi* selon lequel un empiètement sur des fonds privés au-delà de l'assiette d'une servitude de passage était toléré pour permettre le croisement de véhicules (TF 1C_225/2017 du 16 janvier 2018, consid. 4.2), d'un accord de principe des propriétaires en vue de la constitution d'une servitude pour l'utilisation commune d'une route (TF 1C_387/2014 du 20 juin 2016, consid. 7.2) ou encore d'un consentement de propriétaires en lien avec des débordements sur leurs parcelles lors de manœuvres d'évitement sur un chemin trop étroit pour garantir le croisement (TF 1C_532/2010 du 29 mars 2011, consid. 2.5.3).

³⁶⁰ TF 1C_245/2014 du 10 novembre 2014 *in* SJ 2015 I p. 76, consid. 4.1 ; JEANNERAT, art. 19 LAT n. 8 et 15.

³⁶¹ TF 1C_245/2014 du 10 novembre 2014 *in* SJ 2015 I p. 76, consid. 4.1 ; TF 1C_271/2011 du 27 septembre 2011, consid. 2.5 ; TC VD du 30 mars 2011 *in* RDAF 2012 I p. 117, arrêt no 28 p. 162-163 ; JEANNERAT, art. 19 LAT n. 8. Voir également l'art. 16 al. 1 let. b de la Loi genevoise sur les constructions et les installations diverses (LCI/GE) du 14 avril 1988, permettant de subordonner l'autorisation de construire à l'équipement préalable des terrains.

³⁶² TF 1C_225/2017 du 16 janvier 2018, consid. 5.2.2 ; ATF 123 II 337, consid. 7.a) ; ATF 119 Ib 480, consid. 7.b).

³⁶³ Dans ce sens, voir TF 1P.434/2003 du 13 octobre 2003, consid. 1.2, où le Tribunal fédéral a jugé que l'instance supérieure genevoise n'avait pas fait preuve d'arbitraire en considérant comme illégale la subordination de l'octroi d'une autorisation de construire à l'élargissement d'une servitude de passage. Voir également TC VD du 11 avril 2011 *in* RDAF 2012 I p. 117, arrêt no 28 p. 164, où le tribunal a jugé juridiquement insuffisant un accès faisant l'objet d'une procédure judiciaire en octroi

3) *La position actuelle de la jurisprudence civile*

- 177 Le Tribunal fédéral a énoncé sa **position de principe** pour la première fois dans un ATF 85 II 391 du 28 mai 1959. Dans cette affaire, la recourante sollicitait un droit de passage nécessaire dans le but d'obtenir un permis de construire une villa sur le haut de son terrain en pente. Tout en prenant acte de ce que les prescriptions cantonales de la police des constructions pouvaient subordonner l'octroi d'une autorisation de construire à des exigences particulières concernant les voies d'accès, la recourante a été déboutée de son action au motif que la prise en compte d'une réglementation cantonale pour justifier l'existence d'un passage nécessaire reviendrait à appliquer l'art. 694 CC de manière différente suivant les régions de Suisse, ce qui n'était pas admissible³⁶⁴.
- 178 Les arrêts subséquents³⁶⁵, de même que la doctrine³⁶⁶, ont largement repris cet argument pour fonder leur raisonnement sur les rapports entre le droit au passage nécessaire et le droit public des constructions. Le **considérant-type** qui émerge aujourd'hui a la teneur suivante : « [I]a notion de passage nécessaire au sens de l'art 694 CC doit être **interprétée indépendamment des prescriptions cantonales et communales sur les constructions**. C'est une notion qui relève du droit privé fédéral. Elle doit être interprétée de manière uniforme dans toute la Suisse. Il résulte de l'indépendance de cette notion que l'on ne saurait accorder un passage nécessaire aux fins de satisfaire aux exigences toujours plus grandes du droit public quant à la suffisance de l'accès »³⁶⁷.
- 179 Cette solution part de **deux postulats** : le premier veut que le droit public ait des exigences plus strictes que le droit privé en matière d'accès³⁶⁸ ; le second que les exigences en matière d'accès soient fixées par le droit public cantonal ou communal³⁶⁹.

du passage nécessaire, en dépit des chances de succès élevées de l'action. Pour une approche plus nuancée, voir JEANNERAT, art. 19 LAT n. 15.

³⁶⁴ ATF 85 II 572 in JdT 1960 I 493, consid. 2.

³⁶⁵ Voir notamment : ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291, consid. 3.3.3 ; TF 5A_136/2009 du 11 novembre 2009 in RNRF 92/2011 p. 168 ss, consid. 4.3.3 ; ATF 117 II 35 in JdT 1993 I 179, consid. 2 ; ATF 110 II 17, consid. 2.a ; ATF 105 II 178 in JdT 1981 I 113, consid. 3.b.

³⁶⁶ Voir notamment : BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 52 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2701 ; HOHL, Droit privé et droit public cantonal, p. 43 ; SCHMID-TSCHIRREN, Aktuelle Tendenzen, p. 10.

³⁶⁷ ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291, consid. 3.3.3.

³⁶⁸ TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 in SJ 2017 I p. 121, consid. 3.3.5 ; ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291, consid. 3.3.4 ; TF 5A_136/2009 du 11 novembre 2009 in RNRF 92/2011 p. 168 ss, consid. 4.3.4.

³⁶⁹ ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291, consid. 3.3.2 ; ATF 85 II 572 in JdT 1960 I 493, consid. 2.

Fort de ce qui précède, la jurisprudence tire les **conséquences** qui suivent sur les rapports entre la suffisance de l'issue selon le droit privé d'une part et la suffisance de l'accès selon le droit public des constructions d'autre part : 180

1° **En l'absence de décision administrative** : rien n'empêche un propriétaire de solliciter un droit de passage nécessaire quand le besoin d'une nouvelle desserte se justifie en vue d'une utilisation future de son immeuble³⁷⁰. Conformément à la jurisprudence précitée, les critères du droit public relatifs à l'accès suffisant sont cependant irrelevants dans ce cas de figure, et ne peuvent pas servir à interpréter la notion de passage nécessaire au sens de l'art. 694 CC³⁷¹. Partant, un propriétaire ne peut pas invoquer l'art. 694 CC pour obtenir un passage qui serait fonction d'exigences posées par une autorité administrative pour délivrer un permis de construire. 181

2° **La décision administrative constate l'existence d'un accès suffisant** : il s'agit en principe de l'autorisation de construire définitive. Selon la jurisprudence, cette décision constitue le « **point de départ** » de l'appréciation judiciaire de la nécessité d'un passage au sens de l'art. 694 CC³⁷². Le juge civil peut en principe se fonder sur l'autorisation de construire entrée en force, dans la mesure où l'accès suffisant en droit public suppose généralement des exigences plus strictes que celles du passage nécessaire de droit privé³⁷³. Les cas suivants sont toutefois expressément réservés : 182

- l'autorisation de construire est nulle³⁷⁴ ;
- le droit civil confère exceptionnellement une prétention allant plus loin que le droit public³⁷⁵ ;

³⁷⁰ ATF 117 II 35 *in* JdT 1993 I 179, consid. 2. Voir *supra* § 131.

³⁷¹ ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 3.3.3 ; TF 5A_136/2009 du 11 novembre 2009 *in* RNRF 92/2011 p. 168 ss, consid. 4.3.3 ; ATF 117 II 35 *in* JdT 1993 I 179, consid. 2 ; ATF 110 II 17, consid. 2.a ; ATF 105 II 178 *in* JdT 1981 I 113, consid. 3.b.

³⁷² ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 3.3.5.

³⁷³ TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121, consid. 3.3.5 ; ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 3.3.4 ; TF 5A_136/2009 du 11 novembre 2009 *in* RNRF 92/2011 p. 168 ss, consid. 4.3.4.

³⁷⁴ TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121, consid. 3.3.5 ; ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 3.3.4 ; TF 5A_136/2009 du 11 novembre 2009 *in* RNRF 92/2011 p. 168 ss, consid. 4.3.4.

³⁷⁵ TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121, consid. 3.3.5 ; ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 3.3.4 et 3.3.5.

- le projet de construction approuvé a été modifié ultérieurement pour des motifs d'ordre technique ou d'autres motifs objectifs³⁷⁶.

183 3° **La décision administrative constate l'existence d'un accès insuffisant** : il s'agit en principe de la décision définitive qui refuse l'autorisation de construire. Là encore, la jurisprudence fédérale interdit, motif pris de l'indépendance du droit privé, que le droit de passage de l'art. 694 CC s'aligne sur les exigences posées par le droit public des constructions³⁷⁷.

184 Dans un arrêt non publié 5A_142/2011 du 22 septembre 2011 et passé étrangement inaperçu³⁷⁸, le Tribunal fédéral a toutefois opéré un semblant de volte-face. La particularité de cette affaire tient à ce que la demande d'autorisation de construire n'émanait pas du propriétaire du fonds enclavé, mais du propriétaire voisin désirant construire un trottoir sur le chemin d'accès. Le raisonnement opéré sur les rapports entre droit privé et droit public garde néanmoins toute sa pertinence. Dans le cas d'espèce, les voisins s'opposaient dans deux procédures parallèles : la première, de nature administrative, portait sur l'autorisation de construire un trottoir ; la seconde, de nature civile, sur l'octroi d'un droit de passage nécessaire. En janvier 2011, la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève a nié le droit à l'obtention d'un passage nécessaire, faute d'insuffisance de l'issue ; en février 2011, la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève a pour sa part annulé l'autorisation de construire litigieuse, au motif que le trottoir envisagé représentait une gêne durable pour la circulation des véhicules au sens de la loi genevoise sur les constructions³⁷⁹. Saisi d'un recours en matière civile, le Tribunal fédéral a estimé que la Chambre civile de la Cour de justice avait statué sur une question préjudicielle de droit public – l'accès suffisant – dont était pourtant saisie la Chambre administrative de la Cour de justice. Le juge civil aurait donc dû dans un premier temps surseoir à statuer dans l'attente de l'arrêt définitif de la Chambre administrative, puis, dans un second temps, s'estimer lié sur la question de l'accès suffisant précédemment tranchée et octroyer le passage nécessaire³⁸⁰.

³⁷⁶ Voir en particulier TF 5A_136/2009 du 11 novembre 2009 *in* RNRF 92/2011 p. 168 ss, consid. 5. et 6., où le Tribunal fédéral a procédé à l'examen de cette exception car la recourante prétendait que l'accès autorisé était impraticable ; TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121, consid. 3.3.5 ; ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 3.3.4.

³⁷⁷ ATF 110 II 17, consid. 2.a.

³⁷⁸ A l'exception de HOHL, Droit privé et droit public cantonal, p. 47-48.

³⁷⁹ Cf. art. 14 al. 1 let. e et 121 al. 3 let. b LCI/GE.

³⁸⁰ TF 5A_142/2011 du 22 septembre 2011 *in* RNRF 95/2014 p. 122 ss, consid. 3.2.2 et 3.2.3.

Ce raisonnement juridique, basé sur l'existence d'une **question préjudicielle**, nous paraît inexact³⁸¹. Une question préjudicielle est en effet une question relevant de la compétence d'une autre autorité ou juridiction mais dont la résolution préalable est nécessaire pour trancher la question principale³⁸². Or, la question de la suffisance, respectivement de l'insuffisance des voies d'accès, ressortit tant au droit public (en tant que condition de l'art. 19 LAT) qu'au droit privé (en tant que condition de l'art. 694 CC). Les considérants figurant dans l'arrêt TF 5A_142/2011 ne devraient donc pas faire office de précédent en la matière – ce que renforce également l'absence de publication de l'arrêt. 185

Ainsi, exception faite de cet arrêt dont la portée vient d'être relativisée, l'on peut conclure qu'en l'état de la jurisprudence, l'existence d'une décision administrative constatant l'insuffisance des voies d'accès n'est d'aucune aide au propriétaire qui sollicite un droit de passage sur la base de l'art. 694 CC. Ce propriétaire ne peut en effet pas se fonder sur les dispositions légales relatives au passage nécessaire pour se procurer un accès suffisant selon les critères du droit public, peu importe s'il en résulte pour lui une restriction ou un empêchement de ses possibilités de bâtir³⁸³. 186

4) *La critique de cette position*

La position hermétique de la jurisprudence prête flanc à la critique, à commencer par les **deux postulats** sur laquelle elle se base³⁸⁴. D'une part, les exigences du droit public ne sont pas toujours plus strictes que celles du droit privé³⁸⁵ ; ainsi par exemple, du point de vue de la police des constructions, il n'est pas nécessaire que la route soit carrossable jusqu'au terrain à bâtir³⁸⁶. D'autre part, les exigences en matière d'accès ne sont pas uniquement fixées par le droit cantonal ou communal, mais découlent en partie du droit fédéral, notamment de l'art. 19 LAT et de la jurisprudence y relative³⁸⁷ ; à ce titre, on remarque que les tribunaux civils ont étonnement fait peu de cas de l'entrée en vigueur de la LAT au 1^{er} janvier 1980 dans leur approche à l'art. 694 CC. Ces postulats sont enfin tous deux relativisés par le large pouvoir d'appréciation dont disposent les autorités et juridictions administratives. 187

³⁸¹ *Contra* HOHL, Droit privé et droit public cantonal, p. 48.

³⁸² TANQUEREL, n. 634 ; DEFAGO GAUDIN, p. 135-136.

³⁸³ ATF 110 II 17, consid. 2.a ; ATF 105 II 178 *in* JdT 1981 I 113, consid. 3.c ; TC VD du 24 septembre 2013 *in* DC 2014 p. 159 no 277.

³⁸⁴ Voir *supra* § 179.

³⁸⁵ Voir *supra* § 163 ss.

³⁸⁶ Pour des exemples, voir notamment : TF 1C_364/2011 du 24 août 2017, consid. 3 ; TF 1C_387/2014 du 20 juin 2016, consid. 7.2 ; 1C_271/2011 du 27 septembre 2011, consid. 3.2.2.

³⁸⁷ Voir *supra* § 164 ss.

- 188 Par ailleurs, s'il est indéniable que certaines exigences techniques en matière d'accès ressortissent au droit cantonal, il ne devrait pas *ipso facto* en découler une impossibilité de prise en considération de ce dernier. Le contenu de la propriété, et donc des droits réels limités, est en effet déterminé par **l'ordre juridique suisse en vigueur dans son ensemble**, soit par le droit privé et le droit public fédéral et cantonal³⁸⁸. Le Tribunal fédéral a ainsi déjà admis que le droit de propriété pouvait évoluer en fonction des constantes modifications du droit public, malgré la stabilité du droit privé³⁸⁹. Sur ce constat, la prise en compte des normes d'accès cantonales pour déterminer l'étendue et le contenu d'un droit de passage constitué contractuellement a été jugée admissible par le Tribunal fédéral³⁹⁰. La conséquence, voulant qu'un même contrat constitutif de servitude puisse être interprété différemment selon le canton dans lequel l'immeuble grevé se trouve, n'a alors pas été considérée comme rédhibitoire.
- 189 Plus globalement, l'application d'autres normes de droit privé exige parfois du juge civil une prise en compte du droit cantonal de l'aménagement du territoire et de la construction³⁹¹. A cet égard, un intéressant parallèle peut être fait avec la jurisprudence rendue en matière d'**immissions excessives** (art. 679 et 684 CC). Ainsi, selon l'art. 679 al. 2 CC, lorsqu'une construction ou une installation prive l'immeuble voisin de certaines de ses qualités, le propriétaire ne peut être actionné que si les dispositions régissant la construction ou l'installation en vigueur lors de leur édification n'ont pas été respectées. Cette disposition, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2012 et codifiant la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue à ce sujet, exclut par là toute protection contre les immissions négatives causées par une construction déjà réalisée conformément au permis de construire (dont les conditions d'octroi dépendent principalement du droit cantonal)³⁹².
- 190 La **comparaison** entre la jurisprudence fédérale rendue sur la servitude de passage nécessaire d'une part et sur les immissions négatives causées par la présence d'une construction d'autre part impose le constat suivant : à une vision rigoureuse de l'indépendance du droit privé par rapport au droit public s'oppose une vision ouverte postulant vers plus d'harmonisation et de

³⁸⁸ ATF 139 III 404 in JdT 2014 II 407, consid. 7.4.2 ; TF 5C.238/1991 du 29 avril 1992, consid. 2.

³⁸⁹ ATF 123 II 560 in JdT 1998 I 415, consid. 3c.

³⁹⁰ ATF 139 III 404 in JdT 2014 II 407, consid. 7.4.2 ; TF 5C.238/1991 du 29 avril 1992, consid. 2., où le Tribunal fédéral s'est basé sur les normes zurichoises sur les exigences en matière d'accès pour déterminer la largeur adéquate d'une servitude de passage.

³⁹¹ Il en va ainsi par exemple des cas de résiliation de bail en vue de travaux sur l'objet loué, qui est abusive si le projet du bailleur apparaît de toute évidence incompatible avec les règles du droit public applicables, cf. TF 4A_200/2017 du 29 août 2017, consid. 3.1.3.2 ; ATF 142 III 91, consid. 3.2.1 ; ATF 140 III 496, consid. 4.1.

³⁹² CR CC II-BOVEY, art. 679 CC n. 48 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 679 CC n. 36.

cohérence de l'ordre juridique. Ainsi, le fait que la mesure de l'excès d'une immission puisse dépendre du droit public cantonal ne semble guère soulever un problème d'uniformité aux yeux des juges fédéraux. Or, si le droit public cantonal détermine ce qui est autorisable, c'est bien ce dernier qui *de facto* place le curseur de ce qui sera considéré comme non excessif du point de vue du droit privé.

Pour l'ensemble de ces raisons, le maintien à tout prix d'une **interprétation absolument indépendante du droit privé** nous paraît aujourd'hui dépassé. 191
Dite interprétation strictement indépendante est du reste incompatible avec la définition même de l'insuffisance de l'issue, **qui se mesure à l'utilisation de l'immeuble conformément à sa destination, laquelle est précisément fixée par le droit public**³⁹³. Or, à défaut d'obtention d'un permis de construire, une telle utilisation peut être entravée ou empêchée. Peut-on alors raisonnablement soutenir qu'un immeuble inconstructible, car privé d'accès suffisant selon le droit public, dispose d'une issue suffisante selon le droit privé ? Il est permis d'en douter.

5) *Notre proposition*

Notre critique nous amène à plaider en faveur d'une plus grande harmonisation entre le droit privé et le droit public, en dépit du fait que certaines exigences en matière d'accès sont fonction du droit public cantonal. 192
Le critère – en soi uniforme – que nous proposons est le suivant : une issue est insuffisante au sens de l'art. 694 al. 1 CC si elle fait obstacle à l'octroi d'un permis de construire nécessaire à l'exploitation rationnelle d'un immeuble. L'appréciation du caractère rationnel de l'exploitation d'un terrain revient *in fine* au juge : à notre avis, cela signifie **l'utilisation des droits à bâtir**³⁹⁴ (lorsque le droit public les détermine) ; à l'inverse, cela ne signifie pas

³⁹³ Pointe également la difficulté pratique de cette dichotomie : PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 400.

³⁹⁴ Sur cette notion, voir la contribution de BELLANGER, p. 287 ss. En substance, la notion de « droits à bâtir » fait référence à l'étendue des constructions pouvant être réalisées dans une zone à bâtir. Cette notion n'est pas définie par le droit fédéral de l'aménagement du territoire, mais découle néanmoins des instruments d'aménagement mis en place par ce dernier ; c'est ainsi le droit cantonal ou communal qui détermine l'existence et l'étendue des droits à bâtir, par le contenu des plans cantonaux et/ou des conditions de l'autorisation de construire (BELLANGER, p. 289).

A titre d'exemple, l'art. 59 al. 1 et 2 LCI/GE détermine un indice légal d'utilisation du sol (IUS) dans la zone 5 de construction, soit la zone résidentielle destinée aux villas. Cet indice fait référence à la surface maximale admissible de la construction, en m² de plancher, par rapport à la surface de la parcelle. Voir également l'art. 80 al. 1 du règlement fribourgeois d'exécution de la loi sur l'aménagement du territoire et les constructions du 1^{er} décembre 2009, qui détermine un indice brut d'utilisation du sol minimal dans les zones de l'ordre non contigu destinées à l'habitat.

la meilleure valorisation d'un immeuble constructible par des projets de construction ne prenant pas en compte la topographie des lieux³⁹⁵.

193 Cette harmonisation souhaitée ne doit toutefois pas être la porte ouverte à l'obtention facilitée de servitudes de passage nécessaire par l'invocation à tout-va de normes de droit public. Il convient en effet de garder en tête qu'en tant que restriction légale à la propriété, l'octroi d'un droit de passage au sens de l'art. 694 CC est soumis à des conditions strictes. Dès lors, sur la base d'une approche qui se veut avant tout pratique, nous émettons la proposition suivante :

194 **1° Hors procédure administrative en octroi d'une autorisation de construire** : les faits matériels rendant l'issue insuffisante (ex : étroitesse ou déclivité de l'issue) sont bien souvent doublement pertinents du point de vue du droit public et du droit privé. Le juge civil les examine alors avec plein pouvoir d'examen. Il peut s'inspirer des critères techniques fixés par les normes de droit public existantes.

195 Qu'en est-il du propriétaire qui plaide l'insuffisance de son issue au seul motif qu'à défaut, une autorisation de construire ne lui serait pas délivrée ? Il y a lieu ici de se montrer **prudent** dans la réponse à cette question préjudicielle³⁹⁶. S'il n'est pas faux de dire qu'une issue est insuffisante si le potentiel constructible de l'immeuble est très entravé, il existe néanmoins une certaine logique à ce que le propriétaire qui désire construire requière d'abord une autorisation de construire. Par ailleurs, le défendeur à l'action civile aurait des arguments de poids en invoquant l'absence d'intérêt actuel du demandeur³⁹⁷ ou plus encore la possibilité pour ce dernier d'adapter ses projets de construction à l'état existant³⁹⁸. Le juge civil devra donc se montrer strict dans l'application de l'art. 694 CC : ce n'est ainsi que si la possibilité de construire semble manifestement impossible ou très restreinte que le juge civil pourra tenir compte de cet argument en tant que tel. L'interprétation restrictive de l'art. 694 CC s'oppose à ce que soit trop facilement admis le caractère inconstructible d'un terrain, cette question était largement tributaire du pouvoir d'appréciation des autorités administratives.

³⁹⁵ Voir *infra* § 276 ss.

³⁹⁶ La question préjudicielle n'est alors pas la suffisance de l'accès, mais la constructibilité de l'immeuble.

³⁹⁷ Voir *supra* § 131.

³⁹⁸ Voir *infra* § 276 ss.

Par ailleurs, on déconseillera au propriétaire de solliciter **parallèlement** 196
 une autorisation de construire et un droit de passage nécessaire, puisqu'il
 devra alors plaider simultanément tout et son contraire, soit l'accès
 suffisant d'une part et l'issue insuffisante d'autre part. Stratégiquement, sa
 position sera meilleure s'il sollicite en premier lieu un permis de
 construire : en cas de refus de ce dernier, les voisins opposés au projet de
 construction au motif que la desserte serait insuffisante pourront alors voir
 leur argument se retourner contre eux dans le cadre d'une procédure civile
 subséquente³⁹⁹.

2° En présence d'une décision administrative constatant l'accès suffisant : 197
 la solution jurisprudentielle nous semble satisfaisante : l'autorisation de
 construire constatant l'accès suffisant est le « point de départ » de
 l'appréciation du juge civil, ce qui ne signifie pas qu'elle en est
 nécessairement le point d'arrivée. Le juge civil n'est pas totalement lié par
 cette décision, puisque des **exceptions** existent, notamment lorsque le droit
 civil confère une prétention allant plus loin que le droit public⁴⁰⁰ : les
 juridictions ne peuvent alors se référer aveuglément à la décision
 administrative⁴⁰¹.

Il convient à notre avis d'**ajouter aux exceptions** précitées le cas où 198
 l'autorité compétente en matière de permis de construire octroie ce dernier
sans s'assurer que l'accès est juridiquement et durablement garanti,
 notamment parce qu'elle n'analyse pas le titre juridique ou parce qu'elle
 estime qu'un accord à bien plaie est suffisant⁴⁰². Dans ces circonstances,
 l'autorisation de construire ne peut évidemment pas servir de point de
 départ à l'appréciation du juge civil.

Dans le même ordre d'idée, la valeur de l'autorisation de construire en tant 199
 qu'**indice de suffisance** de l'issue sera d'autant plus forte si la question de
 la desserte s'est explicitement posée dans la procédure administrative. A
 l'inverse, elle sera amoindrie par l'écoulement du temps : en effet, la
 présomption de suffisance en lien avec une autorisation de construire n'a
 de sens qu'en lien avec des constructions projetées ou nouvellement

³⁹⁹ Voir *infra* § 200 ss.

⁴⁰⁰ Voir *supra* § 182.

⁴⁰¹ Voir notamment TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121, relatif à une action en octroi d'une servitude de passage nécessaire postérieure à la délivrance d'un permis de construire. L'action a été rejetée sur la base de l'autorisation de construire en force, alors même que l'accès à la parcelle était uniquement piétonnier. L'absence de tout examen d'une prétention civile allant plus loin que le droit public est ici critiquable.

⁴⁰² A ce sujet, voir les développements *infra* § 170 ss.

érigées. Plus le temps passe, plus des changements de circonstances sont de nature à créer de nouveaux cas d'insuffisance de l'issue.

200 3° **En présence d'une décision administrative constatant l'accès insuffisant** : à notre sens, l'unité de l'ordre juridique plaide en faveur d'une prise en compte de la décision administrative constatant l'accès insuffisant (soit en général, la décision refusant le permis de construire). Il convient de rapprocher de cette situation celle où un **préavis** constate l'insuffisance de l'accès, par exemple, en subordonnant l'octroi du permis de construire à la création ou l'élargissement d'un passage⁴⁰³.

201 Dans ces cas, nous soutenons que la décision administrative, respectivement (dans une moindre mesure) le préavis, devraient également servir de « point de départ » à l'appréciation du juge civil, en tant qu'**indice d'insuffisance** de l'issue, et ce peu importe les causes de cette insuffisance⁴⁰⁴. Il nous semble en effet raisonnable de partir de l'idée que le propriétaire qui désire construire essaie de mettre sur pied un projet susceptible d'obtenir les autorisations nécessaires, en procédant à des adaptations de ce dernier en tant que de besoin. **Dès lors, il n'apparaît pas illogique, en lien avec un projet de construction, que ce soit *in fine* le droit public qui place le curseur de la suffisance.**

202 La présomption d'insuffisance que nous préconisons est bien sûr **réfragable**. Le juge civil doit cependant avoir de bonnes raisons pour substituer son appréciation à celle des autorités ou juridictions ayant tranché la question sous l'angle des critères de droit public. On rappellera enfin que le caractère insuffisant d'une issue ne donne pas encore droit au passage nécessaire, puisque le propriétaire doit encore démontrer qu'il se trouve dans un état de nécessité⁴⁰⁵.

§ II. Un état de nécessité

A. Remarques liminaires

203 Le texte de l'art. 694 CC ne mentionne pas explicitement que le propriétaire qui requiert un droit de passage nécessaire doit se trouver lui-même dans un

⁴⁰³ Pour un exemple : ATF 110 II 17.

⁴⁰⁴ Voir notamment *supra* § 114 ss .

⁴⁰⁵ Pour plus de développements sur ce point en rapport avec des projets de construction, voir *infra* § 276 ss.

état de nécessité. Cette condition se déduit du terme « nécessaire » figurant à l’alinéa premier et dans la note marginale de l’art. 694 CC. Avant d’analyser en détail cette condition, nous formulons les trois remarques suivantes :

La première remarque tient à ce que la présence d’un état de nécessité ne s’examine qu’après avoir constaté l’insuffisance de l’issue. Cette condition joue en effet un rôle de **garde-fou**, puisque la seule insuffisance d’une issue ne donne pas automatiquement droit à l’octroi d’une servitude de passage. Au contraire, le propriétaire demandeur doit montrer patte blanche : l’obtention d’un passage nécessaire ne doit pas constituer une solution de facilité, mais un dernier recours. 204

La deuxième remarque est un corollaire de la première et a trait au point de vue dans lequel cette condition s’examine. En effet, alors que l’analyse de la première condition s’est concentrée sur la situation des lieux, l’analyse de la condition d’état de nécessité se focalise quant à elle sur la personne du propriétaire demandeur. Selon le texte légal de l’art. 694 al. 1 CC, **c’est en effet au propriétaire - et non à l’immeuble - qu’une issue suffisante sur la voie publique doit manquer**. On ne peut donc s’abstenir d’une analyse de la position personnelle de ce dernier, au vu notamment de ses droits existants, de ses précédentes démarches, de ses projets, de ses alternatives, voire de ses omissions ou fautes. 205

La troisième remarque concerne le plan des développements à suivre. Nous examinerons d’abord la pertinence d’une subsidiarité de la prétention en octroi du passage nécessaire face aux moyens de droit public (B.). Nous nous arrêterons ensuite sur les autres possibilités de passages dont pourrait disposer le propriétaire demandeur (C.). Nous tenterons enfin de préciser l’incidence du comportement du propriétaire demandeur sur son droit à l’obtention de la servitude légale (D.). 206

B. La subsidiarité par rapport aux moyens de droit public

1) Excursus : *L’équipement en droit public*

L’équipement est à la fois une condition du classement de nouveaux terrains en zone à bâtir (art. 15 al. 4 let. b LAT en lien avec l’art. 8a al. 1 let. b LAT) et une condition de l’octroi d’une autorisation de construire (art. 22 al. 2 let. b 207

LAT). Il fait l'objet de l'art. 19 LAT⁴⁰⁶ qui définit grossièrement la notion (al. 1), oblige la collectivité à équiper les zones à bâtir, si besoin avec la participation financière des propriétaires fonciers (al. 2) et autorise enfin ces derniers à équiper eux-mêmes leurs terrains à certaines conditions (al. 3)⁴⁰⁷. Malgré son importance pratique, l'équipement n'est pas réglé plus en détail dans la LAT⁴⁰⁸.

208 Malgré son champ d'application limité à la zone à bâtir, la LCAP⁴⁰⁹ fournit quelques utiles précisions sur la notion d'équipement⁴¹⁰. L'art. 4 LCAP distingue ainsi l'**équipement général** (« *Groberschliessung* »), qui consiste à pourvoir une zone à bâtir des principaux éléments des installations d'équipement, notamment les routes et chemins desservant directement la zone à équiper (art. 4 al. 1 LCAP), de l'**équipement de raccordement** (« *Feinerschliessung* »), qui relie les divers biens-fonds aux éléments principaux des installations d'équipement, y compris les routes de quartier (art. 4 al. 2 LCAP). Il s'agit là des deux composantes de l'équipement public au sens des art. 4 LCAP et 19 al. 1 LAT.

209 De ces deux degrés d'équipement public, il faut distinguer l'**équipement individuel ou privé** (« *Hausanschluss* »), qui comprend les ouvrages et installations nécessaires pour qu'un immeuble ou un petit groupe d'immeubles soient reliés au réseau d'équipement de raccordement⁴¹¹. **Généralement, les chemins d'accès privés** (par exemple, les chemins détenus en copropriété dépendante) **sont compris dans la notion d'équipement individuel**⁴¹². Toutefois, dans la mesure où c'est le droit cantonal qui détermine ce qu'il convient de rattacher à l'équipement de raccordement ou à

⁴⁰⁶ Cet article a fait l'objet de deux révisions, entrées en vigueur respectivement le 1^{er} avril 1996 et le 1^{er} mai 2014.

⁴⁰⁷ Sur l'équipement des biens-fonds en général, voir l'article de FOURNIER, p. 183 ss.

⁴⁰⁸ JEANNERAT, art. 19 LAT n. 1 et 17.

⁴⁰⁹ Loi fédérale du 4 octobre 1974 encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements (LCAP ; RS 843).

⁴¹⁰ En effet, bien que la LCAP poursuive d'autres buts que la LAT, les art. 4 à 6 LCAP viennent préciser la notion d'équipement, cf. TF 1C_489/2017 du 22 mai 2018, consid. 3.2 ; TF 1C_667/2017 du 18 juin 2018, consid. 2.1 ; JEANNERAT, art. 19 LAT n. 10.

⁴¹¹ JEANNERAT, art. 19 LAT n. 21 ; JOMINI, art. 19 LAT n. 17 ; ZEN-RUFFINEN, p. 798-799. Voir par exemple l'art. 106 al. 3 de la loi bernoise sur les constructions du 9 juin 1985 qui définit l'équipement privé comme : « [I]es voies d'accès et les raccordements des maisons [qui] relient un bâtiment ou un groupe homogène de bâtiments au réseau d'équipement ».

⁴¹² Pour un exemple contraire, voir TF 1C_225/2017 du 16 janvier 2018, consid. 5.2.2.

l'équipement privé, la délimitation entre ces derniers est souvent floue et de surcroît disparate entre les cantons⁴¹³.

S'agissant de la mise en œuvre de l'équipement public, l'art. 19 al. 2 210
1^{ère} phrase LAT prévoit que les zones à bâtir⁴¹⁴ sont équipées par la collectivité intéressée dans le délai prévu par le programme d'équipement, si nécessaire de manière échelonnée. Le droit cantonal règle la participation financière des propriétaires fonciers (art. 19 al. 2 2^{ème} phrase LAT). Si la collectivité n'équipe pas les zones à bâtir dans les délais prévus, elle doit permettre aux propriétaires fonciers d'équiper eux-mêmes leur terrain selon les plans approuvés par elle ou les autoriser à lui avancer les frais des équipements selon les dispositions du droit cantonal (art. 19 al. 3 LAT). Il découle de ce dernier alinéa que même en cas de défaillance de la collectivité publique, les propriétaires fonciers ne sont pas libres d'agir à leur guise puisque l'approbation de l'autorité compétente demeure nécessaire à la réalisation de l'équipement public⁴¹⁵.

Dans les zones d'habitations, l'obligation d'équiper résulte également de 211
l'art. 5 al. 1 LCAP, qui prévoit spécifiquement que l'équipement général et l'équipement de raccordement des zones destinées à la construction de logements doivent être réalisés par étapes adéquates, compte tenu des besoins, dans un délai maximum de dix à quinze ans. L'art. 5 al. 2 2^{ème} phrase LCAP

⁴¹³ ZEN-RUFFINEN, p. 799 ; JEANNERAT, art. 19 LAT n. 21. Ainsi, par exemple, la pratique valaisanne prévoit que l'équipement public amène jusqu'aux distances de 60 mètres pour les parcelles en pente et de 120 mètres pour les parcelles en plaine (ZEN-RUFFINEN, p. 801).

Pour un exemple de définition peu claire, comparer également les art. 110 al. 2 et 111 al. 1 de la loi neuchâteloise sur l'aménagement du territoire du 2 octobre 1991 : le premier article définit l'équipement de raccordement comme étant constitué par les routes de desserte et les chemins pour piétons ; le second définit l'équipement privé comme comprenant les accès et les chemins. Quant au site du canton de Neuchâtel, il introduit un critère quantitatif en indiquant que l'équipement privé est celui qui n'est utilisé « que par quelques personnes », cf. : <http://ne.ch> <http://www.ne.ch/autorites/DDTE/SCAT/pal/Pages/Plan-et-programme-d-equipement.aspx> (date de consultation: 31.01.2020).

Voir également TF 1C_667/2017 du 18 juin 2018, consid. 6, où s'est concrètement posée la question de la classification d'une route dans l'équipement privé ou dans l'équipement de raccordement.

Pour une proposition *de lege ferenda*, voir ZEN-RUFFINEN, p. 801, qui plaide pour une distinction claire entre l'équipement public et l'équipement privé dans la législation fédérale, basée sur des critères quantitatifs tels que le nombre et/ou la surface des terrains à équiper ainsi que sur l'intervention des autorités dès qu'une demande d'autorisation de construire est susceptible de toucher l'équipement d'un quartier, d'une autre parcelle ou encore si la parcelle sur laquelle la construction est projetée est suffisamment grande pour un jour être plus densément construite.

⁴¹⁴ Les constructions hors de la zone à bâtir étant rares, nous nous concentrons sur la mise en œuvre de l'équipement à l'intérieur des zones à bâtir. L'exigence de l'équipement suffisant du terrain est toutefois également une condition de l'autorisation de construire exceptionnelle octroyée sur la base de l'art. 24 LAT, voir ATF 119 Ib 134 *in* JdT 1995 I 400, consid. 4.a) et ZEN-RUFFINEN, p. 791.

⁴¹⁵ ZEN-RUFFINEN, p. 797 ; FOURNIER, p. 192 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 382.

autorise le droit cantonal à reporter sur les propriétaires l'obligation de procéder au raccordement ; dans ce cas toutefois, il doit prévoir l'exécution subsidiaire par les collectivités de droit public. Ainsi, ces dernières demeurent *in fine* responsables de la réalisation de l'équipement⁴¹⁶.

- 212 Le droit fédéral ne définit pas les exigences de forme et de contenu que doit revêtir le **programme d'équipement** en sa qualité d'instrument de pilotage du développement spatial⁴¹⁷. Ce programme doit toutefois indiquer le délai prévu pour la mise à disposition effective des ouvrages nécessaires à l'équipement⁴¹⁸ – délai qui ne devrait pas dépasser quinze ans⁴¹⁹. Il doit en outre être public, compte tenu des facultés qu'offre l'art. 19 al. 3 LAT aux propriétaires fonciers en cas de non-observation des délais fixés⁴²⁰. Pour le surplus, le législateur cantonal dispose d'une grande liberté pour mettre en œuvre le programme d'équipement.
- 213 **En pratique**, le programme d'équipement est souvent lié à un projet d'urbanisation en lien avec la construction d'un milieu non-bâti ou sujet à forte densification – son but étant de prévoir les voies d'accès avant la construction des terrains. Il prend généralement la forme d'un élément du plan directeur (cantonal ou communal) ou est inclus dans un plan d'affectation⁴²¹. Les plans d'équipement proprement dits sont pour leur part établis par les collectivités selon le droit cantonal, en général par le biais de plans d'affectation spéciaux (plans de quartiers, plans d'alignement, etc.).
- 214 S'agissant plus particulièrement des **voies d'accès** en tant que composantes de l'équipement public, plusieurs moyens s'offrent aux collectivités publiques en vue de leur réalisation. Nous évoquerons brièvement les principaux, à savoir :
- 215 1° **L'acquisition des droits nécessaires par le biais du droit privé.** Les collectivités tentent généralement de négocier l'achat de terrains ou la constitution de servitudes de gré à gré avec les propriétaires concernés.

⁴¹⁶ JEANNERAT, art. 19 LAT n. 46.

⁴¹⁷ JEANNERAT, art. 19 LAT n. 46 ; JOMINI, art. 19 LAT n. 42.

⁴¹⁸ JEANNERAT, art. 19 LAT n. 62 et 64 ; JOMINI, art. 19 LAT n. 43.

⁴¹⁹ Ce délai est explicitement fixé à l'art. 5 al. 1 LCAP pour les zones destinées à la construction de logements, et implicitement pour les autres zones à bâtir compte tenu de l'art. 15 al. 4 let. b LAT. Pour plus de développement, voir JEANNERAT, art. 19 LAT n. 52 ss et 64, qui précise qu'il s'agit avant tout d'un délai d'ordre dont le non-respect n'a que peu de conséquences.

⁴²⁰ JOMINI, art. 19 LAT n. 42.

⁴²¹ JOMINI, art. 19 LAT n. 42.

Cette voie amiable et non contraignante doit être préférée aux moyens de l'aménagement du territoire⁴²².

- 2° **Le remembrement.** Prévu par les art. 20 LAT et 7 ss LCAP, le remembrement est une forme d'échange forcé de droits réels immobiliers visant à réorganiser la propriété foncière en vue d'une meilleure utilisation du sol⁴²³. Il peut prendre la forme d'une rectification de limites de propriété, lorsque seul le tracé d'une limite complique l'utilisation rationnelle d'un immeuble (« petit remembrement »)⁴²⁴ ou d'un remaniement parcellaire, lorsque les immeubles sont regroupés puis redistribués entre les propriétaires fonciers⁴²⁵. Selon le principe de la compensation réelle, les propriétaires reçoivent, dans la nouvelle répartition, des terrains équivalant en quantité et en qualité à ceux dont ils étaient auparavant propriétaires, pour autant que le but du remaniement et les nécessités techniques le permettent⁴²⁶. 216
- 3° **La servitude de passage de droit public.** Le droit fédéral n'interdit pas aux cantons de prévoir la constitution de passages nécessaires de droit public dans leur droit cantonal (art. 702 CC)⁴²⁷. Ce moyen doit reposer sur une base légale suffisante et respecter le principe de proportionnalité, notamment la subsidiarité par rapport à un possible remaniement parcellaire⁴²⁸. Telle servitude a alors le même contenu que la servitude de passage nécessaire de droit privé⁴²⁹. 217
- 4° **L'expropriation formelle.** L'expropriation formelle est une procédure de droit public qui permet le transfert, l'extinction ou la modification d'un 218

⁴²² ATF 121 I 452 in JdT 1996 I 452, consid. 5.a-c) ; ZEN-RUFFINEN, p. 796.

⁴²³ JEANNERAT, art. 20 LAT n. 1 ; ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, n. 797.

⁴²⁴ JEANNERAT, art. 20 LAT n. 26. Voir également l'art. 10 al. 2 LCAP (applicable lorsque la procédure est initiée à la demande d'un propriétaire) prévoyant l'échange de terrain dans la mesure strictement nécessaire et la cession de 300 m² de terrain au plus s'il est possible d'améliorer ainsi considérablement les conditions d'implantation des bâtiments et que l'échange ou la cession apparaît supportable pour le propriétaire.

⁴²⁵ PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 383. Voir également l'art. 8 LCAP prévoyant le regroupement parcellaire.

⁴²⁶ ATF 122 I 120 in RDAF 1996 p. 506 ss, consid. 5 ; ATF 119 Ia 21, consid. 1.a) ; JEANNERAT, art. 20 LAT n. 40 ; HÄNNI, p. 269 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 383.

⁴²⁷ TF 1P.434/2003 du 13 octobre 2003, consid. 1.2 ; ATF 121 I 65 in JdT 1996 I 452, consid. 5.a-c) ; ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 26 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 384.

Voir notamment § 104 de la loi soleuroise sur l'aménagement du territoire et les constructions (*Planungs- und Baugesetz*) du 3 décembre 1978.

⁴²⁸ TF 1P.434/2003 du 13 octobre 2003, consid. 1.2 ; ATF 121 I 65 in JdT 1996 I 452, consid. 5.a-c) ; HÄNNI, p. 280.

⁴²⁹ PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 384.

droit patrimonial protégé par la garantie de propriété au profit de l'Etat ou d'un délégataire, moyennant indemnisation⁴³⁰. Elle constitue toujours une *ultima ratio*⁴³¹. La création de droits réels limités, notamment de servitudes de passage en faveur de l'expropriant, est une forme d'expropriation formelle⁴³².

- 219 En tant que restrictions légales à la propriété foncière, les moyens de droit public ci-énoncés doivent logiquement répondre à des **objectifs d'intérêt public**⁴³³. Cela semble évident en matière d'expropriation, acte de puissance publique particulièrement incisif qui ne saurait servir la réalisation d'intérêts privés⁴³⁴. Quant au remembrement, le Tribunal fédéral a jugé qu'un remaniement parcellaire ne pouvait servir à résoudre des problèmes d'ordre essentiellement privé (par exemple, des problèmes relevant du droit de voisinage), même si le projet immobilier satisfaisait, accessoirement, à l'intérêt public très général de densifier et d'encourager la construction de nouveaux logements⁴³⁵. Au contraire, pour être imposé aux propriétaires concernés, un remembrement doit favoriser la construction de logements dans une mesure non négligeable, aucun intérêt public ou privé prépondérant ne devant de surcroît s'y opposer⁴³⁶.
- 220 Il découle de ce qui précède que l'obligation d'équipement selon l'art. 19 al. 2 LAT n'a pas pour corollaire de créer un **droit à l'équipement** en faveur des propriétaires concernés⁴³⁷. Le droit public fédéral n'octroie aucun droit directement justiciable : à défaut de dispositions cantonales prévoyant le contraire, les propriétaires ne peuvent donc pas exiger de la collectivité qu'elle

⁴³⁰ TANQUEREL, n. 1738. Pour une autre définition, voir ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, n. 1032.

⁴³¹ ZEN-RUFFINEN, p. 797 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 385.

⁴³² ATF 104 Ib 1999 in JdT 1980 I 343, consid. 3 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 384.

⁴³³ JEANNERAT, art. 20 LAT n. 12 et 27 ; HÄNNI, p. 269.

⁴³⁴ Dans ce sens : PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 385.

⁴³⁵ TC 1C_744/2013 du 14 avril 2014, consid. 4.2 in DC online 2014 no 477 ; JEANNERAT, art. 20 LAT n. 27. *Contra* ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, n. 1038, selon qui le remembrement vise en priorité des intérêts privés.

⁴³⁶ TF 1C_90/2007 du 9 janvier 2008, consid. 3.2 ; ATF 118 Ib 417 in JdT 1994 I 388, consid. 3.c) et 4, où le Tribunal fédéral a considéré que le gain en locaux d'habitation était trop minime pour justifier un regroupement parcellaire ; JEANNERAT, art. 20 LAT n. 27.

Pour un exemple d'intérêt public, voir également TF 1C_227/2017 du 16 janvier 2018, consid. 5.2.2 : « [...] il existe un intérêt public important à améliorer le débouché sur la route de Saint-Cergue puisque les parcelles sises sur le côté sud du chemin d'accès offrent apparemment un potentiel de densification important dans une zone située, selon les constatations cantonales, à 10 minutes à pied de la gare et du centre-ville de Nyon ».

⁴³⁷ JEANNERAT, art. 19 LAT n. 47 ; JOMINI, art. 19 LAT n. 51 ; HÄNNI, p. 296-297. Voir également TF 1C_744/2013 du 14 avril 2014, consid. 4.2 in DC online 2014 no 477, niant le droit à un remaniement parcellaire.

réalise les ouvrages nécessaires à l'obtention des voies d'accès permettant l'exploitation de leur immeuble⁴³⁸. La seule conséquence d'un refus ou d'un retard dans l'équipement est énoncée par l'art. 19 al. 3 LAT, qui règle exhaustivement la question⁴³⁹.

2) *La position actuelle de la jurisprudence civile*

La jurisprudence rendue sur l'art. 694 CC consacre la **subsidiarité** du droit au passage nécessaire face aux instruments de droit public en matière d'équipement des zones à bâtir⁴⁴⁰. Elle impose au propriétaire foncier de recourir en **priorité aux moyens de droit public** pour obtenir un équipement adéquat, soit notamment la desserte adéquate de son immeuble⁴⁴¹. Tant qu'un accès approprié peut être réalisé par le biais des institutions de droit public, il n'y a pas lieu d'accorder un passage nécessaire au sens de l'art. 694 CC, faute de nécessité⁴⁴².

L'exigence d'épuisement des moyens de droit public a pour **but d'éviter de compromettre la planification du territoire** telle qu'envisagée par les autorités administratives⁴⁴³. L'octroi d'un passage nécessaire peut en effet avoir pour conséquence d'anticiper l'équipement global d'une zone et mettre à mal des futures mesures d'aménagement du territoire⁴⁴⁴. Le juge civil doit donc éviter d'empiéter sur le domaine de compétence des autorités administratives.

⁴³⁸ JEANNERAT, art. 19 LAT n. 47 ; JOMINI, art. 19 LAT n. 51.

⁴³⁹ JEANNERAT, art. 19 LAT n. 47 et 88 ss. Pour plus de développement sur la genèse de l'art. 19 al. 3 LAT, cf. FF 1994 III 1062-1064.

⁴⁴⁰ TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121, consid. 3.3.2 ; ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 3.3.1 ; TF 5C.172/2002 du 20 novembre 2002, consid. 2.1 ; TF 5C.64/2000 du 4 avril 2000, consid. 3.a ; ATF 121 I 65 *in* JdT 1996 I 452, consid. 4.a-b) ; ATF 120 II 185 *in* JdT 1995 I 333, consid. 2.c ; ATF 117 II 35 *in* JdT 1993 I 179, consid. 4.b ; TC VS du 29 avril 2014, résumé *in* DC online 2014, no 642 ; TC VD du 24 septembre 2012, résumé *in* DC online 2014 no 277. Voir également FOURNIER, p. 200.

⁴⁴¹ TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121, consid. 3.3.2 ; ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 3.3.1 ; TF 5C.64/2000 du 4 avril 2000, consid. 3.a ; ATF 120 II 185 *in* JdT 1995 I 333, consid. 2.c ; ATF 117 II 35 *in* JdT 1993 I 179, consid. 4.b.

⁴⁴² ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 3.3.1 ; TF 5C.172/2002 du 20 novembre 2002, consid. 2.1 ; TC VS du 29 avril 2014, résumé *in* DC online 2014, no 642 ; LIVER, *Das Eigentum*, p. 267 ; SCHMID-TSCHIRREN, *Aktuelle Tendenzen*, p. 9.

⁴⁴³ TF 5C.64/2000 du 4 avril 2000, consid. 3.a ; ATF 120 II 185 *in* JdT 1995 I 333, consid. 2.c ; TA VD du 30 septembre 1998 *in* RDAF 1999 I p. 219 ss, consid. 3.b).

⁴⁴⁴ ATF 120 II 185 *in* JdT 1995 I 333, consid. 2.c ; TC TI du 22 mai 2002 *in* DC 2003 p. 76, consid. 4. Pour un exemple d'une conséquence à éviter, voir ATF 120 II 185 *in* JdT 1995 I 333, consid. 2.c : « [les planificateurs] doivent choisir entre deux solutions également inappropriées. Ou bien ils adaptent la planification au passage nécessaire existant ou bien ils en font abstraction dans leurs plans d'équipement ; d'où deux voies d'accès, ce qui revient à gaspiller du terrain ».

223 Aussi, le propriétaire qui requiert un passage nécessaire sur la base de l'art. 694 CC doit prouver qu'il a fait, en vain, « **tout son possible** »⁴⁴⁵ pour obtenir un accès à son immeuble par les moyens de droit public à sa disposition⁴⁴⁶. Le **fardeau de cette preuve** repose donc sur les épaules du propriétaire demandeur.

224 En réalité, on note une **certaine réticence des juges** à l'idée de rejeter une action en octroi du passage nécessaire au seul motif que des moyens de droit public seraient offerts au propriétaire demandeur⁴⁴⁷. A notre connaissance, ce n'est que lorsque l'équipement en voies d'accès est d'ores et déjà prévu par la collectivité (par exemple, par le biais d'une convention entre la commune et les propriétaires⁴⁴⁸ ou d'un plan d'affectation communal⁴⁴⁹) que les tribunaux se risquent à rejeter l'action civile compte tenu de la priorité des moyens de droit public.

3) *La critique de cette position*

225 Les tribunaux civils construisent leur raisonnement sur un motif aussi bien honorable que raisonnable : celui de ne pas entraver l'action des planificateurs. Ce faisant, ils s'imposent une forme d'**autocensure**, à notre avis critiquable **sur le fond** pour les raisons qui suivent :

226 1° La condition de subsidiarité énoncée par la jurisprudence est **trop absolue**. La collectivité s'occupe en effet de l'équipement d'une zone à bâtir lorsque la zone en question est non-bâtie ou sujette à forte densification, plus rarement dans un milieu déjà largement bâti. Les moyens d'équipement public sont de peu d'utilité au propriétaire foncier qui souhaite obtenir ou améliorer un accès dans le cadre d'un simple projet de construction sur sa parcelle ou en dehors de tout projet de construction.

227 2° L'obtention d'un passage nécessaire ressort bien souvent du domaine de l'**équipement privé**, dont la mise en œuvre ne relève pas du droit public. Certes, le zonage devrait idéalement avoir pour conséquence que

⁴⁴⁵ Cf. également : « *alles ihm Mögliche getan hat* » in ATF 136 III 130, consid. 3.3.1 et « *tutto il possibile* » in TF 5C.64/2000 du 4 avril 2000, consid. 3.a.

⁴⁴⁶ ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291, consid. 3.3.1 ; TF 5C.64/2000 du 4 avril 2000, consid. 3.a ; TC VS du 3 décembre 2015 in RVJ 2017 p. 164 ss, consid. 5.1.3.2 ; TA VD du 30 septembre 1998 in RDAF 1999 I p. 219 ss, consid. 3.b) ; BSK ZGB II-REV/STREBEL, art. 694 CC n. 17.

⁴⁴⁷ Voir notamment les arrêts ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291, consid. 3.3.1 et ATF 120 II 185 in JdT 1995 I 333, consid. 2.c où le Tribunal fédéral a laissé la question sans réponse.

⁴⁴⁸ Voir TF 5C.172/2002 du 20 novembre 2002.

⁴⁴⁹ Voir TC TI du 22 mai 2002 in DC 2003 p. 76.

l'ensemble des immeubles situés dans une zone à bâtir soit bien desservi et que le recours au passage nécessaire devienne en conséquence superflu ; la réalité est souvent autre⁴⁵⁰. En outre, la desserte d'un seul immeuble sert avant tout les **intérêts privés** de son propriétaire⁴⁵¹, et n'ouvre ainsi aucune obligation à charge de la collectivité publique dont l'action se limite à servir l'intérêt public.

- 3° Enfin, même à admettre l'obligation d'équiper de la collectivité dans un cas donné, le propriétaire privé d'une issue suffisante sur la voie publique ne dispose d'**aucun droit** directement justiciable au pourvoi d'une desserte adaptée aux besoins de son immeuble. 228

Il en découle que les moyens de droit public sont bien souvent inefficaces, voire inexistants. L'application à la lettre de la condition de subsidiarité posée par la jurisprudence a dès lors plus de risque d'aboutir à un conflit négatif de compétence, laissant le propriétaire foncier dépourvu de moyens de droit pour se procurer une desserte suffisante. 229

Par ailleurs, la position du Tribunal fédéral est également critiquable **sur la répartition du fardeau de la preuve**, puisque le propriétaire demandeur doit prouver qu'il n'a pas réussi à obtenir une desserte suffisante par les moyens de droit public en dépit d'avoir fait « tout son possible » en ce sens. Il s'agit là, à notre avis, d'un **fait négatif indéterminé** (à savoir le fait de n'avoir pas réussi à obtenir un accès, malgré l'exhaustivité des démarches entreprises en ce sens) dont la preuve est par nature très difficile à apporter puisqu'elle suppose l'apport d'une densité d'emblée inatteignable de faits positifs⁴⁵². 230

La présence d'un fait négatif indéterminé n'induit pas un renversement du fardeau de la preuve⁴⁵³. La preuve requiert alors l'établissement de nombreux faits positifs contraires, soit *in casu* les multiples démarches entreprises et les refus subséquentement essuyés pour se procurer un accès par les moyens de droit public. La partie qui conteste le fait négatif a toutefois le devoir de collaborer à l'administration des preuves, c'est-à-dire à l'établissement des 231

⁴⁵⁰ TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121, consid. 3.3.2 ; ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 3.3.1 ; ATF 120 II 185 *in* JdT 1995 I 333, consid. 2.c.

⁴⁵¹ Dans ce sens également : PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 385.

⁴⁵² Pour plus de développements sur la preuve des faits négatifs indéterminés, voir CR CC I-PIOTET, art. 8 CC n. 53 ; BK-WALTER, art. 8 CC n. 340 ss ; CHK-GÖKSU, art. 8 CC n. 19 ; STEINAUER, Titre préliminaire, n. 714 ss ; DESCHENEUX, Titre préliminaire, p. 247-248.

⁴⁵³ TF 5C.13/2007 du 2 août 2007, consid. 6.1 ; ATF 119 II 305, consid. 1 b)aa) ; ATF 106 II 29, consid. 2 ; CR CC I-PIOTET, art. 8 CC n. 53 ; CHK-GÖKSU, art. 8 CC n. 19. *Contra* DESCHENEUX, Titre préliminaire, p. 247-248. Plus hésitant : STEINAUER, Titre préliminaire, n. 715.

faits positifs qui tiendraient en échec le fait négatif indéterminé. Le juge civil tient compte d'une absence de collaboration dans son appréciation des preuves et peut être amené à considérer le fait négatif comme prouvé – malgré l'absence de preuve⁴⁵⁴.

- 232 Si l'appréciation du juge permet alors d'atténuer la charge de la preuve reposant sur les épaules du propriétaire demandeur, elle ne ferme pas la porte à une application stricte de la condition jurisprudentielle de la subsidiarité du droit de passage nécessaire de droit privé face aux moyens de droit public. **Ainsi, en l'état de la jurisprudence, le juge civil est fondé à débouter un demandeur des fins de son action en obtention du passage nécessaire, faute pour ce dernier d'avoir apporté la preuve de l'exhaustivité de ses démarches administratives** – démarches qui, nous l'avons vu, n'obligent bien souvent en rien la collectivité.

4) *Notre proposition*

- 233 Notre critique nous amène à plaider contre la condition de subsidiarité telle que le Tribunal fédéral semble vouloir l'imposer dans ses récents arrêts relatifs au droit de passage nécessaire.
- 234 **Sur le fond d'une part**, il n'y a pas de sens à ériger en règle la subsidiarité d'un moyen de droit privé face à un moyen de droit public inopérant. La seule réserve admissible concerne les situations où la desserte en voies d'accès est **expressément prévue** par un programme d'équipement (par exemple, par un plan d'affectation en vigueur). Il se justifie alors que le propriétaire privé d'une issue suffisante prenne son mal en patience, afin d'éviter que la constitution d'une servitude de passage nécessaire ne vienne compromettre la mise en œuvre de l'équipement public.
- 235 **Du point de vue procédural d'autre part**, le défendeur à l'action civile devrait avoir la charge de la preuve du fait destructeur à la prétention en octroi du passage nécessaire (par exemple, en démontrant l'existence d'un programme d'équipement prévoyant l'amélioration des accès existants). Si toutefois la preuve du fait négatif – alors générateur de droit – devait rester sur les épaules du demandeur, le juge civil devrait à tout le moins apprécier les preuves avec souplesse (par exemple, en admettant qu'une seule demande à l'autorité compétente suivie d'un refus d'entrer en matière sur la mise en œuvre de

⁴⁵⁴ TF 5C.13/2007 du 2 août 2007, consid. 6.1 ; ATF 119 II 305, consid. 1 b)aa) ; ATF 106 II 29, consid. 2 ; CR CC I-PIOTET, art 8 CC n. 53 ; CHK-GÖKSU, art. 8 CC n. 19 ; STEINAUER, Titre préliminaire, n. 715.

l'équipement suffit à prouver l'absence de moyens de droit public à disposition du demandeur).

C. L'absence d'autres possibilités de passage

1) L'absence de passage de droit privé cantonal

Un propriétaire foncier ne peut pas prétendre à l'octroi d'un passage nécessaire sur la base de l'art. 694 CC s'il dispose d'un passage de droit privé cantonal qui satisfasse aux besoins de son immeuble⁴⁵⁵. 236

L'art. 695 CC contient une réserve attributive en faveur du droit cantonal⁴⁵⁶ 237 qui l'autorise à prévoir d'« autres passages » sur le fonds de tiers à titre de restrictions légales directes à la propriété foncière⁴⁵⁷. En général, ces passages de droit cantonal sont destinés à faciliter l'exploitation agricole des fonds ou à permettre de réaliser des travaux de construction⁴⁵⁸. La doctrine distingue deux catégories de droits de passage cantonaux : les droits de passage proprement dits (*Wegrechte*) d'une part, à l'exemple des droits de passage en saison morte (*Winterweg*), des droits de dévalage (*Holzweg*) ou encore des droits d'abreuvoir (*Tränkrecht*) et les droits d'accès (*Zutrittsrechte*) d'autre part, à l'exemple des droits d'échelage (*Hammerschlagrecht, Leiterrecht*) ou de charrue (*Streckrecht, Tretrecht*)⁴⁵⁹.

Les passages de droit privé cantonal varient d'un lieu à un autre, selon les différentes législations cantonales en vigueur (voire selon les coutumes et les usages des différentes régions d'un même canton)⁴⁶⁰. Les cantons n'ont toutefois pas la compétence d'édicter des règles qui outrepasseraient l'autorisation accordée par l'art. 695 CC⁴⁶¹, dont la formulation est limitative⁴⁶². 238

⁴⁵⁵ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 18 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 695 CC n. 2 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 6 ; SUTTER-SOMM, n. 847 ; PITTET, p. 106 ; ROBICHON, p. 200 s. et 208 ss.

⁴⁵⁶ TC VS du 20 juin 2013 *in* RVJ 2014 p. 141 ss, consid. 2.1 ; CR CC II-PIOTET, art. 695 CC n. 1 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 695 CC n. 1 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 994.

⁴⁵⁷ STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2714 et 2719.

⁴⁵⁸ Jugement du juge du district de Sion du 29 janvier 2002 *in* RVJ 2003 p. 275 ss, consid. 1.a) ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2714 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 994 ; PIOTET D., Droit privé vaudois, n. 1846 ss ; CARONI-RUDOLF, p. 27.

⁴⁵⁹ STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2715 s. ; SUTTER-SOMM, n. 847 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 996 ; PIOTET D., Droit privé vaudois, n. 1846 ss.

⁴⁶⁰ PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 995. Voir par exemple l'art. 156 al. 1 de la loi valaisanne d'application du code civil suisse du 24 mars 1998.

⁴⁶¹ Jugement du juge du district de Sion du 29 janvier 2002 *in* RVJ 2003 p. 275 ss, consid. 1.a) ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2718.

Les droits de passage cantonaux doivent ainsi répondre à une réelle nécessité⁴⁶³. A la différence des servitudes, ils ne peuvent s'exercer qu'**occasionnellement**⁴⁶⁴ et ne doivent pas apporter de notables modifications aux fonds voisins⁴⁶⁵. Rien n'empêche cependant à ce qu'ils puissent s'exercer sur une assiette déterminée⁴⁶⁶.

- 239 La subsidiarité du droit de passage nécessaire de l'art. 694 CC face aux droits de passage cantonaux fondés sur l'art. 695 CC se voit ainsi relativisée par la divergence de finalité des deux dispositions. En effet, alors que l'art. 694 CC vise à résoudre des situations durables, les droits de passage cantonaux sont par nature limités et non permanents. Un recoupement des deux champs d'application n'est toutefois pas exclu. L'on pense par exemple à un propriétaire qui ne dispose pas d'une issue suffisante pour effectuer des travaux agricoles nécessaires à l'exploitation rationnelle de son immeuble durant la saison hivernale. Si le droit cantonal lui octroie le droit de passer sur la propriété d'autrui à cette fin⁴⁶⁷, ledit propriétaire ne pourra pas être mis au bénéfice d'une servitude de passage nécessaire fondée sur l'art. 694 CC.

2) *L'absence d'une autre servitude de passage*

- 240 Un propriétaire foncier ne peut en principe pas prétendre à l'octroi d'un passage nécessaire sur la base de l'art. 694 CC s'il bénéficie d'une servitude (foncière ou personnelle) lui garantissant une issue suffisante sur la voie

⁴⁶² ATF 104 II 166 in JdT 1980 I p. 13, consid. 3 c).

⁴⁶³ TF 5D_172/2016 du 4 avril 2017, consid. 3.2 (passage non reproduit dans l'ATF 143 I 217) ; Jugement du juge du district de Sion du 29 janvier 2002 in RVJ 2003 p. 275 ss, consid. 1.a) ; TC VS du 22 février 1985 in RVJ 1985 p. 129 ss, consid. 3.

⁴⁶⁴ TF 5D_172/2016 du 4 avril 2017, consid. 3.2 (passage non reproduit dans l'ATF 143 I 217) ; TC VS du 20 juin 2013 in RVJ 2014 p. 141 ss, consid. 2.1 ; Jugement du juge du district de Sion du 29 janvier 2002 in RVJ 2003 p. 275 ss, consid. 1.a) ; TC VS du 22 février 1985 in RVJ 1985 p. 129 ss, consid. 3 ; CR CC II-PIOTET, art. 695 CC n. 4 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 695 CC n. 1 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2714 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 995.

⁴⁶⁵ ATF 104 II 166 in JdT 1980 I p. 13, consid. 3.c) ; CR CC II-PIOTET, art. 695 CC n. 5.

⁴⁶⁶ Dans ce sens également : CR CC II-PIOTET, art. 695 CC n. 4. *Contra* : Jugement du juge du district de Sion du 29 janvier 2002 in RVJ 2003 p. 275 ss, consid. 1.a) ; TC VS du 22 février 1985 in RVJ 1985 p. 129 ss, consid. 3 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 995.

⁴⁶⁷ Voir par exemple l'art. 156 al. 2 let. c de de la loi valaisanne d'application du code civil suisse du 24 mars 1998 relatif aux passages agricoles et forestiers : « [...] les passages usuels d'hiver sur la propriété d'autrui ne doivent être utilisés, dans la règle, sauf disposition contraire, que lorsque le sol est gelé ».

publique⁴⁶⁸. Il convient de réserver ici les cas où l'art. 694 CC garantit exceptionnellement le droit à un second passage⁴⁶⁹.

S'il existe une servitude de passage personnelle selon l'art. 781 CC **en faveur d'une commune**, il faut déterminer si le chemin est public, ou, dans la négative, le cercle des personnes autorisées à l'utiliser. Lorsque le but de la servitude est de garantir l'accès à certaines parcelles enclavées, le droit d'utiliser le chemin appartient aux propriétaires desdits fonds et exclut en conséquence toute prétention en octroi d'un passage nécessaire⁴⁷⁰. 241

Par ailleurs, lorsqu'un propriétaire foncier est titulaire d'une servitude de passage **non - suffisamment - aménagée** (par exemple : une bande herbeuse, un chemin de terre, etc.), il peut prendre toutes les mesures nécessaires pour exercer sa servitude (art. 737 al. 1 CC). Il a en particulier le droit de **procéder aux aménagements du sol requis pour matérialiser son accès**⁴⁷¹. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que le titulaire d'une servitude conférant un « droit de passage illimité à pied et pour tous véhicules » a le droit de procéder, sur le fonds grevé, à la réalisation d'une route d'accès⁴⁷². Les modalités de l'aménagement (par exemple : aplanissement, revêtement du sol, etc.) dépendent de chaque cas d'espèce ; elles sont dictées par la nécessité éprouvée par le titulaire de la servitude d'une part et par les égards dus au propriétaire grevé d'autre part (cf. art. 737 al. 2 CC). En tout état, c'est bien par le biais de l'art. 737 al. 1 CC - et non par le biais de l'art. 694 al. 1 CC - que l'aménagement d'une servitude existante en une issue suffisante à l'exercice du passage peut être requis. 242

En présence d'une servitude existante mais non - respectivement insuffisamment - aménagée, sont toutefois susceptibles d'ouvrir exceptionnellement la voie à la prétention en octroi du passage nécessaire les situations suivantes : 243

1° La servitude, même aménagée, n'offrirait pas une issue suffisante. A raison, le Tribunal fédéral considère qu'il convient de jauger les besoins 244

⁴⁶⁸ TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121, consid. 3.4 ; TF 5A_449/2014 du 2 octobre 2014, consid. 5.2.2 ; TF 5C.40/2006 du 18 avril 2006 *in* RNRF 88/2007 p. 469 ss, consid. 3.1 ; TF 5P.56/2006 du 18 avril 2006, consid. 4 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 45 ; CARONI-RUDOLF, p. 69.

⁴⁶⁹ Voir *supra* § 150 s.

⁴⁷⁰ TF 5A_550/2011 du 24 octobre 2011, consid. 4 et 5.

⁴⁷¹ TF 5A_766/2016 du 5 avril 2017, consid. 4.1.1. ; TF 5A_253/2008 du 22 août 2008 *in* RNRF 90/2009 p. 239 ss, consid. 5 ; ATF 118 IV 291, consid. 2.a) ; ATF 115 IV 26 *in* JdT 1990 IV 100, consid. 3.a) ; CR CC II-ARGUL, art. 737 CC n. 4 ; ZK-LIVER, art. 737 CC n. 10 ss ; GALLAND, Le contenu, p. 374.

⁴⁷² TF 5A_253/2008 du 22 août 2008 *in* RNRF 90/2009 p. 239 ss, consid. 5.

économiques actuels de l'immeuble avec l'état futur de la servitude aménagée, et non avec l'état actuel de la servitude non aménagée⁴⁷³. Cela étant, il va de soi que l'issue concrétisée par un droit de passage aménagé doit être suffisante à l'aune des critères développés en lien avec l'art. 694 CC (largeur, déclivité, dangerosité, etc.). En d'autres termes, une servitude de passage, certes existante, mais inapte à permettre l'utilisation rationnelle d'un immeuble donné, ne saurait faire obstacle à l'octroi d'une servitude de passage nécessaire. La preuve du caractère insuffisant de la servitude préexistante revient à son titulaire.

245 **2° L'aménagement de la servitude existante est trop coûteux.** Nous renvoyons ici à nos précédents développements à ce sujet⁴⁷⁴.

246 **3° L'aménagement de la servitude existante n'est pas possible en vertu de prescriptions de droit public.** L'on pensera à une servitude de passage dont l'assiette exclut l'octroi d'une autorisation de construire en vue de son aménagement en un chemin carrossable, par exemple parce qu'elle emprunte un tracé où des arbres non abattables sont plantés ou encore parce que les distances minimales fixées par le droit public cantonal (par rapport aux eaux, forêts, fonds voisins, etc.) ne sont pas respectées.

247 A juste titre, le Tribunal fédéral s'est montré exigeant quant au fardeau de l'allégation et à la charge de la preuve : il n'appartient ainsi pas au juge civil d'indiquer les dispositions légales permettant de conclure au caractère non autorisable de l'aménagement de la servitude, mais au propriétaire demandeur d'alléguer et de prouver cela⁴⁷⁵. Le principe *iura novit curia* ne saurait en effet aller aussi loin. Selon nous, le propriétaire qui prétend que la servitude n'est pas aménageable selon le droit public doit dès lors non seulement alléguer ce fait, mais également en offrir la preuve (en se référant aux dispositions légales pertinentes, voire, si ces dernières ne permettent pas de conclure à l'échec certain de toute demande d'autorisation, en produisant un préavis ou une décision négative des autorités compétentes).

248 **4° L'aménagement de la servitude existante n'est pas possible car il est contraire à la bonne foi**⁴⁷⁶. Nous avons vu qu'en vertu de l'art. 737

⁴⁷³ 5P.56/2006 du 18 avril 2006, consid. 5.1.

⁴⁷⁴ Voir *supra* § 153 ss.

⁴⁷⁵ TF 5C.40/2006 du 18 avril 2006 in RNR 88/2007 p. 469 ss, consid. 8 ; TF 5P.56/2006 du 18 avril 2006, consid. 5.4.

⁴⁷⁶ Hypothèse évoquée dans l'arrêt TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 in SJ 2017 I p. 121, consid. 3.4 *in fine*.

al. 1 CC, le titulaire de la servitude peut en principe prendre toutes les mesures nécessaires pour exercer sa servitude⁴⁷⁷. La bonne foi du propriétaire qui se fie au registre foncier peut toutefois être détruite par la **publicité dite naturelle**⁴⁷⁸, en ce sens que les limitations à l'exercice de la servitude qui auraient été visibles lors d'une visite sur les lieux sont opposables à l'acquéreur de l'immeuble, qui voit le contenu et l'étendue de son droit de passage restreints dans une pareille mesure⁴⁷⁹.

A notre sens, il y a lieu de se montrer **circonspect** lorsqu'un propriétaire invoque un droit au passage nécessaire au motif que la servitude de passage dont il bénéficie n'est pas aménageable en vertu de la publicité dite naturelle. La tenue en échec de la bonne foi tirée de l'art. 973 al. 1 CC, en plus d'être critiquable sur le fond⁴⁸⁰, ne doit en effet pas être admise avec légèreté, mais mérite au contraire une instruction complète, cas échéant dans le cadre d'une procédure ayant précisément pour objet l'étendue de la servitude préexistante⁴⁸¹. Par ailleurs, il peut paraître abusif, pour un même propriétaire, de plaider à la fois la nécessité d'un passage et l'acceptation préalable d'une situation de fait impliquant un exercice limité de la servitude de passage préexistante⁴⁸².

3) *L'impossibilité de passer par d'autres immeubles appartenant au même propriétaire*

A fortiori, un propriétaire foncier ne peut en principe pas prétendre à l'octroi d'un passage nécessaire sur la base de l'art. 694 CC lorsque l'issue sur la voie publique peut être obtenue au travers d'autres immeubles lui appartenant⁴⁸³. Il

⁴⁷⁷ Voir *supra* § 241.

⁴⁷⁸ Selon l'ATF 137 III 153 in JdT 2011 II 423, consid. 4.1.3, la publicité dite naturelle « [...] consiste en ceci que la situation juridique se manifeste d'une manière extérieurement visible par l'état physique du bien-fonds ».

⁴⁷⁹ ATF 137 III 153 in JdT 2011 II 423, consid. 4.2.3 ; ATF 137 III 145 in JdT 2011 II 415, consid. 3.3.3 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3458. Voir la justification du Tribunal fédéral dans l'ATF 137 III 153 in JdT 2011 II 423, consid. 4.2.3 : « [...] Dans ce sens, le TF a jugé que selon l'expérience générale personne n'achète un immeuble au bénéfice d'un droit de passage sans le voir au préalable et que – sous réserve de cas exceptionnels – aucun tiers acquéreur ne pourrait faire valoir de bonne foi qu'il n'avait pas connaissance des particularités du droit de passage non mentionnées au registre foncier qui auraient été reconnaissables pour lui en faisant une visite sur les lieux ».

⁴⁸⁰ Voir *infra* § 679.

⁴⁸¹ Semble également aller dans ce sens : TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 in SJ 2017 I p. 121, consid. 3.4.

⁴⁸² Voir *infra* § 273.

⁴⁸³ TF 5A_223/2013 du 12 mars 2014 in SJ 2014 I p. 352, consid. 3.2 ; CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 21 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 388 ; CARONI-RUDOLF, p. 69.

en va de même lorsque ces immeubles appartiennent à une personne morale qu'il contrôle de fait.

- 251 Dite affirmation n'est pas absolue : l'on renvoie ici aux trois premières exceptions énumérées *supra*⁴⁸⁴, qui s'appliquent *mutatis mutandis* lorsque le passage semble réalisable au travers d'autres immeubles appartenant au même propriétaire. La faculté pour ledit propriétaire de décider librement – dans les limites de la configuration de ses terrains – du tracé et de l'aménagement du passage lui en facilite néanmoins la faisabilité technique et juridique par rapport au titulaire d'une servitude de passage. Dès lors, c'est surtout l'exposition à des **frais disproportionnés** qu'il pourra invoquer dans une telle situation⁴⁸⁵.
- 252 Il faut mentionner ici le **cas particulier des chemins privés détenus en copropriété**⁴⁸⁶. En principe, le copropriétaire d'un chemin peut y circuler librement pour accéder à sa parcelle depuis la voie publique. On ne peut toutefois exclure que l'utilisation (actuelle ou projetée) du chemin par un copropriétaire soit interdite par l'effet de l'art. 648 al. 1 2^{ème} phrase CC. A teneur de cette disposition, chaque propriétaire jouit de la chose et en use **dans la mesure compatible avec le droit des autres**⁴⁸⁷. L'existence d'une utilisation du chemin incompatible avec le droit des autres copropriétaires est fonction des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce ; les situations problématiques auront généralement trait à une utilisation accrue du chemin privé par l'un des copropriétaires⁴⁸⁸. A supposer qu'une telle utilisation soit jugée contraire à l'art. 648 al. 1 2^{ème} phrase (dans le cadre d'une action négatoire par exemple⁴⁸⁹), le copropriétaire du chemin peut à notre avis agir en

⁴⁸⁴ Voir *supra* § 244 ss.

⁴⁸⁵ Cas de figure de l'arrêt TF 5A_223/2013 du 12 mars 2014 *in* SJ 2014 I p. 352. Sur l'exposition à des frais disproportionnés, voir *supra* § 153 ss.

⁴⁸⁶ Ces chemins ont été exclus de la définition de voie publique, voir *supra* § 103 ss.

⁴⁸⁷ La « mesure compatible avec le droit des autres » est déterminée par la force respective des quotes-parts (TF 5A_11/2015 du 13 mai 2015, consid. 2.4.2 ; CR CC II-PERRUCHOU, art. 648 CC n. 11 ; BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN, art. 648 CC n. 12). En cas de chemin en copropriété dépendante, les quotes-parts sont déterminées par l'acte créant le lien de dépendance, ou, à défaut, proportionnellement à la grandeur des immeubles principaux (CR CC II-STEINAUER, art. 655a CC n. 6 ; ATF 95 II 397 *in* JdT 1971 I 244, consid. 2) ; on en déduit que plus le bien-fonds est grand, plus ses propriétaires ont théoriquement droit à une utilisation accrue du chemin.

⁴⁸⁸ A titre d'exemple, on peut envisager le cas où la construction projetée d'un immeuble d'habitation aurait pour effet d'accroître considérablement le trafic sur le chemin et générer ainsi des nuisances et problèmes de circulation ; à notre avis, l'existence d'une utilisation excessive doit être admise restrictivement.

⁴⁸⁹ Pour un exemple d'action négatoire intentée par un copropriétaire pour qu'il soit fait interdiction à un autre copropriétaire d'accéder librement à une terrasse en copropriété, voir TF 5A_11/2015 du 13 mai 2015.

octroi du passage nécessaire sur l'immeuble détenu en copropriété, y compris en cas de copropriété dépendante⁴⁹⁰.

4) L'absence d'un droit de passage de nature contractuelle

A titre liminaire, il convient de rappeler qu'un droit de passage peut être octroyé par le biais d'un contrat, par lequel une partie s'engage à céder à l'autre le passage sur son immeuble, gratuitement ou à titre onéreux. Ce « **contrat de passage** » se rapproche tantôt du contrat de bail (s'il est conclu à titre onéreux), tantôt du contrat de prêt à usage (s'il est conclu gratuitement), sans toutefois en remplir tous les éléments constitutifs. En tant que tel, il doit dès lors être qualifié de contrat *sui generis*. 253

Lorsqu'un propriétaire foncier dispose d'un droit de passage octroyé **sous la forme d'un droit personnel**, il ne peut en principe pas prétendre à l'octroi d'un passage nécessaire sur la base de l'art. 694 CC. Cette position, soutenue par la doctrine majoritaire⁴⁹¹ et déjà succinctement énoncée dans un *obiter dictum* du Tribunal fédéral⁴⁹², a été confirmée et étayée dans l'**ATF 136 III 130** du 19 novembre 2009 avec la justification suivante : il serait « irréaliste » (« *wirklichkeitsfern* ») d'exiger que les droits d'accès soient toujours assurés par des droits réels, et à leur défaut, de présumer la nécessité d'un passage selon l'art. 694 CC. Certes, un droit contractuel est moins sûr qu'un droit réel et peut être supprimé plus facilement ; cela étant, une telle suppression constitue un changement de circonstances pouvant donner lieu à la naissance d'un droit au passage nécessaire⁴⁹³. 254

Cette approche pratique, qui va dans le sens d'une application restrictive de l'art. 694 CC, nous paraît à première vue **raisonnable**. A juste titre, il n'est ainsi pas déterminant que le passage soit juridiquement garanti aux futurs acquéreurs de l'immeuble (partiellement) enclavé pour décider de l'existence d'un état de nécessité – une telle garantie faisant du reste également défaut lorsque le passage fait l'objet d'une servitude personnelle. 255

Il est en revanche admis qu'une **autorisation à bien plaie** ne supprime pas l'état de nécessité dans lequel se trouve le propriétaire de l'immeuble privé 256

⁴⁹⁰ Sur la possibilité de grever un immeuble dépendant d'une servitude de passage nécessaire, voir *supra* § 80 s.

⁴⁹¹ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 20 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 6 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 982 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 388.

⁴⁹² TF 5C.40/2006 du 18 avril 2006 *in* RNRF 88/2007 p. 469 ss, consid. 3.1.

⁴⁹³ ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 5.3.

d'issue suffisante. En effet, selon la doctrine et la jurisprudence, lorsqu'un voisin autorise le passage sur son immeuble « à titre précaire » (« *prekaristisch* »), la possibilité d'intenter une action en octroi du passage nécessaire doit rester ouverte⁴⁹⁴.

257 L'autorisation à bien plaie se définit comme une tolérance à bien plaie, ne créant aucun droit subjectif, ne nécessitant aucune forme particulière, et révoquant en tout temps sans indemnité⁴⁹⁵. Se pose alors un **délicat problème de délimitation** entre l'autorisation précaire d'une part et le droit personnel d'autre part, ce d'autant que ce dernier n'est lui non plus soumis à aucune exigence de forme⁴⁹⁶. En pratique, la distinction est souvent livrée à la seule appréciation du juge : ainsi, dans l'ATF 136 III 130, l'accord écrit du propriétaire voisin (non partie à la procédure civile) donné dans le cadre d'une procédure d'autorisation de construire a été considéré comme équivalant à la concession d'un droit personnel de passage⁴⁹⁷ ; à l'inverse, ont été jugés précaires⁴⁹⁸ la tolérance bénévole d'un passage⁴⁹⁹, l'engagement formel pris en procédure d'autoriser exceptionnellement la circulation de véhicules de livraison⁵⁰⁰ ou encore l'autorisation de passage limitée à des trajets indispensables⁵⁰¹.

258 Plus fondamentalement, on peut se demander si la distinction entre tolérance précaire et droit personnel a réellement un sens, dès lors qu'un droit personnel peut également présenter un **caractère précaire**. En effet, le « contrat de

⁴⁹⁴ ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291, consid. 5.3 ; ATF 110 II 17, consid. 2.b ; ATF 107 II 323 in JdT 1982 I 469, consid. 4 ; ATF 84 II 614 in JdT 1959 I 194, consid. 3 ; CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 20 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 6 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 48 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2700 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 982 ; CARONI-RUDOLF, p. 69 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 388. *Contra* ROBICHON, p. 215, admettant qu'une simple tolérance puisse suffire selon les circonstances.

⁴⁹⁵ Voir l'ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291, consid. 5.3 : « [...] une autorisation simplement précaire, c'est-à-dire accordée à bien plaie et révoquant en tout temps sans indemnité [...] ». Voir également l'ATF 127 III 506 in JdT 2002 I 306, consid. 4.a), qui se réfère à une autorisation « constatée nulle part » (« *nirgends festgehalten und deshalb nur auf Zusehen* [hin] »). Voir également les définitions in : STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2538 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1202 ; GALLAND, Le contenu, p. 9 ; CARONI-RUDOLF, p. 69.

⁴⁹⁶ STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2539 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 388.

⁴⁹⁷ ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291, consid. 5.3.

⁴⁹⁸ Pour d'autres exemples où la question du caractère précaire d'une autorisation s'est posée : TF 5A_710/2013 consid. 4.3 (droit d'habitation) ; ATF 131 III 345 in JdT 2005 I 567, consid. 2.3.2 (droit de stationnement) ; ATF 127 III 506 in JdT 2002 I 306, consid. 4.a) (droit d'usage du toit) ; ATF 83 II 141, consid. 3.b (droit de passage).

⁴⁹⁹ ATF 84 II 614 in JdT 1959 I 194, consid. 3.

⁵⁰⁰ ATF 107 II 323 in JdT 1982 I 469, consid. 4.

⁵⁰¹ *Standeskommission* AI (non daté), rapport d'activité sur l'administration publique et la justice du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures 2006, p. 11 ss in DC 2007, p. 171 n. 376 (Jörg SCHMID).

passage » n'étant pas soumis à des règles impératives, la liberté contractuelle est de mise. **Les parties peuvent donc prévoir un droit de résiliation en tout temps ou une durée déterminée à leurs relations contractuelles.** En outre, à défaut d'accord sur la fin du contrat, nous sommes d'avis que l'art. 310 CO s'applique par analogie au délai de résiliation du droit de passage concédé à titre gratuit pour une durée indéterminée, avec pour conséquence que le propriétaire autorisant le passage sur son immeuble peut résilier le contrat de passage en tout temps sur simple manifestation de volonté⁵⁰².

Au-delà d'une distinction théorique, c'est en réalité des considérations pratiques qui doivent déterminer si l'état de nécessité perdure malgré l'existence d'un accord de passage. En effet, suivant les circonstances, une certaine garantie quant à la **durabilité du passage** peut s'avérer nécessaire à l'utilisation rationnelle de l'immeuble privé d'issue⁵⁰³ : l'on pense notamment aux situations où des installations conséquentes ou coûteuses sont requises afin de concrétiser l'issue sur la voie publique⁵⁰⁴. A notre sens, le droit au passage nécessaire de l'art. 694 CC peut alors être donné malgré l'existence d'un droit de passage garanti contractuellement. 259

Enfin, la sécurité du droit exige selon nous un **certain formalisme** lorsque l'existence d'un droit personnel est invoquée **en cours de procédure**, à titre d'argument pour faire obstacle à l'obtention de la servitude. Dans cette optique, nous proposons l'approche suivante, qui opère une distinction suivant le statut du voisin autorisant le passage sur son immeuble : 260

1° Si ce voisin est **le défendeur** à l'action judiciaire, il existe un risque qu'il prenne des engagements en cours de procédure sans véritable intention de les respecter, dans le seul but de faire échec à la prétention du demandeur. Or, si des voisins se retrouvent devant un juge pour une problématique de droit de passage, c'est manifestement parce que l'exercice de ce dernier pose problème. **Il serait alors choquant qu'un engagement personnel pris après le dépôt d'une action fondée sur l'art. 694 CC conduise au rejet de celle-ci.** A notre sens, le juge ne devra ainsi pas tenir compte dudit 261

⁵⁰² Sur l'extinction du prêt à usage, voir les arrêts TF 4A_39/2019 du 23 juillet 2019 *in* SJ 2020 I p. 1, consid. 4.2, TF 4A_330/2012 du 30 octobre 2012, consid. 2.2 et ATF 125 III 363, consid. 2.h). Voir également CR CO I-BOVET/RICHA, art. 310 CO n. 1 ; BSK OR I-MAURENBRECHER/SCHÄRER, art. 310 CO n. 2 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n. 2479.

S'agissant du droit de passage concédé à titre onéreux pour une durée indéterminée, nous suggérons en revanche d'appliquer l'art. 266b CO par analogie, soit un délai de résiliation de trois mois.

⁵⁰³ Dans ce sens : BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 48 ; BAUMGARTNER, p. 29.

⁵⁰⁴ Dans ce sens, voir l'ATF 110 II 17, consid. 2.b, qui réserve expressément le cas du passage concédé « avec des restrictions de temps ». Voir également CARONI-RUDOLF, p. 71.

engagement, à moins que le demandeur ne renonce à aller au bout de sa démarche judiciaire en constitution d'un droit réel et accepte de se contenter d'un droit personnel de passage. Il sera alors sage de consigner l'accord dans une transaction fixant l'assiette et la durée du droit de passage personnel consenti⁵⁰⁵.

- 262 2° Si le voisin est **un tiers** à la procédure judiciaire en constitution du passage nécessaire⁵⁰⁶, l'existence d'un droit de passage personnel faisant obstacle à l'octroi de la servitude peut être admise avec plus de souplesse, dans l'optique d'une application restrictive de l'art. 694 CC. A notre sens toutefois, la prudence exige à ce stade que le droit personnel de passage soit constaté par écrit ou par le témoignage du tiers-voisin autorisant le passage sur son immeuble ; à défaut, le demandeur risque en effet de se voir débouter de son action réelle sans bénéficier d'un droit personnel facilement exécutable⁵⁰⁷.

D. L'absence d'imputabilité ou de tolérance de l'état de nécessité

1) En général

- 263 Le texte légal de l'art. 694 CC ne conditionne pas l'octroi de la servitude de passage nécessaire à l'absence de « **faute** »⁵⁰⁸ du propriétaire demandeur. Dès l'adoption du Code civil, la doctrine s'est interrogée sur la nature de ce silence : s'agit-il d'un silence qualifié, excluant par là toute incidence d'un potentiel comportement répréhensible, ou au contraire d'une lacune qu'il revient à la jurisprudence de combler⁵⁰⁹ ?
- 264 S'inspirant de § 918 BGB⁵¹⁰, la doctrine majoritaire a longtemps défendu le principe selon lequel l'absence de faute du demandeur n'était pas une condition à l'octroi du passage nécessaire, exception faite d'un comportement

⁵⁰⁵ A noter que des mesures de contraintes indirectes en cas d'inexécution (art. 343 al. 1 let. a-c CPC) peuvent également être prévues dans la transaction.

⁵⁰⁶ Cas de figure de l'ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291.

⁵⁰⁷ Aussi pourrait-on plaider que l'existence d'un droit personnel de passage soit susceptible d'être constaté judiciairement par la voie de la procédure en cas clairs (art. 257 CPC).

⁵⁰⁸ Le terme « faute » (« *Verschulden* ») a été utilisé par les premiers auteurs de doctrine s'étant interrogés sur cette question, cf. BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 55 s. ; PITTET, p. 108 ; BOSSHART, p. 107 ; ROBICHON, p. 216.

⁵⁰⁹ Pour un état de la doctrine sur cette question en 1914, voir ROBICHON, p. 216.

⁵¹⁰ § 918 (1) BGB : « *Die Verpflichtung zur Duldung des Notwegs tritt nicht ein, wenn die bisherige Verbindung des Grundstücks mit dem öffentlichen Wege durch eine willkürliche Handlung des Eigentümers aufgehoben wird.* »

« arbitraire »⁵¹¹ – tel comportement pouvant dès lors constituer un abus de droit et mener au rejet de la prétention en octroi du passage nécessaire (art. 2 CC)⁵¹².

Dans son arrêt de principe ATF 134 III 49, confirmé par la jurisprudence⁵¹³ et la doctrine⁵¹⁴ subséquentes, le Tribunal fédéral a inversé ce paradigme en admettant qu'un propriétaire ne saurait réclamer de passage nécessaire « lorsqu'il a lui-même causé l'état de nécessité, qu'il l'a toléré ou s'en est accommodé, ou encore lorsqu'il a adopté un comportement contraire au principe de la bonne foi, par exemple en supprimant un passage existant pour en obtenir un plus commode »⁵¹⁵. Cette formulation, à première vue très large, est toutefois tempérée par l'exigence que l'état de nécessité ait été provoqué **de façon délibérée**⁵¹⁶. Ainsi, lorsqu'en aliénant un immeuble ou une partie de celui-ci, un propriétaire omet de se réserver une servitude de passage sur la parcelle aliénée et se retrouve privé d'issue suffisante sur la voie publique, il n'agit pas de façon délibérée et peut donc obtenir le passage sur la base de l'art. 694 al. 1 CC⁵¹⁷.

Ce faisant, le Tribunal fédéral a pris le parti d'appréhender le silence de la loi comme une **lacune**, qu'il a comblée en conditionnant l'octroi du passage nécessaire à un comportement de demandeur exempt de tout reproche – et non en réservant expressément les cas d'abus de droit. Une zone grise s'étend toutefois sur les cas d'**imprévoyance**; à notre sens, le terme « délibéré » employé par le Tribunal fédéral exclut cependant les cas de négligence, pour

⁵¹¹ BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 55 s.; ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 19; CARONI-RUDOLF, p. 130; PITTET, p. 108; BOSSHART, p. 107; BAUMGARTNER, p. 26 s.; ROBICHON, p. 215. *Contra* LIVER, Das Eigentum, p. 269, qui exclut également le recours au passage nécessaire lorsque le propriétaire a causé l'état de nécessité de manière irréfléchie (« *leichtfertig* »), l'a laissé se produire ou l'a accepté.

⁵¹² BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 56; CARONI-RUDOLF, p. 130.

⁵¹³ TF 5A_449/2014 du 2 octobre 2014, consid. 5.2.3; TF 5A_410/2008 du 9 septembre 2008, consid. 4.1; TC VS du 3 décembre 2015 *in* RVJ 2017 p. 164 ss, consid. 5.1.3.3; TC NE du 22 septembre 2015 *in* RJN 2016 p. 117 ss, consid. 3.

⁵¹⁴ BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 9; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2700; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 983a; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 392 s. Plus nuancé: CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 22.

⁵¹⁵ ATF 134 III 49, consid. 4.1.

⁵¹⁶ ATF 134 III 49, consid. 4.1; TF 5A_410/2008 du 9 septembre 2008, consid. 4.1; TC VS du 3 décembre 2015 *in* RVJ 2017 p. 164 ss, consid. 5.1.3.3; TC NE du 22 septembre 2015 *in* RJN 2016 p. 117 ss, consid. 3.

⁵¹⁷ ATF 134 III 49, consid. 4.1; TF 5A_410/2008 du 9 septembre 2008, consid. 4.1; TC VS du 3 décembre 2015 *in* RVJ 2017 p. 164 ss, consid. 5.1.3.3; TC NE du 22 septembre 2015 *in* RJN 2016 p. 117 ss, consid. 3.

ne sanctionner que les cas de manquements intentionnels du propriétaire demandeur⁵¹⁸.

2) *Casuistique*

267 Avec un regard parfois critique, nous examinerons ci-après quatre situations dont les tribunaux ont eu à traiter, en lien avec la question des manquements (tant actifs que passifs) reprochés au demandeur :

268 1° **Le propriétaire a lui-même supprimé un passage existant.** L'on pense notamment au propriétaire qui procède à une division de son fonds en vue d'un partage successoral ou d'une vente sans se réserver de servitude de passage, qui renonce à une servitude existante dont il est titulaire, ou encore qui supprime matériellement un chemin d'accès (par exemple, pour y ériger une construction).

269 D'une manière générale, le propriétaire qui crée une situation d'insuffisance alors qu'il a lui-même déterminé la délimitation ou la desserte de son immeuble, ne se trouve pas dans un état de nécessité lui permettant d'obtenir un droit de passage nécessaire. Ce droit a ainsi été refusé à un propriétaire ayant divisé son immeuble puis aliéné la parcelle nécessaire au passage, tout en la grevant d'une servitude de passage insuffisante⁵¹⁹. De même, le droit au passage nécessaire a été refusé à un propriétaire ayant lui-même négocié et signé les contrats de partage successoral et de servitude, et renoncé ce faisant à une issue suffisante sur la voie publique en toute connaissance de cause⁵²⁰. Dans ces deux exemples, c'est précisément la conscience des difficultés d'accès et leur **acceptation préalable** qui fondent le caractère délibéré de l'acte de suppression.

270 Précisons à toutes fins utiles que la suppression du passage ne constitue un manquement que pour autant que le passage supprimé ait lui-même été suffisant. N'est ainsi pas abusive la renonciation d'un propriétaire à une servitude de passage, insuffisante au regard de sa nature non

⁵¹⁸ Dans ce sens : SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 983a, qui admettent le droit au passage nécessaire lorsque l'enclavement a été causé par inadvertance (« *aus Unachtsamkeit* »). *Contra* BSK ZGB II-REV/STREBEL, art. 694 CC n. 9, qui excluent la prétention lorsque l'état de nécessité a été causé de manière irréfléchie.

⁵¹⁹ ATF 134 III 49, consid. 4.2 ; TF 5A_154/2018 du 31 août 2018.

⁵²⁰ TF 5A_449/2014 du 2 octobre 2014, consid. 5.2.3.

carrossable, et ne constituant pas une solution plus naturelle et moins dommageable que le passage demandé en justice⁵²¹.

- 2° **Le propriétaire s'est accommodé d'une issue insuffisante.** Selon le Tribunal fédéral, le propriétaire qui a toléré ou s'est accommodé d'un état de nécessité ne saurait ensuite réclamer le passage nécessaire de l'art. 694 CC⁵²². Cette affirmation est trop absolue : il convient ici de distinguer le propriétaire qui construit (dont il sera question *infra*⁵²³) du propriétaire qui achète un immeuble déjà construit. Dans ce dernier cas, on ne saurait objecter au propriétaire qu'il a créé par sa faute un besoin d'accès⁵²⁴. Cela conduirait à lui reprocher son acquisition : or, le comportement répréhensible ne saurait consister en l'achat d'un immeuble mal desservi, mais doit se limiter à la création de l'état d'enclavement. 271

L'admission d'une tolérance coupable reviendrait par ailleurs à imposer au propriétaire d'un immeuble privé d'accès un comportement actif, au risque d'être par la suite déchu de son droit. Or, il est tout à fait imaginable qu'un propriétaire se satisfasse pour un temps d'une issue insuffisante, par exemple, parce qu'un passage à pied lui suffit. On ne saurait dès lors lui reprocher une quelconque passivité le jour où, ayant acquis un véhicule, il sollicite une issue carrossable. 272

A notre avis, la seule réserve à l'invocation du droit au passage nécessaire relève de l'application de l'art. 2 al. 2 CC (lequel doit être admis restrictivement) aux situations dans lesquelles un propriétaire laisse sciemment se créer un état de nécessité. A titre d'exemple, pourrait être considéré comme abusif le comportement d'un propriétaire qui réclame un passage nécessaire nécessitant la destruction d'une installation érigée sur le fonds voisin, alors qu'il ne s'est pas opposé à dite construction et l'a laissée obstruer l'issue qu'il sollicite à présent⁵²⁵. 273

- 3° **Le propriétaire a refusé la création volontaire d'un passage.** Le propriétaire qui refuse la création volontaire d'un passage lui garantissant une issue suffisante sur la voie publique se met-il délibérément dans un état de nécessité ? Un récent arrêt neuchâtelois a répondu par l'affirmative à cette question. Dans cette affaire, la Cour cantonale a constaté qu'une 274

⁵²¹ TF 5C.312/2001 du 4 février 2002, consid. 6.b).

⁵²² ATF 134 III 49, consid. 4.1 ; TF 5A_410/2008 du 9 septembre 2008, consid. 4.1.

⁵²³ Voir *infra* § 276 ss.

⁵²⁴ TF 5C.312/2001 du 4 février 2002, consid. 6.b), repris dans l'ATF 134 III 49, consid. 4.2.

⁵²⁵ Pour un autre exemple, voir également *supra* § 249 *in fine*.

solution *a priori* raisonnable avait été proposée et refusée à deux reprises par le propriétaire invoquant l'insuffisance de son issue, sans que le dossier n'établisse les raisons dudit refus ; il fallait alors considérer le refus d'une solution conventionnelle comme constitutif d'un abus de droit, au vu notamment de la faible différence de tracé entre la servitude proposée à l'amiable et celle revendiquée en procédure⁵²⁶.

275 Cet arrêt relève à notre sens d'une malheureuse méprise : l'état de nécessité n'est ici en rien imputable au propriétaire demandeur. **Ce dernier doit rester libre d'accepter une solution transactionnelle, ou, à défaut, de faire valoir son droit devant les tribunaux.** Il serait choquant que l'action judiciaire échoue à chaque fois que le défendeur propose une solution à première vue raisonnable, mais néanmoins refusée par le demandeur. C'est au contraire précisément dans une telle situation – soit lorsqu'un accord n'est pas possible – que le justiciable a droit à une décision judiciaire.

276 4° **Le propriétaire n'a pas adapté ses projets de construction à la topographie des lieux.** Nous avons vu *supra* que l'autorisation de construire entrée en force constitue le point de départ de l'appréciation du juge civil, solution que nous avons approuvée avec quelques réserves⁵²⁷. Les constructions récentes érigées conformément à un permis de construire sont donc supposées être au bénéfice d'une issue suffisante. A l'inverse, nous avons vu que le juge civil refuse de prendre en compte les critères de droit public en matière d'accès. Dans notre critique, nous avons soutenu que la décision refusant l'autorisation de construire devrait elle aussi être considérée comme point de départ de l'appréciation du juge civil, avec l'importante réserve que le propriétaire se trouve dans une situation d'état de nécessité. C'est dans ce contexte que l'examen de l'adéquation de ses projets de construction à l'état des lieux existant prend tout son sens⁵²⁸.

277 Il est en effet admis que le propriétaire foncier qui construit sur son immeuble **doit adapter ses projets de construction aux conditions topographiques existantes**⁵²⁹. S'il y renonce en connaissance de cause et ne choisit pas pour ses bâtiments les solutions que l'on pourrait

⁵²⁶ TC NE du 22 septembre 2015 *in* RJN 2016 p. 117 ss, consid. 3.

⁵²⁷ Voir *supra* § 197 s.

⁵²⁸ Voir *supra* § 200 ss.

⁵²⁹ ATF 85 II 392, *in* JdT 1960 I 162, consid. 1.b ; ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 5.4.3 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 983a ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 392.

raisonnablement exiger de lui et qui pourraient être réalisées sans porter atteinte au droit de propriété de son voisin, il n'a pas droit au passage nécessaire⁵³⁰. Cette jurisprudence nous amène à formuler deux remarques :

La première remarque a trait au degré de connaissance du propriétaire au moment de construire : c'est en effet le refus d'adapter les plans de construction « en connaissance de cause » qui fonde le caractère délibéré de l'acte. En effet, selon le Tribunal fédéral : « il n'est pas admissible de s'accommoder tout d'abord, dans l'intérêt d'une utilisation optimale de son propre immeuble, d'un accès certes conforme à la loi et partant pouvant être autorisé, mais pas optimal, pour l'améliorer ensuite à la charge du voisin par un passage nécessaire »⁵³¹. Dans la mesure cependant où le juge civil se refuse actuellement à prendre en compte les critères de droit public pour apprécier le caractère suffisant d'une issue, le propriétaire qui désire construire tout en n'étant pas entièrement satisfait de son issue se retrouve dans une situation peu confortable ; devant le flou juridique, il peut paraître sévère de lui reprocher de n'avoir pas sollicité le passage nécessaire au préalable. 278

La seconde remarque tend à préciser ce qu'il faut entendre par « les solutions que l'on pourrait raisonnablement exiger [du propriétaire] ». La question à résoudre est la suivante : quelles restrictions est-on en droit d'exiger du propriétaire qui construit ? A notre sens, le critère fondamental est celui de l'**exploitation rationnelle de l'immeuble constructible**⁵³². L'on pourra ainsi facilement reprocher à un propriétaire d'avoir mal choisi l'implantation⁵³³ ou le nombre des accès, bâtiments, et habitations construits sur son immeuble ; en revanche, il sera plus difficile de lui reprocher de vouloir utiliser ses droits à bâtir⁵³⁴, *a fortiori* de vouloir bâtir tout court. C'est là l'idée qui ressort d'un ancien considérant du Tribunal fédéral, ayant gardé toute sa pertinence et dont la teneur est la suivante : « [l']intimé est fondé à obtenir un passage nécessaire parce qu'il avait le droit de bâtir sur son fonds. Les recourants renversent les choses en 279

⁵³⁰ ATF 85 II 392, in JdT 1960 I 162, consid. 1.b) ; ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291, consid. 5.4.3 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 983a ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 392.

⁵³¹ ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291, consid. 5.5.

⁵³² Voir *supra* § 192.

⁵³³ C'est le cas de l'ATF 85 II 392, in JdT 1960 I 162, consid. 1.b), où le Tribunal fédéral a estimé que l'obligation d'adapter ses projets de construction à la topographie de son terrain imposait au propriétaire d'un terrain en pente de renoncer à la construction d'une maison sur la partie supérieure de sa parcelle. Voir également l'ATF 136 III 130, in JdT 2010 I 291, consid. 5.4, où il est question d'un autre aménagement possible pour le garage et/ou l'entrée à l'une des habitations.

⁵³⁴ Sur cette notion, voir *supra* nbp. 394.

affirmant que l'intimé n'aurait pas dû bâtir puisqu'il ne disposait pas d'une dévestiture suffisante »⁵³⁵.

280 Illustrons cela par l'**exemple** d'un grand terrain en zone résidentielle principalement destinée aux villas, au bénéfice d'un potentiel constructible de 1000 m² de droits à bâtir. Il n'est à notre avis pas raisonnable d'exiger de son propriétaire qu'il se limite à construire une seule villa sur sa parcelle⁵³⁶. A l'inverse, la construction d'un habitat groupé de douze appartements, si elle peut être optimale d'un point de vue économique, outrepasserait vraisemblablement le caractère rationnel de l'utilisation de l'immeuble – notamment au vu de l'augmentation des passages, cas échéant des places de stationnement à prévoir. Au gré d'une appréciation globale de la situation, l'exploitation rationnelle d'un tel terrain se trouvera vraisemblablement entre ces deux extrêmes (par exemple : entre quatre et huit habitations).

281 En définitive, l'état de nécessité est imputable au propriétaire qui ne met délibérément pas sur pied un **projet de construction autorisable et rationnel compte tenu du potentiel constructible de son immeuble** – projet qui n'impliquerait pas l'octroi ou l'élargissement d'un passage à charge de son voisin. S'agissant là *in fine* d'une question soumise à l'appréciation du juge saisi d'un litige sur l'octroi d'un droit de passage nécessaire, le recours à une pesée des intérêts des propriétaires concernés peut à notre sens s'avérer opportune⁵³⁷.

§ III. Une pesée des intérêts ?

282 Une dernière question se pose au stade de l'analyse des conditions de la créance légale en constitution du passage nécessaire : celle de l'opportunité d'une pesée des intérêts respectifs des parties aux fins de déterminer l'existence du droit au passage nécessaire. En d'autres termes, faut-il mettre en balance la charge représentée par la servitude pour l'une et l'avantage résultant de sa constitution pour l'autre ? La pesée des intérêts est appréhendée ici dans le cadre de l'**analyse des conditions à la naissance du**

⁵³⁵ ATF 93 II 167 *in* JdT 1968 I 392, consid. 3.

⁵³⁶ A ce sujet, voir l'arrêt TF 5A_340/2013 du 27 août 2013 relatif à la libération judiciaire d'une servitude de non-bâtir, où le Tribunal fédéral a jugé que la possibilité d'édifier une seule villa – malgré un potentiel constructible bien supérieur au regard du droit public – n'avait pas pour conséquence d'empêcher une utilisation rationnelle du fonds servant (consid. 5.3.2 et 5.4). Cette jurisprudence n'est à notre sens pas transposable à la constitution d'un droit de passage nécessaire.

⁵³⁷ Voir *infra* § 291 ss.

droit au passage nécessaire (et non, comme il en sera question *infra*, en tant que critère pour déterminer le fonds servant ou l'assiette de la servitude à constituer⁵³⁸).

Le Tribunal fédéral s'est clairement positionné contre une pesée des intérêts en présence pour fonder le droit au passage nécessaire. Selon sa jurisprudence, les inconvénients que l'octroi ou le refus du passage entraînent pour l'un ou l'autre des propriétaires n'entrent en considération que pour dire, si le passage nécessaire est accordé, où et comment il doit être exercé (art. 694 al. 2 et 3 CC)⁵³⁹. A notre connaissance, seul un arrêt du Tribunal fédéral datant de 2005 s'est osé à une pondération des intérêts pour trancher en faveur du demandeur⁵⁴⁰ ; cet arrêt – non publié – n'a cependant pas abouti à un changement de jurisprudence et est resté sans suite. 283

En l'état, l'approche préconisée consiste donc à regarder la situation de l'immeuble du propriétaire invoquant l'insuffisance de son issue, et cette situation seulement. Selon la formule employée par le Tribunal fédéral : « [i]l importe peu à cet égard que l'intérêt du propriétaire à obtenir le passage soit plus grand que celui du voisin à le refuser »⁵⁴¹. Un tel argument avancé en procédure est « sans pertinence »⁵⁴². 284

Cette approche restrictive étonne à plus d'un titre. D'abord, parce qu'elle va à l'encontre de la majorité des auteurs de doctrine s'étant prononcée sur cette question⁵⁴³. Ensuite et surtout, parce qu'elle **heurte la raison d'être** des restrictions légales issues du droit de voisinage, dont l'objectif est précisément de tenir compte des intérêts réciproques des propriétaires voisins : à la restriction à la propriété de l'un équivaut une extension du droit de propriété 285

⁵³⁸ Voir *infra* § 294 ss.

⁵³⁹ TF 5A_223/2013 du 12 mars 2014 *in* SJ 2014 I p. 352, consid. 3.2 ; ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 5.5 ; TF 5P.56/2006 du 18 avril 2006, consid. 5.2 ; ATF 80 II 311, consid. 3. Pour un arrêt cantonal reprenant cette jurisprudence, voir ACJC/1790/2015 (GE) du 26 juin 2015, consid. 4.3.

⁵⁴⁰ Voir TF 5C.91/2005 du 11 octobre 2005, consid. 2, résumé *in* MOOSER, Des servitudes, p. 420 ss, p. 425. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a constaté que l'atteinte pour le défendeur était minime (soit une faible augmentation de la fréquence d'utilisation d'un chemin déjà existant), ce dernier n'étant pas empêché dans l'exploitation de son fonds, alors que les intérêts du demandeur étaient sensiblement supérieurs.

⁵⁴¹ TF 5P.56/2006 du 18 avril 2006, consid. 5.2.

⁵⁴² TF 5A_223/2013 du 12 mars 2014 *in* SJ 2014 I p. 352, consid. 3.2.

⁵⁴³ CHK-GÖKSU, art. 694 CC n. 7 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 11 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 58 ; SUTTER-SOMM, n. 840 nbp. 2462 ; CARONI-RUDOLF, p. 97 ss ; SCHMID-TSCHIRREN, Aktuelle Tendenzen, p. 7. A noter que plusieurs de ces auteurs déduisent l'exigence d'une pesée des intérêts de l'art. 694 al. 3 CC (à tort selon nous, voir *infra* § 315). *Contra* : STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2701.

de l'autre⁵⁴⁴. Les autres servitudes légales du Code civil admettent par ailleurs toutes le principe d'une pesée des intérêts⁵⁴⁵.

286 Inhérente au droit de voisinage dont fait partie l'art. 694 CC, rien ne justifie dès lors de refuser catégoriquement une mise en balance des intérêts en présence. Au contraire, la pesée des intérêts peut s'avérer particulièrement utile dans deux cas de figure :

287 1° Le premier cas de figure est celui où il existe un **doute sur le caractère suffisant ou non d'une issue qui est techniquement et juridiquement possible, mais à des conditions contraignantes** : long détour, aménagements internes conséquents (par exemple, réalisation d'un ascenseur), coûts d'aménagement élevés, etc.⁵⁴⁶.

288 Dans ces situations, l'octroi d'un droit de passage dépend largement du pouvoir d'appréciation du juge. Il ne paraît alors pas déraisonnable de **comparer les inconvénients** engendrés par la réalisation d'une issue sur le fonds du propriétaire demandeur d'une part à ceux causés par la constitution d'une servitude de passage sur l'immeuble du propriétaire voisin d'autre part. Il n'y a aucune raison de mettre des œillères au juge et d'exiger de lui qu'il tranche sans une vision globale de la situation d'espèce. Ainsi, à notre sens, plus l'atteinte à l'exploitation du fonds voisin est faible (par exemple : passage sur un chemin préexistant, création d'un chemin d'une emprise minime en terme de m² ou en bordure de parcelle), plus le caractère insuffisant de l'issue peut être interprété avec souplesse⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2601 ; SOMMER, p. 15 ss. Pour plus de développements, voir *supra* § 10 ss.

⁵⁴⁵ Voir l'ATF 136 III 269, consid. 5.1 (conduite nécessaire) : « Pour juger si les coûts sont excessifs, il ne suffit pas d'examiner la valeur de la conduite. Il faut comparer la charge qu'entraînera la constitution de la servitude pour le propriétaire contraint de permettre le passage de la conduite sur son fonds et le bénéfice que le propriétaire voisin en tirera. Le juge doit par conséquent procéder à une pesée des intérêts des parties en présence pour décider si le propriétaire doit tolérer le passage des conduites sur son fonds ou s'il paraît plus équitable d'imposer une autre solution au propriétaire qui requiert l'établissement de la conduite ». Voir également : CR CC II-MARCHAND, art. 674 CC n. 26 ; CR CC II-PIOTET, art. 691-693 CC n. 13 ; CR CC II-PIOTET, art. 710 CC n. 11.

⁵⁴⁶ Voir la casuistique *supra* § 136 ss.

⁵⁴⁷ Pour des exemples jurisprudentiels où les tribunaux ont refusé d'entrer en matière sur une pesée des intérêts, bien que celle-ci eût pu conduire au résultat inverse : TF 5P.56/2006 du 18 avril 2006, où l'immeuble des défendeurs était composé d'écuries, d'une place de jardin et de prés-champs utilisés comme pension pour chevaux et où personne n'habitait ; ACJC/1790/2015 (GE) du 26 juin 2015, où la création d'un passage sur un autre immeuble appartenant aux demandeurs impliquait l'aménagement d'un chemin sur plus de 100 mètres et l'abattage de nombreux arbres *versus*

Peut-on **quantifier la disproportion** des inconvénients dont il est ici question⁵⁴⁸ ? Cela impliquerait de calculer deux moins-values : celle représentée par la réalisation de l'issue difficilement réalisable sur l'immeuble du propriétaire demandeur d'une part, et celle représentée par la constitution d'un droit de passage sur l'immeuble du propriétaire défendeur d'autre part. Si cette approche mathématique peut servir d'indice, il convient toutefois à notre sens de raisonner plus largement en terme de sacrifices. Dans tous les cas, la disproportion doit être **manifeste** pour influencer sur l'appréciation du juge. 289

Le juriste averti ne se fera pas piéger par le raccourci selon lequel le droit au passage nécessaire est acquis si les avantages pour le fonds dominant sont supérieurs aux inconvénients pour le fonds servant. La pesée des intérêts ne signifie pas cela⁵⁴⁹ ; **elle implique uniquement qu'en cas de marge d'appréciation sur une notion juridique indéterminée** (ici, la notion d'issue insuffisante), **la pondération des intérêts en présence peut faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre**. 290

2° Le second cas de figure est celui où **les inconvénients** engendrés par la constitution de la servitude sur le fonds servant **sont supérieurs aux avantages** retirés par le fonds dominant. La doctrine reconnaît alors unanimement qu'il convient de **renoncer à l'octroi du droit de passage**, quand bien même l'issue sur la voie publique est manifestement insuffisante⁵⁵⁰. Il en va de même en cas de doutes dans la mise en balance des intérêts⁵⁵¹. Nous appuyons sans réserve ces affirmations, qui sont en adéquation avec le principe de la liberté de la propriété. 291

S'agissant des **projets de construction** d'un propriétaire, cela nous permet enfin d'apporter une importance nuance. Nous avons en effet défendu 292

l'utilisation, moyennant une prolongation de 22 mètres, d'un chemin déjà existant sur l'immeuble des défendeurs.

⁵⁴⁸ Pour une proposition en ce sens, voir ROBICHON, p. 211, qui indique : « [d]'une façon générale, nous pouvons poser le principe qu'une installation peut, suivant les circonstances, être qualifiée de coûteuse du moment où les frais qu'elle comporte dépassent le montant de l'indemnité qu'entraînerait le passage nécessaire et, qu'en tout cas, elle est irréalisable dans l'hypothèse où elle engloiterait annuellement les bénéfices de l'exploitation du fonds enclavé. C'est entre ces deux limites extrêmes que s'échelonnent tous les cas pratiques soumis à la libre appréciation du juge ».

⁵⁴⁹ Dans ce sens : BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 11 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 58 ; CARONI-RUDOLF, p. 65.

⁵⁵⁰ BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 11 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 57 ; LIVER, Das Eigentum, p. 270 ; CARONI-RUDOLF, p. 99 s. ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 397 ; SCHMID-TSCHIRREN, Aktuelle Tendenzen, p. 7.

⁵⁵¹ BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 11 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 59 ; SUTTER-SOMM, n. 840 nbp. 2462 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 396.

supra que l'obligation du propriétaire d'adapter ses projets de construction à l'issue existante n'impliquait pas un renoncement à l'exploitation rationnelle de son immeuble, et notamment à l'utilisation des droits à bâtir y afférents⁵⁵². On pourrait alors objecter l'apparente facilité à obtenir un droit de passage nécessaire. Or, l'exigence d'une pesée des intérêts vient justement tempérer cela. Il convient alors d'examiner si les inconvénients causés par la charge des servitudes sollicitées sur les fonds servants sont plus grands (quantitativement ou qualitativement) que les avantages retirés par les fonds dominants. Ainsi par exemple, le propriétaire d'un immeuble situé au bout d'un petit chemin privé, désirant construire plusieurs habitations sur son terrain, n'aura vraisemblablement pas droit au passage nécessaire si celui-ci implique un élargissement du chemin d'accès par la création d'une quinzaine servitudes à charge de tous les immeubles contigus audit chemin – ce quand bien même le propriétaire se verrait alors privé de la possibilité de densifier son immeuble⁵⁵³. De même, la constitution d'une servitude à charge d'un petit immeuble qui perdrait alors tout potentiel constructible sera difficilement acceptable.

293 Enfin, s'il existe un **doute sur le caractère rationnel ou non d'un projet de construction** (question intrinsèquement liée à l'examen de l'imputabilité de l'état de nécessité⁵⁵⁴), la pesée des intérêts peut là encore aider à trancher dans un sens ou dans l'autre, dans la mesure où cette question relève du pouvoir d'appréciation du juge. Aussi, plus l'atteinte à l'exploitation du fonds voisin est faible, plus le caractère rationnel d'un projet de construction peut être interprété avec souplesse⁵⁵⁵.

⁵⁵² Voir *supra* § 192 et 279 s. Sur la notion de droits à bâtir, voir *supra* nbp. 394.

⁵⁵³ La situation pourrait être appréciée différemment si le chemin privé ne dessert que cinq immeubles (critère quantitatif).

⁵⁵⁴ Voir *supra* § 279 ss.

⁵⁵⁵ Il s'agit là du même raisonnement que celui développé *supra* § 287 ss.

Chapitre 4 : La détermination du fonds servant et de l'assiette de la servitude

Ce quatrième chapitre aura pour objet les alinéas 2 et 3 de l'art. 694 CC, qui fixent les critères pour déterminer le fonds à grever de la servitude de passage (§ I.) et l'assiette de celle-ci (§ II). 294

§ I. La détermination du fonds servant

A. L'ordre de priorité : principe et tempéraments

A teneur de l'art. 694 al. 2 CC, le droit au passage nécessaire s'exerce en premier lieu contre le voisin à qui le passage peut être le plus naturellement réclamé en raison de l'état antérieur des propriétés et des voies d'accès, et, au besoin, contre celui sur le fonds duquel le passage est le moins dommageable. La loi énonce ainsi un **ordre de priorité**. 295

Trois remarques liminaires s'imposent : premièrement, l'ordre de priorité n'a de sens que lorsqu'il a préalablement été établi que le propriétaire demandeur n'a pas d'issue suffisante sur la voie publique et que plusieurs immeubles voisins offrent des possibilités de passage⁵⁵⁶ ; deuxièmement, les diverses issues envisagées doivent être réalisables d'un point de vue technique et juridique, et permettre ainsi la création d'une issue suffisante sur la voie publique *in concreto*⁵⁵⁷ ; troisièmement, l'intérêt du propriétaire du fonds dominant n'est à ce stade d'aucune relevance, le choix du fonds servant s'effectuant indépendamment de la préférence de celui-là⁵⁵⁸. 296

L'ordre de priorité fixé dans le texte légal connaît en outre **deux tempéraments**, qui peuvent conduire à une inversion de l'ordre établi par l'art. 694 al. 2 CC : 297

⁵⁵⁶ TF 5C.246/2004 du 2 mars 2005, consid. 2.2 ; STEINAUER, Droit réels, tome II, n. 2703.

⁵⁵⁷ Voir TF 5A_714/2012 du 29 mai 2013, consid. 4.3.2 : « Non seulement les juges cantonaux se réfèrent ainsi à une variante qui n'a pas été examinée par l'expert [...] et qui nécessiterait, de l'avis de celui-ci, des investigations supplémentaires, mais ils partent également du principe que la municipalité accorderait nécessairement des exceptions dans le cas d'espèce, situation qui n'est toutefois nullement garantie dès lors qu'au regard de la législation produite, l'octroi de telles dérogations dépend du pouvoir d'appréciation de la commune ».

⁵⁵⁸ Les intérêts du propriétaire demandeur sont pris en compte *de lege lata* au stade de la fixation de l'assiette du passage (voir *infra* § 314 ss), et devraient selon nous *de lege ferenda* être considérés en amont dans certaines situations particulières (voir *supra* § 282 ss).

- 298 1° D'une part, la référence à l'état antérieur des propriétés et des voies d'accès ne devrait pas permettre de remonter indéfiniment dans le temps. Le but du critère d'antériorité consiste à privilégier les issues les plus « **naturelles** »⁵⁵⁹ : or, **l'écoulement du temps** peut conduire à ce que les issues antérieures soit déraisonnables par rapport à d'autres issues devenues entre temps plus logiques compte tenu de l'état de lieux. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si c'était arbitrairement qu'une juridiction cantonale avait considéré que le critère d'antériorité n'était plus décisif passé une génération, voire après plus de cinquante ans⁵⁶⁰. Si la fixation d'une durée abstraite maximale n'est probablement pas souhaitable, il nous semble justifié de ne pas appliquer le critère d'antériorité avec trop de zèle passé un certain temps. On peut ainsi partir du principe que **plus l'issue antérieure est ancienne et difficile à mettre en œuvre, moins elle se justifie**.
- 299 2° D'autre part, la **pesée des intérêts** entre les propriétaires des potentiels fonds servants peut à notre avis exceptionnellement aboutir à la primauté du critère du dommage sur celui de l'antériorité des voies d'accès ; ainsi, en cas de **disproportion manifeste** entre les inconvénients encourus par les potentiels grevés, l'ordre de priorité peut s'inverser⁵⁶¹. L'on pensera tout particulièrement à la situation où la constitution de la servitude nécessaire n'entraîne quasiment aucune perte de valeur pour le fonds servant⁵⁶², par exemple parce que celui-ci est déjà grevé d'une servitude de passage en faveur d'un autre propriétaire⁵⁶³. La tolérance d'un passage supplémentaire sur un chemin d'ores et déjà existant peut alors être préférée à la constitution d'un nouveau passage sur un immeuble que l'état antérieur des lieux désignerait.

⁵⁵⁹ Voir également les versions allemandes et italiennes où l'expression « le plus naturellement » est traduite par les termes « *am ehesten* » et « *più ragionevolmente* ».

⁵⁶⁰ TF 5A_777/2017 du 29 janvier 2018, consid. 4.5.

⁵⁶¹ Pour un cas d'application, voir TF 5A_777/2017 du 29 janvier 2018, consid. 5. Plaident également en faveur de certaines dérogations à l'ordre de priorité établi par la loi : BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 34 ; LIVER, *Das Eigentum*, p. 271 ; CARONI-RUDOLF, p. 98 s. et PRADERVAND-KERNEN, *Obtention d'un accès suffisant*, p. 394 nbp. 87.

⁵⁶² Voir PRADERVAND-KERNEN, *La valeur des servitudes foncières*, n. 1132, pour qui un fonds servant ne perd pas de valeur du fait de la constitution d'une servitude s'il est déjà grevé d'une servitude de même nature.

⁵⁶³ Cas de l'arrêt TF 5A_777/2017 du 29 janvier 2018. A l'inverse, dans l'arrêt TF 5C.246/2004 du 2 mars 2005, le Tribunal fédéral a refusé de constituer le passage nécessaire sur un chemin goudronné préexistant, au motif que la création d'un chemin carrossable sur l'assiette élargie de la servitude existante était possible sans gêne disproportionnée pour les propriétaires du fonds servant.

Enfin, **au stade de la procédure judiciaire**, l'action en octroi du passage nécessaire sera rejetée s'il s'avère que le passage est dû sur un immeuble appartenant à un propriétaire non partie au procès (ce que ne manquera pas d'alléguer le défendeur cas échéant). Le demandeur peut ainsi avoir un intérêt à actionner conjointement les propriétaires des potentiels fonds servant, dans l'optique d'un règlement simultané et non contradictoire des rapports de voisinage⁵⁶⁴. 300

B. Le critère d'antériorité

A teneur de l'art. 694 al. 2 CC, le **premier critère** pour déterminer le fonds à grever de la servitude de passage est celui de l'état antérieur des propriétés et des voies d'accès (sous réserve d'une remontée illimitée dans le temps⁵⁶⁵). 301

L'interprétation historique de la norme démontre que le critère d'antériorité a été pensé en raison des divisions parcellaires (issues pour la plupart de partages successoraux) ou des déplacements de voies publiques pouvant causer une situation d'enclavement⁵⁶⁶. Cela signifie que l'état de nécessité doit **résulter** d'une modification de l'état des propriétés ou des voies d'accès pour que le critère d'antériorité trouve application⁵⁶⁷. 302

1° S'agissant en premier lieu de l'**état antérieur des propriétés**, le passage nécessaire sera accordé sur la parcelle qui résulte de la division d'un fonds ou d'une aliénation du propriétaire de la parcelle privée d'issue suffisante, et qui permet l'accès à la voie publique⁵⁶⁸. 303

2° S'agissant en second lieu de l'**état antérieur des voies d'accès**, le rédacteur du code donne l'exemple du déplacement d'une route, et préconise dans ce cas le passage sur le fonds du propriétaire ayant bénéficié du déplacement de la route⁵⁶⁹. En réalité, il convient surtout de déterminer sur 304

⁵⁶⁴ Pour plus de développements, voir *infra* § 539 ss.

⁵⁶⁵ Voir *supra* § 298.

⁵⁶⁶ HUBER, p. 101 ; Protokolle Expertenkommission, séance du 7 novembre 1902 *in* FASEL, Sachenrechtliche Materialien, p. 517 (voir ici notamment la proportion de formulation alternative de l'art. 694 (alors art. 690) al. 2 CC proposée par M. Gampert : « [d]ans la règle le passage doit être pris sur le fonds où il cause le moins de dommage. Si l'enclave résulte de la division d'un fonds, le droit de passage doit être pris, si faire se peut, sur les terrains qui faisaient partie du fonds primitif »).

⁵⁶⁷ TF 5C.246/2004 du 2 mars 2005, consid. 2.2.2 ; MEIER-HAYOZ n. 30.

⁵⁶⁸ TF 5A_777/2017 du 29 janvier 2018, consid. 4.4.1 ; TF 5A_714/2012 du 29 mai 2013, consid. 4.2.1.1 ; TF 5C.246/2004 du 2 mars 2005, consid. 2.2.1.

⁵⁶⁹ HUBER, p. 101 ; STEINAUER, 2704 ; BOSSHART, p. 108. S'agissant toutefois du cas particulier du déplacement d'une route, voir *supra* § 116 ss.

quel immeuble s'exerçait préalablement le passage. Une interprétation historique exclut toutefois que l'on interprète trop largement le critère d'antériorité des voies d'accès⁵⁷⁰. Aussi, à teneur de la jurisprudence, seuls les droits de passage sont pris en compte, et non les autorisations de passer accordées à bien plaie⁵⁷¹ : une utilisation de fait ou une simple tolérance ne fondent donc pas un état antérieur des voies d'accès au sens de l'art. 694 al. 2 CC.

305 Qu'en est-il des droits de passage accordés sur une **base contractuelle** ? Dans un *obiter dictum*, le Tribunal fédéral a admis qu'un droit de passage de nature personnelle pouvait constituer une voie d'accès antérieure⁵⁷². Cette interprétation extensive mène selon nous à un **résultat inéquitable** : en effet, le propriétaire qui, pour rendre service à son voisin, lui accorde un droit de passage de nature personnelle, doit pouvoir le résilier sans craindre des conséquences de nature réelle. En outre, il serait choquant qu'un propriétaire puisse se voir imputer d'anciens droits personnels accordés par le précédent propriétaire de son immeuble.

306 *A fortiori*, le critère d'antériorité des voies d'accès vise également les **voies d'accès existantes**, mais insuffisantes au regard des besoins actuels de l'immeuble au bénéfice du passage⁵⁷³. L'on pense ici à une servitude de passage trop étroite ou non carrossable, pour autant que son aménagement en une issue suffisante soit réalisable. La constitution de la servitude de passage nécessaire par un élargissement de l'assiette de la servitude existante est alors à privilégier.

307 A notre avis, il ne se justifie enfin pas d'établir une gradation à l'intérieur du critère d'antériorité (par exemple : l'antériorité de l'état de propriété prime sur l'antériorité des voies d'accès ; du passage le plus récent au plus ancien, etc.). Si l'état antérieur désigne plusieurs immeubles, l'équité exige que l'on détermine le fonds servant selon le critère subsidiaire du moindre dommage.

⁵⁷⁰ Pour une interprétation historique, voir ATF 43 II 288, consid. 2.

⁵⁷¹ TF 5A_777/2017 du 29 janvier 2018, consid. 4.4.1 ; TF 5A_714/2012 du 29 mai 2013, consid. 4.2.1.1 ; TF 5C.246/2004 du 2 mars 2005, consid. 2.2.1 ; TF 5C.312/2001 du 4 février 2002, consid. 4.a) ; ATF 43 II 288, consid. 2 ; CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 31 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 31 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, 2704 ; CARONI-RUDOLF, p. 96 ; PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 394.

⁵⁷² ATF 136 III 130 in JdT 2010 I 291, consid. 5.3 : « Si ce droit [personnel] était un jour dénoncé ou s'il prenait fin d'une autre manière, la prétention à l'octroi d'un passage nécessaire s'exercerait de nouveau en premier lieu contre le propriétaire de la parcelle n° 6798, d'autant que c'est à lui que le passage peut être le plus naturellement réclamé en raison de l'état antérieur des propriétés et des voies d'accès (cf. art. 694 al. 2 CC) ».

⁵⁷³ TF 5A_777/2017 du 29 janvier 2018, consid. 4.4.1 ; TF 5C.246/2004 du 2 mars 2005, consid. 2.3 ; CARONI-RUDOLF, p. 95 s.

C. Le critère du moindre dommage

A teneur de l'art. 694 al. 2 CC, le **second critère** pour déterminer le fonds à grever de la servitude de passage est celui du passage « le moins dommageable ».

Ce critère est **subsidaire**⁵⁷⁴ : il n'entre en considération que lorsque l'immeuble servant ne peut pas être déterminé sur la base du critère d'antériorité ou, à l'inverse, lorsque le critère d'antériorité désigne plusieurs fonds servants potentiels⁵⁷⁵. Exceptionnellement, le critère du dommage peut également trouver application si le fonds désigné par l'état antérieur des propriétés et des voies d'accès est manifestement inadéquat⁵⁷⁶.

Le choix du passage « le moins dommageable » implique *ipso iure* une **comparaison** entre les situations des potentiels futurs grevés – à l'exclusion de la prise en compte de la situation de l'ayant droit à la servitude⁵⁷⁷. La doctrine est peu loquace sur les critères d'évaluation du « dommage » dont il est ici question ; elle se limite à indiquer que si le chemin le plus court est en principe le moins dommageable, seul un examen des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce permet de s'en assurer⁵⁷⁸.

Pour calculer ledit « dommage », l'on pourrait être tenté de **comparer les dépréciations** causées par l'impact global de la servitude pour chaque potentiel immeuble servant, ce qui reviendrait à anticiper le calcul de l'indemnité à verser en contrepartie de la constitution du droit de passage⁵⁷⁹, et ce pour deux ou plusieurs immeubles. Un tel calcul, s'il permet une objectivisation de la comparaison, présente toutefois le désavantage d'une instruction complexe et oblige en outre à fixer au préalable l'assiette prévisible de la servitude à constituer.

Cette comparaison absolue, basée sur un argument purement « mathématique », ne nous paraît pas opportune. Selon nous, la servitude ne

⁵⁷⁴ Cette subsidiarité s'exprime par la locution « au besoin » de l'art. 694 al. 2 CC, traduite plus explicitement dans les versions allemandes et italiennes par les termes « *im weitern* » et « *in secondo luogo* ».

⁵⁷⁵ Par exemple, si l'enclavement est dû à la fois à une parcellisation et à l'extinction d'une servitude ou si deux servitudes (insuffisantes) sont préexistantes et qu'il convient d'en élargir une (cas de l'arrêt TF 5C.312/2001 du 4 février 2002).

⁵⁷⁶ Voir *supra* § 297 ss.

⁵⁷⁷ Nous excluons donc ici de rattacher cette pesée des intérêts à l'injonction figurant à l'art. 694 al. 3 CC, voir *infra* § 315.

⁵⁷⁸ HUBER, p. 101 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 32 ; CARONI-RUDOLF, p. 97.

⁵⁷⁹ Sur le calcul de l'indemnité, voir *infra* § 330 ss.

doit pas grever l'immeuble présentant abstraitement la plus faible dépréciation, mais celui dont le préjudice en résultant est **proportionnellement** moindre : c'est donc de manière relative que nous suggérons d'interpréter le critère du moindre dommage. Ainsi par exemple, un dommage estimé à 50'000.- fr. pour la constitution d'un passage sur un petit immeuble pourra être proportionnellement plus conséquent, pour son propriétaire, qu'un dommage estimé à 60'000.- fr. sur un immeuble sensiblement plus grand et de plus grande valeur.

- 313 Cette approche plus pragmatique permet également de faciliter l'évaluation des « dommages » en question. Aussi, des critères tels que les caractéristiques des immeubles (superficie, constructibilité, etc.), la longueur du passage envisagé, les aménagements existants, voire les coûts de construction⁵⁸⁰, peuvent à notre sens suffire à servir de base à la comparaison des préjudices causés aux éventuels grevés⁵⁸¹. De même, l'inspection locale peut permettre au juge de se faire une bonne image des circonstances concrètes⁵⁸². Là encore, on ne peut – ni ne doit – exclure l'existence d'une certaine marge d'appréciation, qui va de pair avec la pondération exigée par la loi.

§ II. La fixation de l'assiette de la servitude

- 314 Après avoir identifié le fonds servant, la dernière étape consiste à fixer avec précision l'assiette de la servitude de passage à constituer. Le terme d'« assiette » désigne l'endroit où la servitude, soit ici le passage, s'exerce sur l'immeuble⁵⁸³. Ce passage peut être **de surface, aérien** (par exemple, sous la forme d'un pont ou d'un téléphérique⁵⁸⁴) **ou souterrain** (par exemple, sous la

⁵⁸⁰ Le Tribunal fédéral a admis que les coûts des travaux pouvaient constituer un indice quant à l'emprise de la servitude projetée, et par conséquent de l'ampleur du dommage, cf. TF 5A_777/2017 du 29 janvier 2018, consid. 5.3. Voir également dans ce sens : CARONI-RUDOLF, p. 98 et PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 394 nbp. 87.

⁵⁸¹ Pour un exemple d'appréciation globale, voir notamment TF 5C.312/2001 du 4 février 2002, consid. 4.b) : « [q]uoi qu'il en soit, ces critiques sont dénuées de pertinence : il ressort en effet de l'arrêt attaqué que la cour cantonale a estimé, en procédant à une pesée des intérêts de toutes les parties intéressées (art. 694 al. 3 CC), que le passage de véhicules sur l'assiette de la servitude n° KKK était la solution la plus naturelle et la moins dommageable (art. 694 al. 2 CC), compte tenu d'une part des frais excessifs causés par une éventuelle création d'une voie carrossable sur le tracé de l'ancienne servitude n° JJJ, et, d'autre part, des préjudices relativement mineurs apportés par la solution choisie aux propriétaires du fonds grevé (déplacement peu coûteux d'un barbecue ; perte d'environ 7 m² de terrain sur une superficie totale du fonds de 373 m²) ».

⁵⁸² Pour plus de développements, voir *infra* § 565 ss.

⁵⁸³ MOOSER, La description, p. 257.

⁵⁸⁴ ATF 71 II 85 *in* JdT1945 I 515, évoquant l'éventualité d'un droit de passage nécessaire par le biais d'un téléphérique ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 15 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 926 ; CARONI-RUDOLF, p. 59-60 ; *contra* STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2677, selon qui un téléphérique doit être constitué sous la forme d'une servitude de conduite.

forme d'un tunnel ou d'un parking en sous-sol⁵⁸⁵), en fonction des impératifs liés à la topographie du terrain (région de montagnes, rivière, etc.), de l'état des constructions existantes ou pour des motifs d'opportunité.

A teneur de l'**art. 694 al. 3 CC**, le passage nécessaire est fixé en ayant égard aux intérêts des deux parties. A notre sens, cet alinéa s'applique uniquement à la **détermination de l'assiette de la servitude**⁵⁸⁶. La raison est triple : premièrement, parce que le terme « fixer » sous-entend selon nous une certaine idée de localisation dudit passage ; deuxièmement, parce que seule la considération des intérêts « des deux parties » (en référence au propriétaire du fonds servant et au propriétaire du fonds dominant) est énoncée ; troisièmement enfin, parce que cet alinéa est le dernier de la disposition légale et devrait donc se rapporter à la dernière étape que constitue la fixation de l'assiette de la servitude. 315

En toute logique, l'assiette de la servitude doit être fixée pour concrétiser une issue suffisante sur la voie publique : c'est à la fois **le minimum et le maximum** de ce qui peut être demandé, puisque la loi n'accorde aucun droit au meilleur passage. Sur certaines caractéristiques du passage à constituer, cette fixation est facilitée (par exemple, la largeur de la servitude peut être arrêtée par renvoi à la réglementation cantonale ou aux normes VSS en vigueur⁵⁸⁷) ; sur d'autres, elle est plus délicate (par exemple, concernant le tracé de la servitude). 316

Selon le Tribunal fédéral, il convient de choisir le passage qui présente **le moins d'inconvénients** pour le propriétaire tenu de l'accorder et non, en principe, le passage qui est le plus favorable à l'ayant droit⁵⁸⁸. Si plusieurs chemins entrent en considération, le passage le plus favorable à l'ayant droit ne peut être concédé que si le propriétaire grevé n'a **aucun intérêt digne de protection** à ce qu'il soit accordé sur l'un plutôt que sur l'autre des tracés envisagés⁵⁸⁹. 317

⁵⁸⁵ Pour un exemple, voir *supra* § 79.

⁵⁸⁶ *Contra* BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 32 ss et CARONI-RUDOLF, p. 97 et nbp. 54, pour qui l'art. 694 al. 3 CC s'applique également à la détermination du fonds servant. A noter que nous ne contestons pas l'exigence d'une pesée des intérêts entre les propriétaires des potentiels fonds servants, que nous déduisons cependant du critère du moindre dommage de l'art. 694 al. 2 CC.

⁵⁸⁷ Nous renvoyons ici à notre casuistique sur les critères de suffisance d'une issue, voir *supra* § 136 ss.

⁵⁸⁸ TF 5A_777/2017 du 29 janvier 2018, consid. 4.4.1 ; TF 5C.312/2001 du 4 février 2002, consid. 4.a) ; ATF 86 II 235 *in* JdT 1961 I 216, consid. 4.

⁵⁸⁹ ATF 86 II 235 *in* JdT 1961 I 216, consid. 4.

- 318 La jurisprudence se prononce ainsi clairement en faveur d'une **primauté des intérêts du propriétaire du fonds à grever**⁵⁹⁰. L'on pourrait se demander si cette prédominance n'est pas *contra legem*, dans la mesure où le texte légal prône un égard aux intérêts « des deux parties », au contraire de ce qui prévaut par exemple pour la servitude de fontaine nécessaire⁵⁹¹. Certains auteurs se sont d'ailleurs prononcés en faveur d'un compromis plus égalitaire, visant à fixer le passage de sorte qu'il entrave un minimum l'exploitation du fonds servant tout en conférant un maximum d'avantages au fonds dominant⁵⁹².
- 319 A notre sens, nier le principe d'une prédominance des intérêts du propriétaire grevé serait aller à l'encontre de l'interprétation stricte auxquelles les restrictions à la liberté de la propriété sont soumises : la loi donne droit à une issue suffisante, ni plus ni moins. Cela étant, il n'est pas toujours évident de distinguer ce qui est suffisant de ce qui ne l'est pas, notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier si un passage est trop long ou trop onéreux. Dans cette zone grise, le passage le plus favorable à l'ayant droit peut **exceptionnellement** primer sur le passage le moins dommageable au propriétaire débiteur du passage, **si les avantages pour le fonds dominant sont sensiblement supérieurs aux inconvénients en résultant pour le fonds servant**.
- 320 A titre exemplatif, **est avantageux** pour le fonds dominant le passage le plus direct, le moins cher à réaliser ou à entretenir, ou encore celui menant le plus près possible de l'habitation ou du garage. Au contraire, **est préjudiciable** pour le fonds servant le passage qui engendre des nuisances sonores, une gêne visuelle ou esthétique, une modification de l'état existant ou encore de simples changements d'habitudes. Sera ainsi moins préjudiciable le passage le plus éloigné de l'habitation, le plus caché, situé aux limites parcellaires du bien-fonds, ou encore celui dont l'aménagement ne nécessite pas l'abattage d'arbres⁵⁹³, la destruction de constructions, le déplacement de constructions mobilières ou d'objets lourds, la modification de l'emplacement des places de parc, etc.⁵⁹⁴
- 321 Qu'en est-il enfin de la prise en considération, dans le cadre de la fixation de l'assiette du passage, du **potentiel constructible** des immeubles en cause ? Au

⁵⁹⁰ TF 5A_777/2017 du 29 janvier 2018, consid. 4.4.1.

⁵⁹¹ Cf. art. 710 al. 2 CC : « Les intérêts de la partie cédante seront essentiellement pris en considération ».

⁵⁹² PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 395. Semble également aller dans ce sens : STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2704.

⁵⁹³ TF 5A_714/2012 du 29 mai 2013 *in* RNR 96 p. 263, consid. 4.3.1.

⁵⁹⁴ Voir en outre PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 396.

titre des avantages, la constitution d'un passage à un endroit donné peut permettre d'optimiser des futures constructions sur le fonds dominant ; au titre des inconvénients, elle peut entraver l'exploitation future du fonds servant. A notre sens, l'impact de la servitude sur la constructibilité des immeubles (servants ou dominants) mérite d'être pris en considération dans le cadre de la pondération des intérêts en présence, pour autant que le propriétaire rende vraisemblable des projets de construction à court ou moyen terme. A l'inverse, des hypothétiques projets de construction ne sont pas pertinents, ce d'autant qu'en cas de nouveaux besoins, le propriétaire du fonds servant pourra alors requérir une modification de l'assiette de la servitude aux conditions de l'art. 742 al. 1 CC, voire de l'art. 736 al. 2 CC⁵⁹⁵.

⁵⁹⁵ Voir *infra* § 704 ss.

Chapitre 5 : L'indemnité

Sous ce chapitre, nous analyserons, après quelques remarques générales (§ I.), 322 les modalités du calcul de l'indemnité (§ II.). Nous discuterons ensuite de sa forme (§ III.) et du moment de son versement (§ IV.) Nous examinerons enfin le cas particulier de l'indemnité pour la perte d'un rang (§ V.).

§ I. Généralités

Aux termes de l'art. 694 al. 1 CC, la servitude de passage nécessaire ne peut 323 être constituée que moyennant pleine indemnité. Cette indemnité est avant tout une **conséquence** de l'existence de la créance légale en octroi du passage nécessaire : elle forme l'obligation légale miroir qui échoit au propriétaire qui se prévaut d'un droit à la servitude.

Plus encore, le Tribunal fédéral qualifie l'indemnité de « **condition** à la 324 constitution du droit de passage nécessaire »⁵⁹⁶, ce par quoi il faut comprendre que la **fixation de l'indemnité** – et non son paiement effectif⁵⁹⁷ – est une condition à l'octroi du droit. En effet, c'est bien la détermination de l'indemnité que le Tribunal fédéral qualifie d'« élément essentiel du litige »⁵⁹⁸ ; ainsi, dans le cadre d'une procédure judiciaire, la demande en constitution du passage nécessaire est **irrecevable** lorsque les parties ne se sont pas entendues sur l'indemnité et que celui qui réclame le passage n'a pas pris de conclusions sur ce point⁵⁹⁹. En revanche, en cas d'accord entre les parties, rien n'empêche le propriétaire grevé de renoncer au paiement d'une indemnité⁶⁰⁰.

Juridiquement et à l'instar des autres servitudes légales, la pleine indemnité de 325 l'art. 694 al. 1 CC s'inscrit dans une logique de **compensation**⁶⁰¹ ; la doctrine quasi-unanime admet en effet qu'elle représente la **réparation intégrale du dommage** causé au propriétaire grevé⁶⁰² (voir à cet égard le terme allemand

⁵⁹⁶ TF 5A_261/2012 du 9 juillet 2012, consid. 1.2, *in* DC 2012 p. 250 n. 431 ; ATF 105 II 317, consid. 2. Voir toutefois TF 5A_942/2019 du 22 septembre 2020, consid. 3.3.1, relatif à une servitude d'empiètement : « [L'indemnité] ne constitue cependant pas une condition d'octroi de la servitude, mais une conséquence de celui-ci ».

⁵⁹⁷ A ce sujet, voir *infra* § 360 ss.

⁵⁹⁸ ATF 105 II 317, consid. 2 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 35.

⁵⁹⁹ ATF 104 II 302 *in* JdT 1980 I 550, consid. 4 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 5.

⁶⁰⁰ PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 153.

⁶⁰¹ STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2712 ; CARONI-RUDOLF, p. 131.

⁶⁰² Voir PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 248 ss (en particulier n. 250 s. recensant les divers avis doctrinaux sur la question) et CARONI-RUDOLF, p. 131 ss. Voir également :

plus parlant d'« *Entschädigung* »). Le grevé doit ainsi être mis dans la situation patrimoniale qui serait la sienne si l'évènement dommageable ne s'était pas produit⁶⁰³. De ce fait, l'indemnité est appréhendée selon les **règles de l'expropriation**, qui lui sont applicables par analogie⁶⁰⁴, la situation du bénéficiaire du passage étant similaire à celle d'un expropriant⁶⁰⁵.

- 326 L'opinion jadis exprimée par U. NEUENSCHWANDER n'a ainsi jamais trouvé écho : ce dernier soutenait que l'indemnité constituait la **contre-prestation** due pour la constitution de la servitude, dont le montant équivalait à celui à payer pour la constitution d'une servitude de gré à gré⁶⁰⁶. A juste titre, cette opinion n'a pas été suivie en raison de la position précaire du propriétaire grevé, dont la liberté contractuelle est *de facto* réduite par la restriction légale à la propriété ; or, le prix consenti lors d'une transaction forcée n'est pas établi de la même manière que lors d'une transaction volontaire⁶⁰⁷.
- 327 Cela étant, dans l'hypothèse de la constitution volontaire d'une servitude nécessaire, l'indemnité se trouve à cheval entre ces deux natures juridiques. En effet, l'indemnité demeure alors partiellement négociée, puisque le propriétaire grevé reste pour partie en mesure de monnayer son consentement – permettant ainsi au futur titulaire de la servitude de s'épargner les frais liés à l'introduction d'une action judiciaire. Le « prix du consentement » constitue alors la différence entre le montant convenu entre les parties et le dédommagement dû pour la constitution du droit.
- 328 En tout état, l'application des règles sur l'expropriation exclut que l'indemnité ne revête une quelconque **nature punitive**⁶⁰⁸ : seul le dommage est compensé, indépendamment de l'éventuelle faute du propriétaire sollicitant le passage

CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 33 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2712 ; ARGUL GROSSRIEDER, n. 539.

⁶⁰³ PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 251 ; CARONI-RUDOLF, p. 133.

⁶⁰⁴ ATF 120 II 423 *in* JdT 1996 I 122 consid. 7.a) ; TC VS du 30 avril 2010 *in* RVJ 2010 p. 275, consid. 4.1 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 26 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2712 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 35 ; EGGS, n. 138 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 248 ss.

⁶⁰⁵ Le Tribunal fédéral qualifie lui-même les restrictions légales indirectes de la propriété d'« expropriation[s] de droit privé », voir : TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 *in* SJ 2017 I p. 121, consid. 3.3.1 ; ATF 136 III 130 *in* JdT 2010 I 291, consid. 3.1 ; ATF 114 II 230 *in* JdT 1989 I 144, consid. 4.a).

⁶⁰⁶ NEUENSCHWANDER, p. 411 ss.

⁶⁰⁷ Pour des critiques motivées, voir : PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 248 ss et CARONI-RUDOLF, p. 131 ss. Voir également l'arrêt TC VS du 14 mars 1973 *in* RVJ 1973 p. 305, consid. 4, qui s'exprime sur cette différence de nature juridique.

⁶⁰⁸ BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 78 ; ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 22 ; EGGS, n. 140 ; CARONI-RUDOLF, p. 134 ; ROBICHON, p. 216.

nécessaire. L'absence d'imputabilité de l'état de nécessité vient en effet conditionner l'existence du droit au passage nécessaire⁶⁰⁹, et non le montant de l'indemnité due en contrepartie.

D'un point de vue **fiscal** enfin, l'indemnité reçue en dédommagement constitue un rendement immobilier imposable au sens de l'art. 21 LIFD⁶¹⁰, à l'instar de l'indemnité découlant d'une expropriation⁶¹¹.

§ II. Le calcul de l'indemnité

A. Les principes

En 1979, le Tribunal fédéral écrivait « l'indemnité prévue par l'art. 694 al. 1 CC relève avant tout de l'appréciation du juge. Si une expertise se révèle nécessaire, elle sera simple, consistant dans une évaluation qui n'exige pas de recherches particulières [...] »⁶¹². Les juges de Mon-Repos avaient tort : le **recours à l'expertise** est devenu quasi-systématique et le domaine de l'estimation immobilière s'est professionnalisé et complexifié ; ils avaient aussi raison : le calcul de l'indemnité demeure une **question d'appréciation** tant il comporte par nature une part de subjectivité.

Fort de ce premier constat, nous précisons d'emblée que notre exposé **ne vise pas l'exhaustivité** : d'une part, parce que les subtilités du calcul de l'indemnité sont trop techniques pour être intégralement traitées ; d'autre part, parce qu'une thèse fait déjà un tour d'horizon complet de la problématique de la valeur des servitudes foncières⁶¹³. Aussi, nous nous limiterons à présenter les bases utiles au praticien confronté au calcul de l'indemnité prévue par l'art. 694 al. 1 CC.

Comme déjà mentionné, **l'indemnité due pour la constitution d'une servitude nécessaire est calculée selon les règles applicables en matière d'expropriation**⁶¹⁴. Cela renvoie aux principes fixés par la loi fédérale sur

⁶⁰⁹ Voir *supra* § n. 263 ss.

⁶¹⁰ Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD ; RS 642.11).

⁶¹¹ CR LIFD-MERLINO, art. 21 LIFD n. 22.

⁶¹² ATF 105 II 317, consid. 3.

⁶¹³ M. PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières et du droit de superficie, 2007.

⁶¹⁴ ATF 120 II 423 *in* JdT 1996 I 122 consid. 7.a) ; TC VS du 30 avril 2010 *in* RVJ 2010 p. 275, consid. 4.1 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 26 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2712 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 35.

l'expropriation (LEx)⁶¹⁵, en particulier ses art. 16 ss et la jurisprudence y relative – étant précisé que la constitution d'une servitude par la voie de l'expropriation constitue une **expropriation partielle**.

333 L'indemnité due pour la constitution d'une servitude foncière par le biais d'une expropriation vise à réparer intégralement le dommage causé au propriétaire grevé par la charge que représente la servitude. **Seuls les inconvénients** subis par ce dernier sont déterminants pour fixer l'indemnité, à l'exclusion des avantages retirés par le propriétaire bénéficiaire⁶¹⁶.

334 A teneur de l'**art. 19 LEx**, les éléments de l'indemnité d'expropriation sont les suivants :

- la valeur vénale du droit exproprié (art. 19 let. a LEx) ;
- en cas d'expropriation partielle, la dépréciation de la valeur vénale de la partie restante (art. 19 let. b LEx) ;
- les autres préjudices subis qui sont dans un rapport de causalité naturelle avec l'expropriation (art. 19 let. c LEx).

335 L'art. 19 LEx se heurte d'emblée à une difficulté pratique. En effet, la valeur d'une servitude foncière est toujours fonction de la valeur des deux immeubles auxquels elle se rattache. Puisqu'elle se situe par nature dans un lien de dépendance économique avec ceux-ci, l'on a coutume de dire que la servitude foncière n'est pas un objet de commerce en soi⁶¹⁷. Il est dès lors admis que dite servitude n'a **pas de valeur vénale propre**⁶¹⁸.

336 Fortes de ce constat, doctrine et jurisprudence se sont interrogées sur les **modalités précises du calcul** de l'indemnité pour l'expropriation des servitudes foncières (tant pour leur constitution que pour leur suppression), dans l'optique de déterminer **la dépréciation de l'immeuble grevé dans son**

⁶¹⁵ Loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (LEx ; RS 711).

⁶¹⁶ ATF 120 II 423 in JdT 1996 I 122 consid. 7.a) ; ATF 45 II 23 in JdT 1919 I 251 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 78 ; EGGS, n. 140 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 151.

⁶¹⁷ ATF 122 II 246 in JdT 1998 I 409, consid. 4 ; ATF 114 Ib 321 in JdT 1990 I 543, consid. 3 ; EGGS, n. 128 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 129 s.

⁶¹⁸ ATF 131 II 458 in JdT 2006 I 668, consid. 3.3 ; ATF 122 II 246 in JdT 1998 I 409, consid. 4 ; ATF 121 II 436 in JdT 1996 I 425 consid. 8.a) ; ATF 114 Ib 321 in JdT 1990 I 543, consid. 3 ; EGGS, n. 128 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 129 s.

Voir cependant l'ATF 141 I 113, où le Tribunal fédéral n'a pas jugé arbitraire la fixation par la Cour cantonale d'une valeur vénale de la servitude expropriée à 10 fr./m².

entier. Faute de valeur vénale propre à la servitude, ces méthodes de calcul s'éloignent toutes – dans une plus ou moins large mesure – du texte de l'art. 19 LEx. Pour cette même raison, certaines méthodes usuelles élaborées par la doctrine ne sont guère transposables telles quelles à l'expropriation de servitudes⁶¹⁹.

Nous présenterons ci-après les deux méthodes de calcul qui nous paraissent pertinentes en l'espèce pour évaluer la dépréciation de l'immeuble. En tout état, il conviendra d'ajouter au montant de la dépréciation ainsi obtenu les **autres préjudices** visés à l'art. 19 let. c LEx⁶²⁰, à savoir le dommage patrimonial complémentaire à celui découlant directement du droit exproprié⁶²¹. 337

S'agissant enfin du **moment de l'estimation**, l'art. 19^{bis} LEx prévoit que la valeur vénale déterminante est celle du jour de l'audience de conciliation. Cette date est quelque peu inédite en procédure civile. Selon nous, deux dates déterminantes doivent être envisagées : celle du début de la litispendance ou celle de l'accord entre les parties, respectivement du jugement⁶²². Il nous paraît plus opportun de prendre en considération la première, qui est moins aléatoire et plus proche de la solution retenue à l'art. 19^{bis} LEx. 338

B. Les méthodes de calcul

1) *La méthode de la différence*

Le Tribunal fédéral préconise d'appliquer la **méthode de la différence** à l'indemnité d'expropriation des servitudes foncières⁶²³. Déduite de l'art. 19 let. b LEx applicable à l'expropriation partielle, cette méthode consiste à comparer globalement les valeurs vénales de l'immeuble servant avec et sans 339

⁶¹⁹ C'est le cas de la méthode de l'évaluation moyenne, voir PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 165 et 167.

⁶²⁰ ATF 122 II 246 in JdT 1998 I 409, consid. 4 ; ATF 121 II 436 in JdT 1996 I 425 consid. 8a).

⁶²¹ Par exemple : perte de revenus consécutive à la fin de l'exploitation de l'entreprise expropriée, frais de déménagement ou de réinstallation, frais et honoraires d'architecte devenus inutiles du fait de l'expropriation, amortissement des installations devenues sans valeur, etc. (cf. ATF 141 I 113, consid. 6.4). Pour plus de développements sur l'art. 19 let. c LEx, voir ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, n. 1184 ss, PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 176 ss et SIEGRIST, p. 55.

⁶²² On peut ici faire un parallèle avec l'art. 214 al. 1 CC qui arrête le moment de l'estimation des acquêts au jour de la liquidation.

⁶²³ ATF 131 II 458 in JdT 2006 I p. 668, consid. 3.3 ; ATF 129 II 420, consid. 3.1.1 ; ATF 122 II 246 in JdT 1998 I 409, consid. 4 ; ATF 121 II 436 in JdT 1996 I 425 consid. 8a).

la servitude : l'indemnité due en dédommagement couvre la différence entre ces deux valeurs⁶²⁴.

- 340 L'estimation de la valeur vénale doit tenir compte dans une juste mesure de la possibilité de mieux utiliser l'immeuble (art. 20 al. 1 LEX). La possibilité d'une meilleure utilisation – par exemple, à des fins de construction – n'est cependant admise que si elle apparaît hautement vraisemblable dans un proche avenir⁶²⁵. Puisque l'expropriation est partielle, il faut également tenir compte des avantages et des inconvénients que l'expropriation entraîne pour l'exproprié (art. 22 al. 2 LEX)⁶²⁶. Ainsi par exemple, si l'expropriation conduit à la réalisation d'un chemin d'accès qui profite également à l'exproprié, la plus-value apportée à son immeuble est prise en compte dans l'évaluation⁶²⁷.
- 341 Dans l'ATF 120 II 423, le Tribunal fédéral a admis dans son principe **l'application de la méthode de la différence à la constitution d'une servitude de passage nécessaire**, en se référant à la jurisprudence rendue sur l'indemnité d'expropriation des servitudes⁶²⁸. La doctrine majoritaire a relayé cette jurisprudence sans trop la discuter, et préconise donc l'application de la méthode de la différence à l'indemnité due en cas d'« expropriation privée » fondée sur le droit de voisinage⁶²⁹.
- 342 Dans ce même ATF 120 II 423, le Tribunal fédéral a en outre admis la possibilité, lorsque l'immeuble à grever du droit de passage est **bâti**, de **restreindre le calcul à la différence de valeur de la seule partie de l'immeuble touchée par la servitude**⁶³⁰. Cette simplification a été jugée conforme au droit fédéral. Sur le principe, il n'est certes pas faux de considérer que l'impact d'une servitude de passage est moindre sur un immeuble bâti que sur un immeuble constructible mais non bâti. En effet, la dépréciation est d'autant plus grande que la servitude porte atteinte aux possibilités de construire ; *a contrario*, cette atteinte est en principe plus faible, voire nulle, si l'immeuble est déjà construit.

⁶²⁴ ATF 131 II 458 in JdT 2006 I p. 668, consid. 3.3 ; ATF 122 II 246 in JdT 1998 I 409, consid. 4 ; ATF 121 II 436 in JdT 1996 I 425 consid. 8.a) ; ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, n. 1183.

⁶²⁵ ATF 114 Ib 321 in JdT 1990 I 543, consid. 3.

⁶²⁶ ATF 131 II 458 in JdT 2006 I p. 668, consid. 3.3 ; ATF 114 Ib 321 in JdT 1990 I 543, consid. 3.

⁶²⁷ ATF 98 Ib 203 ; SIEGRIST, p. 54.

⁶²⁸ ATF 120 II 423 in JdT 1996 I 122 consid. 7.a), qui se réfère à l'ATF 114 Ib 321 in JdT 1990 I 543.

⁶²⁹ BSK ZGB II-REV/STREBEL, art. 694 CC n. 26 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2712 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 35.

⁶³⁰ ATF 120 II 423 in JdT 1996 I 122, consid. 7.a). Cette jurisprudence a été relayée par la doctrine : BSK ZGB II-REV/STREBEL, art. 694 CC n. 26 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2712 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 35 ; EGGS, n. 143.

Cela étant, nous émettons de sérieux doutes sur la légalité de cette simplification, qui fait fi des exigences de l'art. 19 let. b LEx. A notre sens, il n'est pas possible de s'exonérer d'un examen – même sommaire – de l'impact de la servitude sur l'immeuble entier. En effet, même si l'immeuble est bâti, il n'est pas d'emblée exclu que le propriétaire grevé ait renoncé à d'autres projets de construction (rénovations, agrandissements, etc.) ; de même, il est possible que la servitude déprécie globalement l'immeuble bâti en causant la perte d'un « écran protecteur »⁶³¹. Ces éléments ne peuvent être ignorés. 343

L'indemnité basée sur la méthode de la différence équivaut alors au **calcul suivant** : 344

- valeur vénale de l'immeuble entier libre de la servitude
- valeur vénale de l'immeuble entier grevé de la servitude
- + éventuels autres préjudices

2) *La méthode de l'addition*

Dans sa thèse, M. PRADERVAND-KERNEN soutient une méthode plus fidèle à la logique en trois temps de l'art. 19 LEx, qui postule en faveur d'une **individualisation des postes**, à l'instar de la méthode de l'addition⁶³². En réalité, il ne s'agit pas de l'application telle quelle de la méthode de l'addition, faute de valeur vénale du droit exproprié (art. 19 let. a LEx)⁶³³, mais d'une application analogique de cette méthode au cas particulier de l'expropriation des servitudes. Par souci de simplification, nous prenons toutefois parti de nommer ainsi cette méthode. 345

En cas d'expropriation de servitudes (et donc, de constitution de servitudes nécessaires), M. PRADERVAND-KERNEN propose une interprétation de l'art. 19 let. a LEx compatible avec l'absence de valeur vénale du droit exproprié, en ce sens qu'il convient de calculer non pas la valeur vénale de la servitude, mais plutôt la diminution de valeur de la partie du fonds touchée par la servitude ; à cela s'ajoute la dépréciation de la valeur vénale de la partie restante au sens de l'art. 19 let. b LEx, soit la partie de l'immeuble située hors assiette de la servitude⁶³⁴. 346

⁶³¹ Sur cette notion, voir ATF 129 II 420 et TF 1C_647/2019.

⁶³² Voir notamment PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 172 ss et 240 ss.

⁶³³ PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 165.

⁶³⁴ PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 240.

347 L'indemnité basée sur la méthode de l'addition équivaut alors au **calcul suivant**⁶³⁵ :

- dépréciation de la partie de l'immeuble touchée par la servitude
- + dépréciation de la partie restante
- + éventuels autres préjudices

3) *Notre avis*

348 Aucune des deux méthodes ne solutionne complètement le problème sous-jacent que constitue l'absence de valeur vénale de la servitude foncière pour elle-même. Chacune a son **avantage** : la méthode de la différence celui de la simplicité dans son approche globale ; la méthode de l'addition celui de la précision dans la décomposition du calcul.

349 Le Tribunal fédéral n'est lui-même **pas très consistant** : alors qu'il semblait favorable à la méthode de la différence, il a raisonné en trois étapes dans un arrêt publié du 1^{er} avril 2015⁶³⁶, avant d'indiquer dans un arrêt subséquent que la méthode de la différence s'imposait⁶³⁷. Dès lors, il nous semble juste de dire que les deux méthodes exposées mènent à un résultat correct sous l'angle du calcul de l'indemnité due pour la constitution d'une servitude de passage nécessaire.

350 A notre avis, la méthode de l'addition, qui **décompose le dommage en différenciant localement l'impact de la servitude**, est plus fidèle au texte légal. Dans la mesure du possible, il convient donc de la préférer à la méthode de la différence globale, qui est trop aléatoire et ne permet pas de comprendre l'influence des divers critères d'estimation dans le calcul final de l'indemnité.

351 Dans un souci pratique, nous exposerons ci-après quelques facteurs susceptibles d'influer sur la dépréciation d'un immeuble en raison de la constitution d'une servitude de passage **de surface**⁶³⁸. Pour ce faire, nous différencierons la portion de terrain touchée par la servitude et la portion de terrain restante. Sans viser l'exhaustivité, ces facteurs donnent des arguments et contre-arguments aux parties ; cas échéant, ils aident l'expert dans son estimation ; si besoin enfin, ils aiguillent le juge dans son appréciation finale.

⁶³⁵ PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 241, 246 et 260.

⁶³⁶ ATF 141 I 113, consid. 6.

⁶³⁷ TF 1C_24/2017 du 9 juin 2017, consid. 3.1.

⁶³⁸ Pour les servitudes de passage souterrain ou aérien, voir PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 950 ss et 961 ss et BERNARD, p. 111 ss.

C. Quelques facteurs influant sur la dépréciation de l'immeuble servant

1) *La dépréciation de la valeur vénale de la partie touchée*

Doctrines et jurisprudence ont tenté d'établir des **pourcentages** pour estimer la valeur résiduelle d'une surface touchée par une servitude de passage. Ainsi, le Tribunal administratif fédéral a récemment affirmé qu'« [e]n règle générale, les experts immobiliers admettent que la partie du terrain grevée d'une servitude de passage perd **entre le quart et la moitié de sa valeur**, selon les circonstances du cas »⁶³⁹. Dans un arrêt de 2010 traitant spécifiquement du cas d'une servitude de passage nécessaire, le Tribunal cantonal valaisan a pour sa part fixé la dépréciation de la partie touchée entre un tiers et un cinquième de la valeur vénale du terrain⁶⁴⁰.

Malgré une certaine réticence à la fixation de pourcentages, ces fourchettes nous semblent plutôt adéquates. Elles doivent être pondérées par les circonstances concrètes du cas, soit notamment :

- **la partie touchée est constructible** : la dépréciation est plus importante que si la partie touchée n'est pas constructible ; elle dépend de l'entrave aux possibilités de bâtir et notamment des possibilités restantes de construire au-dessus ou au-dessous du passage (par exemple : construction d'étages supplémentaires)⁶⁴¹ ;
- **la partie touchée est inconstructible** (par exemple : en vertu des règles sur les distances entre fonds voisins) : la dépréciation est moins importante que si la partie touchée est constructible ; elle correspond pour l'essentiel à la perte d'une zone d'aisance⁶⁴² ;
- **la partie touchée est exploitée à des fins agricoles** : la dépréciation dépend de l'entrave causée à l'exploitation du terrain⁶⁴³ ; si l'aménagement d'un chemin rend la surface du passage inexploitable, le

⁶³⁹ TAF A-4998/2015 du 17 novembre 2016, consid. 4.3.2 (confirmé in TF 1C_24/2017 du 9 juin 2017), se référant à SIEGRIST, p. 59. Voir également BERNARD, p. 111 nbp 76.

⁶⁴⁰ TC VS du 30 avril 2010 in RVJ 2010 p. 275, consid. 4.3.5.

⁶⁴¹ PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 940 ss.

⁶⁴² PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 945.

⁶⁴³ PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 944 et 948.

propriétaire grevé peut prétendre à être indemnisé pour la pleine valeur de la surface touchée, qui ne conserve plus aucune valeur résiduelle⁶⁴⁴ ;

- **la partie touchée est une route privée ou un chemin privé** : la dépréciation est moins importante, voire nulle, si la servitude de passage est constituée sur des installations préexistantes ; selon la jurisprudence fédérale et cantonale, une route privée n'a aucune valeur vénale⁶⁴⁵, de sorte que la constitution de servitudes de passage sur son assiette ne crée pas de dommage⁶⁴⁶ ; à notre sens, il convient de différencier la route privée de quartier desservant de nombreuses habitations du chemin privé peu usité : dans le second cas, nous peinons à concevoir une absence totale de dépréciation faute de valeur vénale de la surface touchée⁶⁴⁷.

2) *La dépréciation de la valeur vénale de la partie restante*

354 La dépréciation de la partie restante dépend principalement de l'**emplacement de la servitude** de passage, soit notamment :

- **la servitude se situe en travers de l'immeuble** : la dépréciation est en principe importante ; elle dépend de l'entrave aux possibilités de construire (en termes de densité des constructions ou d'emplacement de ces dernières) ou d'exploiter l'immeuble, des inconvénients engendrés pour l'utilisation ou pour l'esthétique de l'immeuble et des nuisances occasionnées par le passage⁶⁴⁸ ;
- **la servitude se situe en bordure parcellaire** : la dépréciation est plus faible, voire nulle si la partie restante ne subit pas de diminution de valeur qui ne serait pas déjà prise en compte dans la perte de valeur de

⁶⁴⁴ Voir PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 944, qui fait elle-même référence à une décision de la commission des améliorations foncières du canton de Berne, parue *in* JAB 1987 228/236.

⁶⁴⁵ ATF 95 I 453 *in* JdT 1970 I 369, consid. 5 ; TC NE du 23 janvier 2012 *in* DC 2012 p. 93 no 204.

⁶⁴⁶ Voir notamment TF 5A_369/2016 du 27 janvier 2017, consid. 5, où le Tribunal fédéral a considéré que la constitution d'une servitude de passage de 3m² sur une route de desserte privée n'entraînait aucun dommage pour les propriétaires de cette route. Pour plus de développements, voir PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 554 ss.

⁶⁴⁷ Voir par exemple l'ATF 141 I 113, dans lequel les juges fédéraux n'ont pas jugé arbitraire l'estimation de la Cour cantonale fixant à 10 fr./m² la valeur vénale de la servitude sur une surface de 52 m² équivalant à l'assiette de la servitude.

⁶⁴⁸ Voir notamment : PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 947 s.

la surface touchée⁶⁴⁹ ; elle dépend principalement de la perte d'un écran protecteur (protection contre les nuisances occasionnées par le passage, garantie d'une vue dégagée sur le paysage, etc.⁶⁵⁰) et de la distance entre le passage et les constructions érigées sur l'immeuble ;

- **la servitude se situe sur un chemin préexistant** : la dépréciation est en principe nulle⁶⁵¹ ; la valeur de la partie restante peut toutefois subir une dépréciation si la servitude augmente notablement les nuisances (par exemple, si un chemin jusqu'alors piétonnier est transformé en chemin carrossable, ou encore si la servitude cause une augmentation importante du nombre d'usagers) ; en tout état, l'indemnité ne comprend pas le remboursement partiel des frais de construction du chemin préexistant, puisque le titulaire du passage n'est tenu qu'à la réparation du dommage⁶⁵².

§ III. La forme de l'indemnité

Le Code civil est muet sur la forme de l'indemnité à verser en contrepartie de la création d'un droit de passage nécessaire. En l'absence de convention contraire, il convient d'admettre que l'indemnité doit être payée **sous forme de capital**⁶⁵³. Le paiement de l'indemnité **sous forme de rente** n'est quant à lui possible uniquement en cas d'accord entre les parties⁶⁵⁴. 355

Cette solution s'éloigne de celle prévue à l'art. 17 LEx, à teneur duquel l'indemnité d'expropriation est payée sous forme d'un capital ou d'une rente. Il se justifie cependant de se distancer des règles sur l'expropriation : un simple particulier ne présente en effet pas les mêmes garanties de solvabilité que l'Etat. Or, à défaut du paiement intégral de l'indemnité au moment de la constitution de la servitude, le propriétaire grevé court le risque d'être 356

⁶⁴⁹ Pour un chemin situé à la limite du fonds, voir PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 947 s.

⁶⁵⁰ ATF 129 II 420, consid. 3.1.2.

⁶⁵¹ Pour deux exemples, voir l'ATF 141 I 113, consid. 6.5, où la parcelle était déjà grevée d'un « chemin de servitude selon plan » en faveur de la collectivité et l'arrêt TF 5A_369/2016 du 27 janvier 2017, consid. 5. Voir également PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 561.

⁶⁵² ATF 45 II 23 in JdT 1919 I 251 ; TF 5A_796/2013 du 17 mars 2014 consid. 6.2 in DC online 2014 no 641 ; CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 35 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 70 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2712. *Contra* : TC VS du 30 avril 2010 in RVJ 2010 p. 275, consid. 4.3.6.

⁶⁵³ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 35 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 25 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 79 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 35.

⁶⁵⁴ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 35 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 25 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 79 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 35 ; CARONI-RUDOLF, p. 138.

confronté à un mauvais payeur⁶⁵⁵. Par ailleurs, l'obligation de payer la rente ne peut pas être rattachée *propter rem* à la propriété de l'immeuble, faute d'annotation possible (principe du *numerus clausus* des annotations, art. 959 al. 1 CC)⁶⁵⁶ ; partant, une telle obligation ne lie pas le futur acquéreur du fonds dominant⁶⁵⁷.

- 357 Le propriétaire grevé d'un droit de passage nécessaire doit ainsi pouvoir décider s'il désire ou non prendre les risques inhérents à un paiement sous forme de rente (cas échéant en prévoyant des sûretés). *A fortiori*, un tribunal ne devrait pas pouvoir condamner le demandeur au versement d'une rente en lieu et place d'un capital, et ce quand bien même le demandeur a pris des conclusions en ce sens et offert de fournir des sûretés.
- 358 Quoi qu'il en soit, le versement d'une indemnité sous forme de rente périodique présente des **avantages**, en particulier si l'état de nécessité justifiant la constitution du passage peut être amené à disparaître à proche ou moyen terme ; dans ce cas en effet, l'existence d'une rente vient solutionner la problématique d'une éventuelle restitution partielle du capital versé en trop⁶⁵⁸. A noter que si les parties s'entendent sur le versement d'une rente, cet accord constitue un point essentiel⁶⁵⁹ au contrat constitutif de la servitude ou à la transaction judiciaire. Il en découle une exigence de clarté, notamment quant à la détermination des termes de paiement, à la fixation de la durée de l'obligation de paiement, ainsi qu'aux causes d'extinction de cette obligation.
- 359 Sauf accord contraire, l'indemnité est payée **en argent**⁶⁶⁰. Là encore, une certaine distance avec la solution retenue par l'art. 18 LEx est de mise⁶⁶¹. Ainsi, un tribunal ne peut condamner qu'au versement d'une somme d'argent dans le cadre d'un litige privé portant sur la constitution d'une servitude de passage. A l'inverse, les parties peuvent se montrer inventives dans le cadre d'un accord, par exemple en prévoyant une réparation en nature (par

⁶⁵⁵ CARONI-RUDOLF, p. 137.

⁶⁵⁶ Contrairement à ce qui prévaut pour la rente du superficiaire (art. 779b al. 2).

⁶⁵⁷ Pour une analyse des mécanismes permettant de garantir la contre-prestation des servitudes, voir PRADERVAND-KERNEN, Les moyens, p. 563 ss.

⁶⁵⁸ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 35 ; CARONI-RUDOLF, p. 136. A ce sujet, voir *infra* § 757 ss.

⁶⁵⁹ Voir *infra* § 444 ss.

⁶⁶⁰ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 35.

⁶⁶¹ Selon l'art. 18 al. 1 LEx, la prestation en argent peut être remplacée en tout ou partie par un équivalent en nature ; l'attribution d'un immeuble à titre d'indemnité en nature n'est admissible qu'avec le consentement de l'exproprié et des créanciers gagistes (art. 18 al. 3 LEx) ; pour d'autres formes de réparation en nature, le consentement de l'exproprié n'est pas nécessaire si ses intérêts sont suffisamment sauvegardés (art. 18 al. 2 LEx).

exemple : transfert de tout ou partie d'un immeuble, octroi d'un autre droit réel limité, transfert de droits à bâtir, etc.).

§ IV. Le moment du paiement

A l'instar des autres servitudes légales⁶⁶², l'art. 694 al. 1 CC ne conditionne pas l'octroi du passage nécessaire au versement **préalable** de l'indemnité⁶⁶³. Au contraire, l'emploi du terme « moyennant » concrétise l'idée de **simultanéité d'exécution**⁶⁶⁴. 360

Le paiement de l'indemnité est ainsi dû trait pour trait (« *Zug um Zug* ») au moment de la constitution du droit, ou, plus justement, **au moment du dépôt de la réquisition d'inscription** de la servitude au registre foncier⁶⁶⁵. En d'autres termes, les actes de disposition respectifs des parties doivent avoir lieu simultanément. Les parties sont naturellement libres d'en convenir autrement⁶⁶⁶. 361

C'est lieu de rappeler que la nature *propter rem* des obligations réciproques des parties n'a pas pour effet de leur faire perdre leur caractère relatif⁶⁶⁷. Il en découle qu'**aucun des propriétaires ne peut exiger sa prestation s'il n'a pas lui-même exécuté ou offert d'exécuter la sienne** (art. 82 CO)⁶⁶⁸. A défaut de simultanéité, les propriétaires concernés courent ainsi des **risques**, à savoir : pour le propriétaire qui requiert l'inscription de la servitude sur son immeuble avant d'avoir été payé, celui d'être confronté à un mauvais payeur ; pour le propriétaire qui paie avant le dépôt de la réquisition, celui d'un transfert de propriété de l'immeuble à grever de la servitude. 362

Lorsque la servitude est constituée devant un **officier public**, ce dernier jouera le rôle d'un intermédiaire, à l'instar de ce qui prévaut en matière de vente 363

⁶⁶² Avant la révision de 2009, l'art. 691 al. 1 CC exigeait un paiement préalable de l'indemnité. Le mot « préalable » a cependant été supprimé des textes légaux français et allemand lors de la révision.

⁶⁶³ ATF 104 II 302 *in* JdT 1980 I 550, consid. 4 ; ATF 101 II 314, consid. 5 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2710 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 35.

⁶⁶⁴ STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2710 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 35.

⁶⁶⁵ ATF 104 II 302 *in* JdT 1980 I 550, consid. 4 ; ATF 101 II 314, consid. 5 ; TC VS du 30 avril 2010 *in* RVJ 2010 p. 275, consid. 4.1 ; CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 35 ; CHK-GÖKSU, art. 694 CC n. 8 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 24 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 82 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2708 ; CARONI-RUDOLF p. 143.

⁶⁶⁶ BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 82 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2710.

⁶⁶⁷ Voir *supra* § 20.

⁶⁶⁸ ATF 101 II 314, consid. 5 ; CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 35 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 82 ; CARONI-RUDOLF p. 143.

immobilière : il se chargera de recevoir l'argent, de requérir l'inscription de la servitude au registre foncier et de reverser l'argent à qui de droit. Cela étant, cette situation est rare, puisque la grande majorité des servitudes de passage nécessaires est constituée par jugement ; aussi, c'est en analysant les spécificités de l'action judiciaire que nous nous interrogerons sur les conséquences pratiques liées à l'exigence de simultanéité d'exécution⁶⁶⁹.

§ V. Le cas particulier de l'indemnité pour la perte d'un rang

364 Nous avons vu *supra*⁶⁷⁰ que le futur bénéficiaire du passage doit identifier les droits réels limités ou les droits personnels annotés sur le futur immeuble servant qui sont susceptibles de porter atteinte à la pérennité ou à l'exercice de la servitude à constituer. Ce n'est en effet qu'en cas de conflit – avéré ou potentiel – que le futur bénéficiaire de la servitude nécessaire a intérêt à exiger la postposition de ces droits face à sa servitude. La postposition, consentie ou forcée, permet alors de faire échec au principe de la priorité dans le temps : la servitude de passage nécessaire postérieurement constituée obtient ainsi un rang préférable aux droits postposés.

365 Il convient dès lors de s'interroger sur l'indemnisation pour la perte d'un rang. La doctrine admet en effet que le droit à l'indemnité appartient aussi aux titulaires de droits réels limités ou de droits personnels annotés, **pour autant que ceux-ci subissent un dommage**⁶⁷¹. La perte d'un rang à la suite d'une postposition cause-t-elle nécessairement un dommage ? Pour répondre à cette épineuse question, il faut distinguer trois situations :

366 1° **S'agissant des titulaires de servitudes et de baux annotés**, la postposition est en principe requise lorsque les droits d'usage existants sur l'immeuble sont incompatibles avec la servitude de passage à constituer⁶⁷². On peut dès lors admettre que la servitude nécessaire viendra gêner ou empêcher l'exercice de ces droits, sans quoi la postposition n'aurait pas de raison d'être. Les titulaires des droits postposés subissent donc un dommage et doivent être indemnisés par celui qui requiert la postposition. Cette indemnité sera fonction de la gêne occasionnée par la servitude de

⁶⁶⁹ Voir notamment *infra* § 496 ss et 598 ss.

⁶⁷⁰ Voir *supra* § 84 ss.

⁶⁷¹ BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 27 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 83 ; CARONI-RUDOLF, p. 139.

⁶⁷² Pour des exemples, voir *supra* § 89 et 91.

passage, cas échéant en tenant compte de la durée présumée des droits postposés⁶⁷³.

- 2° **S'agissant des titulaires de gages immobiliers et de charges foncières**, la postposition vient faire échec à leur droit de solliciter la procédure de double mise à prix, *a fortiori* à la réalisation de l'immeuble libre de la servitude de passage. Cela étant, les créanciers gagistes et les titulaires de charges foncières ne subissent pas un dommage au moment de la constitution de la servitude de passage nécessaire, puisque rien n'indique à ce stade qu'ils devront faire appel à leur garantie réelle. Leur dommage est incertain : une indemnisation de la part du bénéficiaire du passage serait donc prématurée⁶⁷⁴. 367

Pour cette raison, la doctrine préconise l'application de **l'art. 810 al. 1 CC**⁶⁷⁵. Selon cette disposition, les dépréciations qui se produisent sans la faute du propriétaire confèrent au créancier le droit d'exiger des sûretés ou le remboursement partiel dans la mesure où le propriétaire est indemnisé pour le dommage subi. La constitution d'une servitude de passage nécessaire cause précisément une dépréciation de l'immeuble remis en gage (ou grevé d'une charge foncière⁶⁷⁶) non imputable au propriétaire grevé, et pour laquelle ce dernier reçoit une indemnité. Partant, les créanciers gagistes peuvent requérir des **sûretés**, sous forme de sûretés réelles ou personnelles. Leur nature et leur montant seront décidés d'accord entre le propriétaire grevé et le créancier gagiste, ou, à défaut, fixés par le juge⁶⁷⁷. Elles s'élèveront au maximum au montant de l'indemnité reçue en compensation, correspondant à la dépréciation de l'immeuble. 368

A noter que dans cette constellation, le droit aux sûretés est **dirigé contre le propriétaire du fonds grevé du passage** (à qui l'indemnité est versée), et non contre le bénéficiaire de la servitude⁶⁷⁸. Le propriétaire grevé sera donc attentif, au moment du calcul de l'indemnité due en compensation de la création du passage, à l'éventuel préjudice supplémentaire causé par la 369

⁶⁷³ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 36.

⁶⁷⁴ Dans ce sens : CARONI-RUDOLF p. 140 s.

⁶⁷⁵ CR CC II-MARCHAND, art. 810 CC n. 4 ; STEINAUER, Droits réels, tome III, n. 2744a ; CARONI-RUDOLF p. 140 s. ; BOSSHART p. 47. *Contra* : BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 83, qui renvoie dans ce cas à la jurisprudence qui préconise l'application de l'art. 804 CC par analogie à l'expropriation des immeubles constitués en gage (ATF 53 II 457 in JdT 1928 I 578).

⁶⁷⁶ L'art. 810 al. 1 CC s'applique par analogie aux titulaires de charges foncières, cf. STEINAUER, Droits réels, tome III, n. 2601.

⁶⁷⁷ CR CC II-MARCHAND, art. 810 CC n. 4.

⁶⁷⁸ CARONI-RUDOLF p. 141.

constitution des sûretés exigées par les créanciers gagistes dont les droits sont postposés (par exemple, en sollicitant lui-même des sûretés du propriétaire du fonds dominant)⁶⁷⁹.

370 3° **S'agissant des titulaires de droits d'emption, de préemption ou de réméré annotés au registre foncier**, nous avons déjà conclu *supra* que seuls les droits d'acquisition conditionnels **fixant un prix à l'avance** (à savoir le droit d'emption, le droit de réméré et le droit de préemption dit limitatif) étaient susceptibles d'être incompatibles avec la servitude de passage nécessaire, avec pour conséquence qu'un bénéficiaire du passage pouvait avoir intérêt à exiger leur postposition⁶⁸⁰. L'opportunité et le calcul d'une indemnisation pour leur postposition est cependant loin d'être simple : d'une part, parce que le dommage ne survient qu'à condition que le titulaire du droit d'acquisition conditionnel exerce son droit ; d'autre part, parce que ce dommage s'élèvera alors à la dépréciation de l'immeuble, soit à un montant ayant précisément déjà fait l'objet de l'indemnité payée auprès du propriétaire grevé.

371 Sur le plan conceptuel, une partie de la doctrine s'interroge sur la portée de l'obligation du promettant-vendeur de maintenir les choses en l'état jusqu'à la levée de l'option⁶⁸¹ – soit notamment l'obligation de s'abstenir de grever l'immeuble de droits réels limités. Cette obligation, déduite de l'art. 152 al. 1 CO⁶⁸², ne se marie pas toujours très bien avec les droits d'acquisition conditionnels. En effet, les parties au pacte d'emption, de préemption ou de réméré, souhaitent-elles réellement restreindre le pouvoir de disposer du promettant sur son immeuble ? Il est permis d'en douter selon les circonstances du cas, en particulier lorsque lesdits droits sont concédés sur une longue durée⁶⁸³.

372 A notre sens, il n'est alors pas choquant de partir du principe que le titulaire d'un droit d'acquisition conditionnel concédé **pour une longue**

⁶⁷⁹ Dans ce sens, voir BOSSHART, p. 47, qui qualifie le propriétaire grevé d'une « espèce de dépositaire de la réparation due à ces personnes ».

⁶⁸⁰ Voir *supra* § 92.

⁶⁸¹ Pour plus de développements, voir FOËX, Le droit d'emption, p. 14 ss et BRÜCKNER, n. 127 ss (droit de préemption) et n. 144 ss (droit d'emption).

⁶⁸² L'art. 152 CO s'applique aux droits d'acquisition conditionnels, qui constituent des ventes conditionnelles (ATF 129 III 264 consid. 3.2.1 ; CR CO I-FOËX, art. 216 CO n. 23 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2408 ; voir toutefois STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2466.

⁶⁸³ Dans ce sens : BRÜCKNER, n. 145 s.

durée (cinq ans ou plus⁶⁸⁴) n'a droit à aucune indemnité à la suite de la postposition de son droit. En effet, ce dernier ne doit pas compter sur un *statu quo* de la situation juridique de l'immeuble sur une longue durée, ce d'autant plus pour les dépréciations qui ne relèvent pas de la volonté du promettant mais de restrictions légales à la propriété. En outre, la fixation d'un prix à l'avance dénote une certaine acceptation de la variabilité de la valeur vénale de l'immeuble indépendamment du prix fixé – ce dernier étant d'ores et déjà soustrait aux règles du marché.

A l'inverse, si le droit d'acquisition conditionnel limitatif est concédé **pour une courte durée**, il est plus délicat de faire porter à son titulaire le risque des changements survenant dans la situation juridique de l'immeuble. Aussi, si ce titulaire ne peut certes pas requérir la radiation de la servitude légale du fait de la postposition de son droit, il conserve néanmoins une prétention en dédommagement du fait de la dépréciation de l'immeuble, exigible à la condition qu'il exerce son option d'achat. La garantie de cet éventuel dédommagement peut passer par la constitution de sûretés au moment de la constitution de la servitude légale (art. 810 al. 1 p.a. CO) ou par le paiement de l'indemnité prévue à l'art. 694 al. 1 CC sous forme de rente à échéance plus ou moins lointaine à verser en mains du propriétaire actuel de l'immeuble grevé. 373

Fort de ces considérations, l'on peut conclure qu'en tant que tel, le droit à l'indemnité dépend du caractère effectif ou éventuel du dommage : dans le premier cas, le titulaire du droit postposé a droit à une indemnité ; dans le second cas, il a droit à des sûretés. Quant au calcul de l'indemnité, respectivement des sûretés, il dépend des circonstances de chaque cas, avec pour limite maximale celui de l'indemnité d'expropriation due au propriétaire grevé. En l'absence de solution légale univoque, il revient au final aux parties de se montrer inventives et de proposer des solutions aptes à satisfaire au mieux leurs intérêts respectifs, à défaut de quoi la décision reviendra au juge, qui tranchera en équité. 374

⁶⁸⁴ Ce qui constitue une longue durée dépend en réalité plus de l'ensemble des circonstances du cas. Voir notamment BRÜCKNER, n. 145, pour qui la concession d'un droit d'emption de plus de trois ans constitue déjà une longue durée.

Chapitre 6 : Synthèse de la première partie

Par souci de lisibilité, il convient de récapituler les principaux points abordés dans nos cinq précédents chapitres : 375

1° Nous avons débuté cette étude par le rappel de quelques notions générales dont la compréhension nous a paru nécessaire pour les développements à suivre (**Chapitre 1**). 376

Après avoir admis l'existence d'une restriction légale indirecte à la propriété foncière (n. 10 ss), nous avons passé en revue certaines conséquences du caractère *propter rem* des obligations issues de l'art. 694 CC, notamment en cas de transfert de propriété des immeubles ainsi qu'en matière de prescription et de renonciation au droit (n. 19 ss). Nous nous sommes ensuite arrêtée sur la notion de servitude légale (n. 30 ss), pour préciser que dite nature légale découlait de la restriction légale attachée à la servitude, indépendamment d'une constitution volontaire ou contentieuse, ou des indications figurant au registre foncier (n. 34 s.). 377

2° Par la suite, nous nous sommes intéressée au cercle des titulaires de la créance légale en octroi du passage nécessaire, respectivement de ses obligés (**Chapitre 2**). 378

Du côté actif, la créance en octroi d'un passage nécessaire appartient au propriétaire privé (n. 37 s.) d'un bien-fonds (n. 39 s.) ou d'un droit distinct et permanent immatriculé au registre foncier (n. 41 ss) ; elle n'appartient qu'exceptionnellement au propriétaire d'une part de copropriété, à savoir le propriétaire d'étage dont seule son unité d'étage est privée d'issue suffisante sur la voie publique (n. 46 ss). En cas de propriété collective sur l'immeuble, tous les propriétaires en commun et les copropriétaires (ordinaires ou d'étages) doivent agir conjointement (n. 54 ss). La communauté des propriétaires d'étages ne dispose quant à elle pas de la légitimation active (n. 63 ss) ; il en va de même des autres titulaires de droits sur ou en relation avec l'immeuble privé d'issue suffisante (n. 66 ss). 379

Du côté passif, l'obligation de constituer un droit de passage lie en premier lieu les propriétaires voisins (n. 71 ss) de biens-fonds (n. 74) ou de droits distincts et permanent immatriculés au registre foncier (n. 75 s.) ; une part d'étage peut exceptionnellement être grevée d'un droit de passage nécessaire, mais non une part de copropriété ordinaire (n. 77 ss). Un 380

immeuble dépendant devrait également pouvoir être grevé séparément d'un droit de passage nécessaire (n. 80 s.). En cas de propriété collective sur l'immeuble à grever, les propriétaires en commun, de même que les copropriétaires, forment une consorité passive nécessaire (n. 82); par ailleurs, la communauté des propriétaires d'étages ne dispose pas de la légitimation passive (n. 83). L'obligation légale lie enfin les titulaires de droits réels limités ou les bénéficiaires de droits personnels annotés sur l'immeuble à grever, qui peuvent être contraints de postposer leurs droits lorsque le droit de passage nécessaire pourrait entrer en conflit avec ces derniers (n. 84 ss).

381 3° Notre analyse s'est subséquemment portée sur les conditions de la naissance de la créance légale (**Chapitre 3**).

382 Dans un premier temps, nous avons dressé les contours de la notion d'issue insuffisante sur la voie publique (n. 95 ss). La voie publique a été définie comme regroupant les routes et chemins publics en tant que biens du domaine public servant à l'usage commun en vertu d'une affectation (n. 100 ss.). Nous avons examiné les causes de l'insuffisance d'une issue, en différenciant les causes matérielles (n. 108 ss) des causes juridiques (n. 110 ss), pour finalement exclure l'incidence de la cause de l'insuffisance sur la prétention à l'octroi du passage nécessaire (à l'exception du caractère subsidiaire de dite prétention lorsque l'insuffisance trouve sa cause dans une modification du régime de circulation, voir n. 114 ss). Par la suite, nous avons discuté de la mesure de l'insuffisance d'une issue (n. 124 ss), se jugeant à l'aune des possibilités d'exploitation d'un immeuble conformément à sa destination, c'est-à-dire en fonction de son affectation (n. 129 ss) et de ses particularités topographiques (n. 134 s.); cela nous a amenée à dresser une casuistique recensant certaines situations fréquentes (issue non carrossable, trop étroite, trop pentue, trop chère, etc., voir n. 136 ss). Il a enfin été question de l'incidence des critères développés par le droit public des constructions en matière d'accès : après avoir fait le tour de la notion d'accès suffisant en tant que condition de l'autorisation de construire selon la LAT (n. 162 ss), nous avons étayé (n. 177 ss) et critiqué (n. 187 ss) la position très hermétique du Tribunal fédéral se refusant à prendre en compte le droit public dans l'interprétation de la notion d'issue insuffisante en droit privé. Cela nous a convaincue de poser le principe qu'une issue était insuffisante au sens de l'art. 694 al. 1 CC si elle faisait obstacle à l'octroi d'un permis de construire nécessaire à l'exploitation rationnelle d'un immeuble (n. 192 ss) – ceci impliquant *in fine* de tenir compte des éventuelles décisions administratives (n. 197 ss).

Dans un deuxième temps, nous nous sommes arrêtée sur la notion d'état de nécessité (n. 0 ss). Nous avons tout d'abord examiné la condition jurisprudentielle de la subsidiarité du droit au passage nécessaire par rapport aux moyens de droit public (n. 221 ss), en étudiant les instruments offerts aux collectivités publiques pour garantir l'accès (n. 207 ss) ; pour des motifs de fond (n. 225 ss) et de forme (n. 230 ss), nous avons plaidé contre la condition de subsidiarité telle qu'actuellement formulée par le Tribunal fédéral (n. 233 ss). Nous avons ensuite analysé les autres possibilités de passage propres à exclure l'existence d'un état de nécessité, à savoir : l'existence d'un droit de passage de droit privé cantonal (n. 236 ss), l'existence d'une autre servitude de passage (n. 240 ss), la possibilité de passer par un autre immeuble appartenant au même propriétaire (n. 250 ss) et l'existence d'un droit personnel de passage (n. 253 ss). Tout en excluant le principe du droit au passage nécessaire dans dites situations, nous avons çà et là apporté certains assouplissements aux rigueurs jurisprudentielles. Notre regard s'est enfin porté sur la condition liée à l'absence d'imputabilité ou de tolérance de l'état de nécessité (n. 263 ss), par des exemples et des prises de position sur le caractère délibéré ou non de la création de l'état de nécessité dans diverses situations (n. 267 ss) – avec un accent particulier sur la situation du propriétaire qui construit (n. 276 ss). 383

Dans un troisième et dernier temps, nous avons argumenté en faveur d'une plus grande pondération des intérêts au stade de l'analyse des conditions à la naissance du droit au passage nécessaire (n. 282 ss), d'une part, en cas de doute sur l'avènement d'une des conditions à l'octroi du passage nécessaire (n. 287 ss et n. 293), d'autre part, en présence de lourds inconvénients pour le fonds servant (n. 291 s.). 384

4° Au chapitre suivant, nous avons examiné les critères permettant de déterminer l'immeuble à grever du passage nécessaire et de fixer l'assiette de la servitude (**Chapitre 4**). 385

Cela nous a menée à interroger et à tempérer l'ordre de priorité établi à l'art. 694 al. 2 CC pour déterminer le fonds servant (n. 295 ss), par l'examen des critères d'antériorité (n. 301 ss) et de moindre dommage (n. 308 ss). Il a ensuite été question de la fixation de l'assiette de la servitude selon l'art. 694 al. 3 CC, au gré des intérêts souvent divergents des propriétaires des fonds servant et dominant (n. 314 ss). 386

5° Le dernier chapitre de cette partie s'est concentré sur l'indemnité à verser en contrepartie de la constitution de la servitude (**Chapitre 5**). 387

388 Cette indemnité s'apparente à une indemnité d'expropriation (n. 323 ss) ; son calcul s'effectue dès lors sur la base des règles sur l'expropriation partielle – non sans difficulté compte tenu de l'absence de valeur vénale propre à la servitude (n. 330 ss). Nous avons ainsi exposé et commenté deux méthodes de calcul envisageables (n. 339 ss) et listé certains facteurs susceptibles d'influer sur la dépréciation du fonds servant (n. 352 ss). Nous nous sommes ensuite questionnée sur la forme de l'indemnité (soit en principe en capital, exceptionnellement sous forme de rente en cas d'accord des parties, voir n. 355 ss) et sur le moment de son versement (soit en principe simultanément au dépôt de la réquisition d'inscription de la servitude au registre foncier, voir n. 360 ss). Nous avons enfin admis que certains titulaires de droits réels limités ou de droits personnels annotés puissent également prétendre au paiement d'une indemnité (ou à la constitution de sûretés) en raison de la postposition de leurs droits face à la servitude légale, pour autant qu'ils subissent (ou risquent de subir) un dommage (n. 364 ss).

Deuxième partie : La constitution de la servitude de passage nécessaire

Cette deuxième partie, empreinte d'un caractère pratique, s'intéressera à la constitution proprement dite de la servitude de passage nécessaire. Après quelques remarques liminaires (Chapitre 1), nous analyserons les particularités du contrat constitutif de la servitude de passage nécessaire (Chapitre 2). Il sera ensuite question de l'action judiciaire en octroi de la servitude (Chapitre 3), avant d'examiner plus brièvement l'opération d'acquisition proprement dite (Chapitre 4). Nous concluons cette deuxième partie par une synthèse (Chapitre 5). 389

Chapitre 1 : Remarques liminaires

En vertu de l'**art. 731 al. 1 CC**, l'inscription au registre foncier est nécessaire 390 pour la constitution des servitudes. L'alinéa deux tempère ce principe, en ce sens que les règles de la propriété sont applicables, sauf disposition contraire, à l'acquisition et à l'inscription. Cela renvoie aux modes d'acquisition de la propriété foncière, moyennant inscription au registre foncier ou sans inscription au registre foncier. L'alinéa trois mentionne enfin le cas particulier de la prescription acquisitive des servitudes.

Il existe des modes originaires et des modes dérivés d'acquisition des 391 servitudes de passage. En premier lieu, eu égard aux principaux **modes d'acquisition originaire** des servitudes de passage, nous formulerons quatre remarques :

1° Une servitude de passage peut être constituée par voie d'**expropriation** 392 partielle du fonds servant, sur la base du droit public⁶⁸⁵ ; c'est alors une servitude ordinaire qui est constituée, et non une servitude légale, puisque l'Etat n'est pas titulaire de la créance légale issue de l'art. 694 CC⁶⁸⁶.

2° Une servitude de passage peut être constituée par **occupation**, lorsqu'il 393 résulte du registre foncier que le fonds servant est devenu chose sans maître (art. 658 al. 1 CC). Là encore, il y a lieu d'admettre la constitution d'une servitude ordinaire – quand bien même les conditions de l'art. 694 CC seraient remplies, celle-ci étant en principe à l'avantage de l'occupant.

3° Une servitude de passage peut être constituée par **prescription ordinaire** 394 **ou extraordinaire** aux conditions des art. 661 ou 662 CC⁶⁸⁷. Il n'est ainsi théoriquement pas exclu qu'une servitude de passage nécessaire selon l'art. 694 CC puisse être acquise par prescription ordinaire, si l'inscription indue au registre foncier fait état de la nature légale de cette servitude. A l'exception de ce cas de figure anecdotique, celui qui prescrit acquiert en règle générale une servitude ordinaire.

⁶⁸⁵ Voir *supra* § 218 ss.

⁶⁸⁶ Voir *supra* § 37 ss.

⁶⁸⁷ Pour plus de développements, voir notamment STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3356 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 852 ss.

- 395 4° Une servitude de passage ne peut enfin jamais être constituée par **prescription contra tabulas** : le droit suisse exclut en effet l'acquisition d'une servitude par un possesseur non inscrit au registre foncier alors que le propriétaire du fonds servant est inscrit et connu⁶⁸⁸ ; partant, le seul fait qu'un propriétaire ait toléré pendant une longue période le passage à travers son fonds ne crée pas de servitude⁶⁸⁹.
- 396 L'on en déduit que la servitude de l'art. 694 CC, ancrée dans le droit de voisinage et empreinte d'un caractère contraignant, **se marie mal avec les modes d'acquisition originaire** des droits réels limités – à l'exception de l'hypothèse de la constitution par jugement formateur, qui sera discutée en détail *infra*⁶⁹⁰.
- 397 En second lieu, s'agissant des **titres d'acquisition fondant une acquisition dérivée**, nous formulerons trois remarques :
- 398 1° Le titre d'acquisition d'une servitude de passage nécessaire ne peut pas consister en une manifestation unilatérale de volonté d'un propriétaire de deux fonds de grever l'un d'une telle servitude en faveur de l'autre. La **servitude du propriétaire** de l'art. 733 CC ne peut en effet pas avoir pour objet la constitution d'un passage nécessaire, puisque le propriétaire de deux immeubles voisins ne se trouvera jamais dans l'état de nécessité exigé par l'art. 694 CC.
- 399 2° Le titre d'acquisition d'une servitude de passage nécessaire peut en revanche consister en une **sentence arbitrale** condamnant à l'inscription d'un droit de passage⁶⁹¹ ; la sentence arbitrale déploie alors les mêmes effets qu'un jugement⁶⁹². Par ailleurs, l'**arbitrabilité** des litiges portant sur la constitution d'un droit de passage nécessaire doit être admise⁶⁹³. Malgré

⁶⁸⁸ ATF 116 II 267, consid. 6 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2163 et 3357 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 854.

⁶⁸⁹ ATF 131 III 345, consid. 2.3.2 ; TF 5A_40/2006 du 18 avril 2006, consid. 9 ; CR CC II-ARGUL, art. 731 CC n. 4 et 13. Voir également TF 5D_172/2016 du 4 avril 2017, consid. 3.2 (passage non reproduit dans l'ATF 143 I 217).

⁶⁹⁰ Voir *infra* § 494 ss.

⁶⁹¹ En théorie, la doctrine semble admettre qu'une sentence arbitrale puisse avoir un effet formateur et permettre l'acquisition originaire d'un droit réel, voir notamment : CR CC II-STEINAUER, art. 656 CC n. 29 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 665 CC n. 12 ; BK ZPO-STACHER, art. 387 CPC n. 29 et 53 ; cependant, pour des raisons que nous développerons par la suite, nous excluons la possibilité d'un effet formateur dans le cas de l'octroi d'un droit de passage nécessaire, voir *infra* § 494 ss.

⁶⁹² Cf. art. 387 CPC (arbitrage interne) ; art. 190 al.1 CPC (arbitrage international).

⁶⁹³ Sur la question de l'arbitrabilité des litiges de nature réelle, voir JEANDIN, L'arbitrage immobilier, p. 105 ss. Voir en outre les art. 354 CPC (arbitrage interne) et 177 al. 1 LDIP (arbitrage international).

certaines avantages de l'arbitrage (notamment la souplesse de la procédure arbitrale et la limitation des possibilités de remise en cause de la sentence), l'on peut douter que les parties en litige sur un droit de passage optent pour ce mode alternatif de résolution des conflits. Les raisons sont multiples : coûts généralement plus élevés, nécessité de s'entendre sur une convention d'arbitrage après la survenance du différend, incompétence du tribunal arbitral pour ordonner des mesures d'exécution directe⁶⁹⁴, etc. Au final, ce litige non contractuel à caractère très « local » se prête bien à un traitement devant les tribunaux civils ordinaires. Pour cette raison, l'arbitrage immobilier ayant pour objet un passage nécessaire ne sera pas examiné plus en détail.

- 3° La servitude de passage nécessaire peut enfin être constituée à la suite d'une **médiation** : celle-ci peut s'avérer bien adaptée à la résolution des litiges entre voisins, qui présentent souvent une composante émotionnelle et opposent des personnes appelées à se côtoyer durablement⁶⁹⁵. Si la médiation aboutit à un accord, la mise en œuvre de ce dernier requerra toutefois soit l'intervention du juge, par le biais d'une ratification de l'accord (art. 217 CPC), soit l'intervention du notaire, par le biais d'un acte authentique concrétisant l'accord intervenu. Dans la mesure où la médiation ayant pour objet un passage nécessaire ne crée pas de titre d'acquisition particulier, elle ne fera pas non plus l'objet de plus de développements dans la suite de notre exposé. 400

Dans la pratique, la quasi-totalité des droits de passage nécessaire est, à notre connaissance, constituée à la suite de la condamnation judiciaire du propriétaire de l'immeuble à grever. A l'inverse, lorsque les propriétaires tombent d'accord, ils conviennent généralement de la constitution d'une servitude de passage volontaire, de sorte qu'il est difficile d'estimer la proportion des servitudes « volontaires » qui sont en réalité nécessaires. La doctrine admet pourtant unanimement la faculté de constituer une servitude légale par le biais d'un accord extra-judiciaire⁶⁹⁶. 401

Forte de ces remarques liminaires, notre analyse se limitera aux deux titres d'acquisition que sont le contrat constitutif de servitude d'une part et le jugement condamnatore d'autre part. Nous débiterons notre analyse par l'examen du contrat constitutif de servitude (ci-après : Chapitre 2), dans la 402

⁶⁹⁴ Pour plus de développements, voir JEANDIN, L'arbitrage immobilier, p. 116 et 118.

⁶⁹⁵ PRADERVAND-KERNEN, Conflits de voisinage, p. 4. Pour plus de développements, voir PRADERVAND-KERNEN, Conflits de voisinage, p. 23 ss.

⁶⁹⁶ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 5 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 70 ; CARONI-RUDOLF p. 101 s.

mesure où l'étude de ses clauses nous servira à mieux appréhender le cadre de la servitude étudiée, et par conséquent, à délimiter le champ de l'action judiciaire (ci-après : Chapitre 3).

Chapitre 2 : Le contrat constitutif de servitude de passage nécessaire

Sous ce chapitre, nous analyserons la qualification juridique de ce que nous avons, par anticipation, qualifié de contrat constitutif de servitude de passage nécessaire (§ I.). Nous discuterons ensuite des clauses objectivement essentielles (§ II.) et des clauses secondaires (§ III.) de ce contrat, avant de nous intéresser à sa forme (§ IV.). Nous concluons ce chapitre par une proposition de modèle de contrat (§ V.). 403

§ I. La qualification juridique

Par définition, un **contrat constitutif de servitude** confère à son bénéficiaire une créance tendant à la constitution d'une servitude⁶⁹⁷. Ce contrat n'octroie pas directement le droit à l'exercice de la servitude, mais constitue le titre d'acquisition permettant d'en obtenir l'inscription au registre foncier⁶⁹⁸. 404

Ce qui précède vaut sans exception pour les servitudes volontaires, qui reposent sur l'accord des parties. Qu'en est-il alors des **servitudes légales**, dont la constitution découle d'une obligation légale ? Nous avons en effet vu *supra* qu'à certaines conditions, la loi fonde elle-même une créance en constitution d'une servitude⁶⁹⁹. 405

Lorsque les parties s'engagent à constituer une servitude légale, il convient de se demander si elles concluent véritablement un **contrat**, ou si, au contraire, il s'agit d'une simple **reconnaissance**. Pour rappel, le premier se définit comme l'échange de manifestations de volontés concordantes entre au moins deux personnes qui produit la conséquence juridique correspondant à l'accord⁷⁰⁰ ; le contrat a un effet formateur, soit celui de créer une relation juridique entre les parties, et un effet obligatoire, soit celui de lier les parties à ce qui a été convenu⁷⁰¹. La seconde constitue un titre par lequel le débiteur déclare à son 406

⁶⁹⁷ STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3333 ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 138 ; JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 112.

⁶⁹⁸ Voir l'expression utilisée par JEANDIN N., *in* Le contrat constitutif de servitude, p. 112, se référant à une « fusée à plusieurs étages ».

⁶⁹⁹ Voir *supra* § 33.

⁷⁰⁰ TERCIER/PICHONNAZ, n. 250 ; CR CO I-MORIN, art. 1 CO n. 2 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 224 ; ENGEL, 158.

⁷⁰¹ TERCIER/PICHONNAZ, n. 257 ss ; CR CO I-MORIN, art. 1 CO n. 34 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 231 s.

créancier qu'il reconnaît lui devoir une certaine prestation⁷⁰² ; la reconnaissance ne fonde pas une dette nouvelle ; son but est avant tout probatoire⁷⁰³.

- 407 Selon D. PIOTET, lorsque la loi constitue le titre légal de la servitude, la conclusion d'un « véritable contrat de servitude » ne serait pas nécessaire⁷⁰⁴. La reconnaissance (écrite) de l'existence de la servitude suffirait et n'entraînerait *a fortiori* aucune obligation nouvelle eu égard à la servitude à constituer, cette obligation découlant déjà de la loi⁷⁰⁵.
- 408 Nous ne partageons pas cet avis. Certes, au vu de l'existence de la créance légale, il est exact que le propriétaire qui acquiesce à la constitution de la servitude de passage nécessaire sur son immeuble est en réalité obligé d'y consentir⁷⁰⁶. Dans ce sens, l'art. 694 CC constitue une base légale expresse fondant une **obligation de contracter** (« *Kontrahierungszwang* »)⁷⁰⁷. L'existence d'une telle obligation, si elle restreint la liberté contractuelle, n'empêche pas en tant que telle la conclusion d'un contrat au sens des art. 1 ss CO⁷⁰⁸.
- 409 Il n'est ainsi pas faux de parler de « **constitution volontaire d'une servitude nécessaire** ». Le futur propriétaire grevé accepte en effet la constitution non contentieuse du droit de passage nécessaire sur son immeuble, sans qu'une décision judiciaire ne vienne l'y condamner. L'absence d'une totale liberté de

⁷⁰² TERCIER/PICHONNAZ, n. 334. Sur la notion de reconnaissance de dette en général, cf. notamment CR CO I-TEVINI, art. 17 CO n. 1 ss ; ZK-JÄGGI, art. 17 CC n. 5 ss ; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 17 CO n. 2 ss.

⁷⁰³ TERCIER/PICHONNAZ, n. 336 s. ; CR CO I-TEVINI, art. 17 CO n. 7 ; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 17 CO n. 7.

⁷⁰⁴ PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 138. Dans ce sens également s'agissant d'une servitude de conduite, BOVEY, La propriété foncière, p. 37 n°p. 123 : « [e]n réalité, un contrat de servitude est inutile, puisque la loi est déjà la cause de la servitude ».

⁷⁰⁵ PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 138 s. et n. 151.

⁷⁰⁶ Voir ZK-LIVER, art. 732 CC n. 6 : « *Ein Vertrag, der aber durch richterliches Urteil ersetzt werden kann, ist auch erforderlich zur Begründung einer Legalservitut, doch ist es ein Vertrag, zu dessen Abschluss der Eigentümer des zu belastenden Grundstückes gesetzlich verpflichtet ist* ». Voir également JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 118 : « Le contrat constitutif de servitude demeure nécessaire, mais il est conclu dans des circonstances particulières puisque le concédant n'en a pas le choix ».

⁷⁰⁷ Dans ce sens : ENGEL, p. 100 ; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19-20 CO n. 43 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO n. 103 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1108.

⁷⁰⁸ Dans ce sens : BK-KRAMER, art. 19-20 CO n. 94 : « *Obwohl die Kontrahierungspflicht den Kerngehalt der Vertragsfreiheit tangiert, folgt der Vertragsschluss doch dem konstruktiven Modell der Art. 1 ff. So gesehen liegt trotz allem ein « Vertrag » vor* ». Sur la notion d'obligation de contracter, voir encore : ATF 129 III 35 in JdT 2003 I 127, consid. 6 ; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19-20 CO n. 34 ss ; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Vor Art. 1-40f CO n. 7 ; ENGEL, p. 94 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1102 ss.

conclure se manifeste alors par l'inscription au registre foncier du caractère légal de la servitude constituée.

En outre, le propriétaire du fonds servant prend des engagements qui dépassent la seule reconnaissance de la nécessité de constituer un passage. Bien plus, les parties aménagent en effet le contenu du droit de passage, qu'elles modèlent selon les termes de leur convention. En outre, elles se mettent d'accord sur le montant de l'indemnité prévue à l'art. 694 al. 1 CC. Ce faisant, elles créent de **nouvelles obligations**. 410

Or, c'est bien sur la base de ce **titre d'acquisition complet** que sera fondée l'inscription de la servitude au registre foncier. Ce titre doit renfermer tous les éléments objectivement essentiels au contrat de servitude, afin notamment de fixer la charge du fonds grevé. A cet égard, une simple reconnaissance émanant du propriétaire débiteur du passage serait manifestement insuffisante. Cela reviendrait notamment à laisser au conservateur du registre foncier la faculté de déterminer le contenu du droit, *a fortiori*, à exiger de lui une connaissance physique de la situation de l'immeuble, ce qui n'est pas réaliste. 411

Au vu de ces considérations, il ne nous semble pas antinomique d'approuver l'existence d'un véritable contrat constitutif de servitude de passage nécessaire⁷⁰⁹, lequel, pris dans sa globalité, est un **contrat générateur d'obligations**. Certes, ce contrat ne donne pas naissance à la créance en constitution de la servitude, puisque cette créance lui préexiste. Néanmoins, il fonde l'obligation, pour le propriétaire grevé, de requérir l'inscription du droit tel qu'il a été convenu ; dans sa complétude, il constitue la cause de l'inscription de la servitude⁷¹⁰. Ce faisant, le contrat demeure une **étape indispensable** à la constitution du droit réel hors procédure judiciaire, puisqu'il vient concrétiser la créance légale jusqu'alors abstraite⁷¹¹. 412

⁷⁰⁹ Notons que la doctrine majoritaire utilise, sans se poser plus de questions, le qualificatif de contrat constitutif de servitude (*Dienstbarkeitsvertrag*) également pour les cas de constitution de servitudes légales, voir par exemple : BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 21 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 70 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2707 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 988 ; JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 118.

⁷¹⁰ A notre sens, il se justifie d'appliquer sans réserve le principe de causalité ; aussi, si le contrat n'est pas valable, le droit au passage nécessaire ne naît pas, en dépit de l'inscription portée au registre foncier. Dans ce sens également : CARONI-RUDOLF, p. 102.

⁷¹¹ Pour reprendre l'image de N. JEANDIN (voir nbp. 698), l'on ajoute ici un étage à la fusée.

413 Au surplus, le contrat constitutif de servitude nécessaire présente encore les caractéristiques suivantes⁷¹² :

- il s'agit d'un **contrat sui generis**⁷¹³ ; à certains égards, il se rapproche du contrat de vente, ce d'autant que le paiement d'une indemnité est expressément prévu par la loi⁷¹⁴ ; le contrat ne porte toutefois pas sur un transfert de propriété, mais sur la constitution de la servitude ;
- il s'agit d'un **contrat bilatéral**, conclu entre le constituant et le titulaire du droit de passage ; le contrat est **synallagmatique**, puisque qu'il donne naissance à au moins deux obligations, dont l'une tend au paiement d'une indemnité ;
- il s'agit en principe d'un **contrat de durée**, puisque sauf dispositions contraires, il donne naissance à l'obligation d'entretenir le passage, voire à d'autres obligations durables prévues contractuellement ; en revanche, la prestation caractéristique consiste en la constitution du droit réel limité (et non pas en la tolérance du passage) ; aussi, on ne peut pas exclure qu'au gré de la convention des parties, le contrat s'épuise dans l'inscription de la servitude au registre foncier.

414 L'on rappellera enfin qu'à l'instar de ce qui prévaut lors de la constitution des servitudes volontaires, souvent intégrées au sein d'un **contrat complexe** (vente, division parcellaire, etc.), l'accord portant sur la constitution d'une servitude légale peut être intégré dans un autre contrat.

§ II. Les clauses objectivement essentielles

A. Généralités

415 Les points essentiels (*essentialia negotii*) se distinguent des points secondaires du contrat : le contrat est réputé conclu dès que les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels (art. 2 al. 1 CO), alors qu'un défaut d'accord sur les points secondaires ne porte pas préjudice à la conclusion du contrat (art. 2 al. 1 et 2 CO).

⁷¹² Liste inspirée de B. FOËX *in* Le contrat constitutif de droit de superficie, p. 26 s.

⁷¹³ ZK-LIVER, art. 732 CC n. 54 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3341 ; CARONI-RUDOLF, p. 103 ; JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 123 s.

⁷¹⁴ Pour certains rapprochements, voir JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 123 s. et PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 138.

Les **éléments objectivement essentiels** constituent le noyau du contrat : ils permettent son identification et se rapportent aux obligations principales des parties⁷¹⁵. Chacun des éléments objectivement essentiels du contrat doit ainsi être couvert par l'échange de manifestations de volonté des parties, à défaut de quoi le contrat recherché n'est pas conclu⁷¹⁶. Définis par la négative, les **éléments objectivement secondaires** sont ceux qui ne sont pas objectivement essentiels⁷¹⁷. Si toutefois une partie manifeste clairement à l'autre, avant la conclusion du contrat, qu'un point objectivement secondaire constitue pour elle une condition *sine qua non* de son engagement, dit élément devient un élément subjectivement essentiel du contrat et doit également être couvert par l'accord des parties pour que le contrat soit réputé conclu⁷¹⁸. 416

Nous nous intéresserons ci-après aux éléments objectivement essentiels du contrat constitutif d'une servitude. Ce contrat doit renfermer tous les éléments servant à déterminer la charge imposée au propriétaire du fonds grevé⁷¹⁹. S'agissant du contrat constitutif de servitude de passage nécessaire, nous dénombrons cinq clauses objectivement essentielles : la désignation des parties (B.), la désignation de l'immeuble grevé et de l'immeuble dominant (C.), l'engagement du constituant de créer une servitude (D.), la description du contenu de la servitude (E.) et l'indemnisation (F.). 417

B. La désignation des parties

Le contrat constitutif de servitude de passage nécessaire doit désigner les parties au contrat (personnes physiques ou morales), à savoir le constituant et le futur titulaire de la servitude : le premier sera le propriétaire de l'immeuble grevé et le second le propriétaire de l'immeuble dominant⁷²⁰. Si les parties au contrat n'ont pas encore acquis le pouvoir de disposer sur l'immeuble (servant 418

⁷¹⁵ CR CO I-MORIN, art. 2 CO n. 2 ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, art. 2 CO n. 7 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 332 et 339 ; TERCIER/PICHONNAZ, n. 614.

⁷¹⁶ ATF 118 II 32 in JdT 1993 I 387, consid. 3.d ; CR CO I-MORIN, art. 2 CO n. 7 ; TERCIER/PICHONNAZ, n. 611 ; JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 113.

⁷¹⁷ CR CO I-MORIN, art. 2 CO n. 5 ; BK-KRAMER, art. 1 CO n. 154.

⁷¹⁸ ATF 118 II 32 in JdT 1993 I 387, consid. 3.d ; ATF 97 II 53 in JdT 1972 I 52, consid. 3 ; CR CO I-MORIN, art. 2 CO n. 5 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 341.

⁷¹⁹ Voir l'arrêt TF 5D_190/2014 du 12 mai 2015, consid. 8.2.1 : « L'acte constitutif d'une servitude doit renfermer tous les éléments servant à déterminer la charge imposée au propriétaire du fonds grevé. Il doit ainsi désigner le fonds dominant et le fonds servant, indiquer de façon précise le contenu de la servitude, faire apparaître la volonté des parties de donner un caractère réel aux facultés concédées, éventuellement définir les obligations accessoires de faire incombant au propriétaire du fonds servant ; si le contrat constitutif ne précise pas suffisamment clairement le contenu de la servitude (cf. l'art. 738 CC), le conservateur du registre foncier peut rejeter la réquisition ». Voir également TF 5A_641/2008 du 8 janvier 2009 in RNRF 90/2009 p. 308 ss, consid. 4.1.

⁷²⁰ Pour plus de développements sur les titulaires et les obligés de la créance légale, voir *supra* § 36 ss.

ou dominant), la validité du contrat constitutif de servitude n'en est pas affectée, mais la servitude ne pourra alors être inscrite qu'une fois que la propriété aura été valablement acquise.

C. La désignation de l'immeuble grevé et de l'immeuble dominant

- 419 Le contrat constitutif de servitude de passage nécessaire doit désigner l'immeuble grevé et l'immeuble dominant : en tant que **servitude foncière**⁷²¹, le droit de passage nécessaire doit en effet être inscrit tant sur le feuillet du fonds servant que sur celui du fonds dominant (art. 98 al. 1 ORF)⁷²². S'agissant des **types d'immeubles** susceptibles de constituer les immeubles grevés ou dominants d'une servitude de passage nécessaire, nous renvoyons à nos précédents développements *supra*⁷²³.
- 420 Les immeubles doivent être **déterminés**, à tout le moins **déterminables** par le contrat⁷²⁴. Lorsqu'ils sont immatriculés au registre foncier, le contrat se réfère à leur numéro de feuillet⁷²⁵. Il n'est cependant pas nécessaire que les immeubles existent déjà au moment de la conclusion du contrat : un contrat constitutif de servitude foncière peut être conclu en prévision d'immeubles à constituer⁷²⁶ (par exemple, en vue d'une future division parcellaire). Dans ces situations, l'immeuble non encore existant doit faire l'objet d'une description géométrique précise (surface, forme, emplacement etc.) dans le contrat de servitude, cas échéant par renvoi à des plans annexés⁷²⁷.
- 421 La **description juridique** du fonds servant dans le contrat constitutif de servitude n'est en revanche pas une condition de validité de celui-ci⁷²⁸. Il n'est ainsi pas nécessaire d'énumérer dans le contrat l'ensemble des droits réels existants sur le fonds servant, quand bien même cette information peut s'avérer utile.

⁷²¹ Nous avons en effet exclu que la servitude de passage nécessaire puisse prendre la forme d'une servitude personnelle, voir *supra* § 66 ss.

⁷²² ATF 122 III 150 *in* JdT 1997 I 665, consid. 3.b ; JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 114.

⁷²³ Voir *supra* § 36 ss.

⁷²⁴ ATF 127 III 248, consid. 3.d ; ATF 95 II 605, consid. 4 ; CR CC II-ARGUL, art. 732 CC n. 6 ; ZK-LIVER, art. 732 CC n. 17 ; JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 114.

⁷²⁵ MARCHAND, La procédure d'instrumentation, p. 150.

⁷²⁶ ATF 122 III 150 *in* JdT 1997 I 665, consid. 3.b.

⁷²⁷ ATF 127 III 248, consid. 3.d ; MARCHAND, La procédure d'instrumentation, p. 150.

⁷²⁸ Pour le cas d'une vente immobilière, voir TF 4C.458/1996 du 20 février 1997 *in* RNRF 79/1998 p. 49, consid. 1.c ; MARCHAND, La procédure d'instrumentation, p. 151.

Enfin, conformément au **principe de spécialité**⁷²⁹, la servitude de passage nécessaire ne peut grever qu'un seul immeuble. Rien n'empêche toutefois un même contrat de prévoir la constitution de plusieurs servitudes, par exemple si le tracé de l'issue à réaliser doit emprunter plusieurs immeubles appartenant au même propriétaire. Il y aura alors autant de réquisitions d'inscriptions que de servitudes à constituer sur la base dudit contrat. 422

D. L'octroi d'une servitude – à fondement légal ?

Le contrat constitutif de servitude de passage nécessaire doit exprimer la volonté des parties de constituer une servitude, à savoir un droit réel par opposition à un droit à caractère obligationnel⁷³⁰. Le but du contrat est en effet de créer un droit de passage opposable aux tiers, et non aux seules parties au contrat. 423

En tant qu'élément essentiel du contrat de servitude, la volonté des parties de grever l'immeuble d'une charge réelle doit ressortir du contrat⁷³¹. La plupart du temps, cet engagement découle de la **désignation du droit** comme « servitude »⁷³². Il en va à notre avis de même pour l'expression « droit de passage » (ou « *Wegrecht* »), généralement admise pour désigner une servitude⁷³³; afin d'éviter tout malentendu, les parties prudentes lui préféreront toutefois celle de « servitude de passage ». 424

La **mention du fondement légal** de la servitude est-elle un élément essentiel au contrat ? La question n'est pas simple et ne trouve pas de réponse unanime en doctrine⁷³⁴. Selon nous, la mention de la nature légale de la servitude ne fait pas partie des *essentialia negotii* au contrat constitutif de servitude de passage nécessaire. Nous nous rallions ici à l'opinion exprimée par N. JEANDIN, selon laquelle le contrat constitutif de servitude « se suffit à lui-même », 425

⁷²⁹ Pour une définition du principe de spécialité, voir par exemple STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 145 : « [u]n droit réel ne peut porter que sur un bien individuellement déterminé ; plusieurs biens juridiquement distincts, même liés entre eux économiquement ou juridiquement, ne peuvent pas être l'objet d'un droit réel unique » ou SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 70.

⁷³⁰ ATF 95 II 605, consid. 4 ; CR CC II-ARGUL, art. 732 CC n. 7 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 732 CC n. 11 ; ZK-LIVER, art. 732 CC n. 32-33 ; JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 116 s.

⁷³¹ ATF 95 II 605, consid. 4 ; CR CC II-ARGUL, art. 732 CC n. 7 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 732 CC n. 11 ; ZK-LIVER, art. 732 CC n. 32-33 ; JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 116 s.

⁷³² CR CC II-ARGUL, art. 732 CC n. 7 ; ZK-LIVER, art. 732 CC n. 33 ; JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 117.

⁷³³ Dans ce sens : ZK-LIVER, art. 732 CC n. 33.

⁷³⁴ Voir les avis à première vue divergents de N. JEANDIN *in* Le contrat constitutif de servitude, p. 118, d'une part et de P. LIVER *in* ZK-LIVER, art. 732 CC n. 16 et 39 et de P.-H. STEINAUER *in* Droits réels, tome II, n. 3336, d'autre part.

indépendamment de la mention du contexte particulier dans lequel la servitude a été concédée, à savoir en vertu d'une obligation légale⁷³⁵. Cela résulte du fait qu'une servitude dite « légale » n'est pas un type de droit réel limité en soi, mais une servitude foncière au sens des art. 730 ss CC. Or, c'est bien à la constitution d'une telle servitude qu'œuvre le contrat constitutif de servitude de passage nécessaire : le but du contrat est la création d'un droit de passage opposable aux tiers. C'est sur ce point que doit porter l'accord des parties.

426 Rappelons par ailleurs que nous avons soutenu *supra* que ce qui confère à une servitude son caractère « légal », c'est la restriction légale indirecte qui y est attachée : au moment de sa constitution, le propriétaire de l'immeuble servant se trouve dans l'obligation de constituer la servitude⁷³⁶. Dès lors, ce n'est pas parce que le contrat ne mentionne pas la création d'un droit de passage nécessaire qu'un tel droit n'est pas créé ; *a contrario*, ce n'est pas parce que le contrat mentionne la création d'un droit de passage nécessaire que ce dernier est créé⁷³⁷.

427 Si nous excluons ainsi que la mention du fondement légal constitue un élément essentiel du contrat constitutif de la servitude de passage nécessaire, son défaut peut néanmoins être **lourd de conséquences** :

- d'une part, la nature légale de la servitude ne sera pas opposable aux tiers de bonne foi, avec les suites qui en découlent⁷³⁸ ;
- d'autre part, même en cas de litige entre les parties originaires quant au fondement (légal ou volontaire) de la servitude, il sera difficile d'établir que la servitude a été concédée dans le seul but de se conformer à une obligation légale si le contrat ne le mentionne aucunement ; en effet, en vertu des principes d'interprétation des contrats (art. 18 CO), un texte clair ne faisant pas référence – de manière expresse ou tacite⁷³⁹ – à la

⁷³⁵ N. JEANDIN *in* Le contrat constitutif de servitude, p. 118.

⁷³⁶ Voir *supra* § 34 ss.

⁷³⁷ Dans cette dernière hypothèse, on peut à notre avis partir de l'idée que les parties ont voulu convenir d'un droit de passage qui perdrait toute utilité dans le cas où un nouvel accès viendrait relier l'immeuble dominant à la voie publique, ce indépendamment des éventuels avantages procurés par ladite servitude.

⁷³⁸ Voir *infra* § 654 ss.

⁷³⁹ A titre de référence tacite, on pensera par exemple à une clause stipulant que la servitude s'éteindra si le fonds dominant devait disposer d'une autre issue à la voie publique, ou encore à un préambule faisant clairement référence à une situation d'enclavement et à la nécessité d'une issue.

nature légale de la servitude sera un indice en faveur de la constitution d'un droit de passage de nature volontaire⁷⁴⁰.

Partant, le contrat constitutif d'un droit de passage nécessaire qui ne fait pas état, d'une manière ou d'une autre, de l'existence d'une restriction légale indirecte sous-jacente, crée une servitude dont la nature « légale » est extrêmement fragile. C'est pourquoi, si les parties se sont entendues sur la constitution d'un droit de passage au sens de l'art. 694 CC, il leur est fortement conseillé de le désigner comme tel dans leur contrat. 428

E. La description du contenu de la servitude

1) Généralités

Le contrat constitutif de servitude de passage nécessaire doit décrire le contenu de la servitude concédée, soit un élément essentiel pour déterminer la charge imposée au propriétaire du fonds grevé⁷⁴¹. Ce n'est en effet pas parce que la servitude voit son emprise légalement limitée au « passage nécessaire » que l'on peut passer outre une description de son contenu. 429

Un certain degré de **précision** est nécessaire : on admet que le contenu du contrat est suffisamment précis s'il permet au conservateur du registre foncier de procéder à l'inscription de la servitude⁷⁴². Un niveau de précision tel qu'il exclurait *ab initio* toute éventualité de litige futur sur le contenu ou la manière d'exercer la servitude n'est pas requis⁷⁴³. Néanmoins, la servitude foncière étant appelée à toucher des tiers non parties au contrat constitutif, une grande clarté dans l'aménagement du droit est vivement conseillée⁷⁴⁴. 430

Notons enfin que les clauses contractuelles relatives au contenu et à l'étendue de la servitude concernent en règle générale les propriétaires respectifs du fonds servant et du fonds dominant. Une clause du contrat de servitude qui n'aurait qu'une portée obligationnelle est donc un cas exceptionnel et constitue 431

⁷⁴⁰ Pour plus de développements sur l'interprétation, voir *infra* § 643 ss, et en particulier § 654 ss.

⁷⁴¹ TF 5D_190/2014 du 12 mai 2015, consid. 8.2.1 ; TF 5A_641/2008 du 8 janvier 2009 *in* RNRF 90/2009 p. 308 ss, consid. 4.1 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3336.

⁷⁴² En effet, si le contrat constitutif ne précise pas suffisamment clairement le contenu de la servitude, le conservateur du registre foncier rejettera la réquisition, cf. TF 5D_190/2014 du 12 mai 2015, consid. 8.2.1.

⁷⁴³ ZK-LIVER, art. 732 CC n. 20.

⁷⁴⁴ JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 115 ; MOOSER, Des servitudes, p. 421.

une dérogation à la règle⁷⁴⁵. Pour cette raison, si les parties désirent donner un caractère obligationnel à l'une des clauses de leur contrat, elles doivent le formuler explicitement.

2) *L'assiette de la servitude*

- 432 En matière de servitude de passage, le contrat constitutif doit avant tout décrire l'**assiette** de la servitude⁷⁴⁶, à savoir l'endroit où la servitude s'exercera sur le fonds servant⁷⁴⁷. En tant qu'élément essentiel du contrat, l'assiette doit être déterminée, à tout le moins déterminable⁷⁴⁸.
- 433 En vertu de l'art. **732 al. 2 CC**, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012, la servitude doit être dessinée sur un **extrait de plan du registre foncier** lorsque son exercice se limite à une partie de l'immeuble et que le lieu où elle s'exerce n'est pas décrit avec suffisamment de précision dans le titre. Lorsqu'un extrait de plan au registre foncier doit être joint aux pièces justificatives, la localisation de la servitude doit alors être effectuée par les parties sur cet extrait de telle manière qu'elle ne donne lieu à aucune ambiguïté du point de vue géométrique (art. 70 al. 3 ORF).
- 434 En accord avec M. MOOSER, nous comprenons de la formulation de l'art. 732 al. 2 CC que le législateur n'a pas souhaité imposer la production d'un plan, lorsque l'assiette de la servitude à constituer ressort de manière suffisamment précise du **texte du titre d'acquisition** (par exemple : « un passage d'une largeur de 4 mètres le long de limite ouest du fonds servant, reliant la parcelle n°xxx à la voie publique yyy »)⁷⁴⁹. Rares sont toutefois les situations où les mots suffisent à décrire sans équivoque l'assiette d'une servitude de passage : une telle possibilité devrait être admise uniquement lorsque la largeur du passage est identique sur toute sa longueur et que le tracé longe une limite parcellaire ou un autre repère fixe. Quoi qu'il en soit, la production d'un plan

⁷⁴⁵ ATF 128 III 265 in JdT 2003 I 113, consid. 3.a : ZK-LIVER, art. 730 CC n. 78.

⁷⁴⁶ TF 5D_190/2014 du 12 mai 2015, consid. 8.2.1 ; TF 5A_641/2008 du 8 janvier 2009 in RNRF 90/2009 p. 308 ss, consid. 4.1 ; ZK-LIVER, art. 732 CC n. 22 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3337 ; JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 115 ; MOOSER, La description, p. 258.

⁷⁴⁷ MOOSER, La description, p. 257.

⁷⁴⁸ TF 5A_641/2008 du 8 janvier 2009 in RNRF 90/2009 p. 308 ss, consid. 4.1 ; TC VS du 3 décembre 2015 in RVJ 2017 p. 164 ss, consid. 4.1.2 ; JEANDIN E., Les dispositions, p. 57.

⁷⁴⁹ MOOSER, L'impact, p. 26. Semblent aussi partager cet avis : CR CC II-ARGUL, art. 732 CC n. 13 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3337 ; HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen, p. 36. Dans ce sens également, voir FF 2007 p. 5042 s. : « [s]elon le nouvel al. 2, il est nécessaire de produire un plan auprès de l'office du registre foncier pour une servitude dont l'exercice est limité localement, lorsque celle-ci ne peut pas être déterminée de manière suffisamment précise par le titre. L'annexe fait partie intégrante du titre ».

demeure vivement conseillée pour obtenir une délimitation géographique non équivoque de la charge imposée⁷⁵⁰.

Par les termes « **extrait de plan du registre foncier** » employés à l'art. 732 al. 2 CC, le législateur n'exige pas la production d'un plan délivré et signé par un géomètre. Au contraire, un extrait de plan du registre foncier tiré d'internet, sur lequel apparaissent les limites de l'immeuble et la position des bâtiments, est suffisant⁷⁵¹. Il n'en demeure pas moins que ce qui constitue un « extrait de plan du registre foncier » est défini par l'art. 7 OMO⁷⁵². Aussi, la jurisprudence fédérale se montre hésitante sur l'admissibilité d'un **plan privé** (notamment un plan dressé par un architecte). Dans un ATF 138 III 742, le Tribunal fédéral a exclu qu'un tel plan offre des garanties suffisantes⁷⁵³ ; il est depuis revenu discrètement sur ses mots dans un arrêt non publié de 2015⁷⁵⁴. 435

A notre avis, il est peu cohérent, d'une part, d'admettre la description textuelle d'une assiette, d'autre part, d'exclure l'admissibilité d'un plan privé. En effet, le plan de servitude fait partie intégrante du titre d'acquisition⁷⁵⁵ ; il n'y a dès lors pas lieu d'appliquer un régime différencié en fonction de la forme (textuelle ou graphique) de la description de l'assiette⁷⁵⁶. Aussi, si le contrat – que ce soit par des mots ou par un plan de quelque nature que ce soit – décrit avec suffisamment de précision l'assiette de la servitude de passage à constituer, sa validité sur cet aspect doit être admise. En l'état actuel de la jurisprudence, l'on conseillera néanmoins aux parties d'annexer au contrat de 436

⁷⁵⁰ Dans la pratique genevoise par exemple, la direction de la mensuration officielle reporte les assiettes des servitudes sur les plans consultables en ligne sur la plateforme SITG (système d'information du territoire à Genève, cf. : <https://ge.ch/sitg/>) ; à défaut de plans transmis par le registre foncier, l'assiette de la servitude est reportée sur tout l'immeuble, non sans créer une certaine confusion lors de la consultation en ligne desdits plans.

⁷⁵¹ FF 2007 p. 5042 s. ; ATF 138 III 742 *in* JdT 2013 II 396, consid. 2.2 ; CR CC II-ARGUL, art. 732 CC n. 14 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3338 ; HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen, p. 36.

⁷⁵² Ordonnance du 18 novembre 1992 sur la mensuration officielle (OMO ; RS 211.432.2). Cf. art. 7 al. 1 OMO : « Le plan du registre foncier est un produit graphique établi sous forme analogique ou numérique à partir des données de la mensuration officielle et qui, en tant qu'élément constitutif du registre foncier, délimite les biens-fonds ainsi que les droits distincts et permanents et les mines différenciés par la surface ; il acquiert la force juridique des inscriptions au registre foncier ».

⁷⁵³ ATF 138 III 742 *in* JdT 2013 II 396, consid. 2.2 et 2.3 : dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré qu'un plan privé n'offrait pas des garanties suffisantes, notamment eu égard aux modifications involontaires qui pourraient advenir lorsqu'un architecte tire directement des données brutes dans son propre système.

⁷⁵⁴ TF 5D_190/2014 du 12 mai 2015, consid. 8.2.1, notamment : « [s]i l'exercice de la servitude est limité à une partie de l'immeuble grevé, le contrat doit encore préciser l'assiette de la servitude, soit par un plan de géomètre, soit par tout autre moyen suffisant, tel qu'un plan privé ou une description par des mots ». Dans ce sens également, voir TC VS du 3 décembre 2015 *in* RVJ 2017 p. 164 ss, consid. 4.1.2 et TC FR du 3 mars 2016, résumé *in* DC 2016, p. 368.

⁷⁵⁵ Voir FF 2007 p. 5042 s.

⁷⁵⁶ Pour une critique, voir également MOOSER, L'impact, p. 26.

servitude un extrait de plan du registre foncier contenant le dessin de la servitude de passage à inscrire.

3) Excursus : *Quid d'une servitude dont le contenu excède la nécessité ?*

- 437 A rigueur de texte légal, la servitude de l'art. 694 CC ne doit conférer ni plus ni moins que le passage nécessaire. Qu'en est-il alors des propriétaires qui s'accordent pour constituer une servitude de passage nécessaire au vu de la desserte insuffisante du fonds dominant, mais dont le **contenu excède la simple nécessité** (par exemple, un passage manifestement plus large que le passage nécessaire) ?
- 438 L'on serait ici tenté de parler d'une servitude de **nature mixte**, pour partie légale et pour partie volontaire. Cependant, lorsqu'un propriétaire consent à octroyer un droit **notablement plus large** que celui auquel il est légalement tenu, il faut à notre sens admettre qu'il ne se sent à proprement parler pas contraint de grever son immeuble, sans quoi il se limiterait au strict nécessaire. Il convient alors d'appréhender globalement la servitude de passage comme une servitude volontaire, ce quand bien même le propriétaire du fonds dominant serait *de facto* privé d'issue suffisante sur la voie publique. L'admission d'une servitude de nature mixte engendrerait en effet des problèmes difficilement résolubles, notamment dans l'éventualité d'une disparition de l'état de nécessité : il y aurait alors une cause d'extinction de la servitude pour sa partie « légale », mais pas nécessairement pour sa partie « volontaire »⁷⁵⁷.
- 439 Si des propriétaires veulent constituer une telle servitude – alors selon nous qualifiée de servitude volontaire, disposent-ils d'un moyen pour la soumettre aux règles d'extinction des servitudes légales (*i.e.* extinction liée à la disparition de l'état de nécessité) ? Cette question a son importance, puisqu'il n'est pas possible de soumettre l'existence d'une servitude de passage à la condition résolutoire que le propriétaire de l'immeuble dominant dispose d'un autre accès à son immeuble⁷⁵⁸. Dès lors, plusieurs options s'offrent aux parties :
- 440 1° Les parties peuvent tenter de faire inscrire une servitude légale au registre foncier ; si elles y parviennent, on peut admettre qu'elles ont souhaité lier le maintien de la servitude à la subsistance d'un état de nécessité ;

⁷⁵⁷ Sur les motifs d'extinction, voir *infra* § 723 ss.

⁷⁵⁸ TF 5A_740/2014 du 1^{er} février 2016, résumé *in* PIOTET/VERNAZ, Not@lex 2017 p. 80.

- 2° Les parties peuvent constituer une servitude volontaire en indiquant comme but précis le désenclavement de l'immeuble dominant jusqu'à ce que celui-ci dispose d'une autre issue suffisante sur la voie publique ; cas échéant, la servitude ne s'éteint pas automatiquement par le seul désenclavement, mais le propriétaire grevé peut obtenir la radiation de la servitude par le biais de l'art. 736 al. 1 CC, en vertu du principe de l'identité de la servitude⁷⁵⁹ ; 441
- 3° Les parties peuvent constituer deux servitudes : une servitude légale indiquée comme telle (art. 98 al. 2 let. d ch. 2 ORF) et une servitude volontaire soumise à la condition résolutoire de la radiation de la servitude légale⁷⁶⁰ ; 442
- 4° Les parties peuvent enfin constituer une servitude légale limitée à la seule nécessité et convenir d'un droit personnel de passage plus large dont l'assiette élargie ne serait toutefois pas opposable aux tiers. 443

F. L'indemnisation

Le contrat constitutif de servitude de passage nécessaire doit enfin mentionner l'indemnité (ou l'absence d'indemnité) versée au propriétaire du fonds servant. L'indemnisation constitue en effet la **contrepartie** de la constitution du droit réel limité⁷⁶¹. 444

De l'avis du Tribunal fédéral, la fixation de l'indemnité ne constitue pas un élément essentiel au contrat constitutif d'une **servitude volontaire**⁷⁶². La majorité des auteurs s'étant penchée sur la question tranche dans le même 445

⁷⁵⁹ Selon ce principe, une servitude ne peut pas être maintenue dans un autre but que celui pour lequel elle a été constituée (cf. ATF 132 III 651 in SJ 2007 I 165, consid. 8.2 ; ATF 130 III 554 in JdT 2004 I 245, consid. 2 ; CR CC II-ARGUL, art. 736 CC n. 5).

Pour un exemple, voir l'arrêt TF 5A_372_2017 du 2 novembre 2017, où le Tribunal fédéral, procédant à l'interprétation de la servitude, a admis l'octroi d'un droit temporaire dont l'échéance était fonction du nouvel état du bâtiment, cf. *infra* § 656.

⁷⁶⁰ A notre sens, l'inscription d'une telle servitude conditionnelle est possible, dès lors que les tiers et le conservateur du registre foncier peuvent s'assurer, par la consultation du registre foncier lui-même, de l'accomplissement de la condition convenue. Sur la possibilité de la soumission des servitudes foncières à une condition résolutoire, voir PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 109 ss ; PRADERVAND-KERNEN, Les moyens, p. 575 ss et GALLAND, Le contenu, p. 23 ss. Pour un arrêt sur l'admissibilité d'un droit d'habitation devant s'éteindre en cas de divorce, voir ATF 115 II 213 in SJ 1990 p. 120 s.

⁷⁶¹ Sur la notion d'indemnité, voir *supra* § 323 ss.

⁷⁶² TF 5A_251/2010 du 19 novembre 2010, consid. 6.3 (rente du superficiaire) ; TF 5A_171/2008 du 13 mai 2008, consid. 3.2 (servitude personnelle interdisant l'utilisation de certaines substances sur le fonds servant).

sens, au motif notamment que l'octroi de servitudes intervient fréquemment sans contre-prestation⁷⁶³ ; d'autres auteurs – auxquels nous nous rallions – soutiennent le contraire, arguant que si une contre-prestation est prévue, elle contribue à l'équilibre des prestations au contrat et fait à ce titre partie de ses éléments objectivement essentiels⁷⁶⁴. Si la réponse donnée n'est ainsi pas unanime, l'on devrait à tout le moins admettre que lorsqu'une contre-prestation est prévue en échange de la constitution du droit, elle constitue un élément subjectivement essentiel du contrat.

446 Quoi qu'il en soit, la mention de l'indemnité convenue constitue assurément un élément objectivement essentiel au contrat constitutif du droit de passage nécessaire (et plus largement, au contrat constitutif d'une **servitude légale**), et ce pour les deux raisons suivantes :

- d'une part, le texte légal de l'art. 694 al. 1 CC – tout comme celui des art. 674 al. 3, 691 al. 1 et 710 al. 1 CC – conditionne expressément la constitution de la servitude au paiement d'une « pleine indemnité »⁷⁶⁵ ;
- d'autre part, selon la jurisprudence, une décision judiciaire qui accorde un droit de passage sur la base de l'art. 694 CC sans fixer l'indemnité n'est pas une décision finale, car la détermination de l'indemnité un élément essentiel du litige⁷⁶⁶ ; cette jurisprudence est justifiée par l'analogie entre la constitution des servitudes légales d'une part, et l'expropriation d'autre part⁷⁶⁷ ; il n'y a dès lors pas lieu de s'écarter de ces considérations, qui sont applicables *mutatis mutandis* au contrat constitutif de servitude nécessaire.

447 Partant, nous pensons qu'un contrat constitutif d'un droit de passage nécessaire muet sur la question de l'indemnité n'est pas valable, faute

⁷⁶³ ZK-LIVER, art. 732 CC n. 16 et 44 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 72 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3339 ; CARONI-RUDOLF, p. 103 ; PFÄFFLI, Teilrevision, p. 382 ; PRADERVAND-KERNEN, Les moyens, p. 565 s.

⁷⁶⁴ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1244 ; CHK-GÖKSU, art. 694 CC n. 2 ; JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 119 s. ; SCHMID, Das Dienstbarkeitsrecht, p. 165.

⁷⁶⁵ On serait ici tenté de faire un parallèle avec le contrat de vente, où le prix de vente est la contrepartie de la chose livrée. Cela étant, à la différence d'un contrat de vente, le contrat constitutif de servitude nécessaire peut être valablement conclu en dépit d'une renonciation au paiement de l'indemnité.

⁷⁶⁶ TF 5A_261/2012 du 9 juillet 2012, consid. 1.2, *in* DC 2012 p. 250 n. 431 ; ATF 105 II 317, consid. 2 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 5. De même, une demande tendant à la constitution d'un passage nécessaire est irrecevable si celui qui réclame le passage nécessaire n'a pas pris de conclusions sur ce point, voir *infra* § 615.

⁷⁶⁷ Voir *supra* § 30. Voir l'art. 16 Lex : « L'expropriation ne peut avoir lieu que moyennant indemnité pleine et entière » ; voir en outre l'art. 26 al. 2 Cst.

d'appréhender un élément essentiel du contrat (sauf cas exceptionnel où l'immeuble grevé ne subirait aucune dépréciation par suite de la constitution de la servitude). Ainsi, **si une indemnité est prévue, le contrat doit l'indiquer et la décrire de telle sorte qu'elle soit déterminée ou déterminable ; à l'inverse, s'il y est renoncé, le contrat doit le mentionner expressément**⁷⁶⁸.

Suivant les circonstances, il peut enfin être recommandé de prévoir un **mécanisme de restitution partielle de l'indemnité** en cas d'extinction de la servitude (par exemple, si un prochain désenclavement par une route publique est envisagé). En effet, la durée prévisible du droit de passage n'entre en principe pas dans le calcul de l'indemnité visant à compenser la charge d'une servitude perpétuelle⁷⁶⁹. Dès lors, le propriétaire du fonds dominant peut avoir un intérêt à régler contractuellement ce point (par exemple, en indiquant fictivement que l'indemnité correspond à un dédommagement calculé sur une durée de vingt ans et en prévoyant une restitution à hauteur d'1/20^{ème} par année complète de radiation antérieurement à dite durée). A noter que cette clause n'étant pas susceptible d'être annotée⁷⁷⁰ (principe du *numerus clausus* des annotations), elle ne lie que les parties au contrat. 448

§ III. Les clauses secondaires et les conventions annexes

A. Généralités

Les clauses secondaires, comme leur nom l'indique, se destinent à régler les **points objectivement secondaires** du contrat. Dès lors qu'elles ne sont pas essentielles (ni objectivement, ni subjectivement), leur présence dans le contrat est fonction de la volonté des parties. Dans un esprit pratique, nous aborderons ci-après les principales clauses qui méritent selon nous une attention particulière (*infra* A. à E.). 449

Les conventions annexes, comme leur nom l'indique également, constituent 450 quant à elles des annexes à l'acte authentique déposé au registre foncier. En dépit de leur caractère accessoire, elles peuvent s'avérer très importantes pour la pérennité du passage constitué. Nous examinerons en particulier le cas de la

⁷⁶⁸ Dans ce cas, il y a en effet une remise de dette à titre gratuit, équivalant une promesse de donner un droit réel immobilier soumise à la forme authentique (art. 243 al. 2 CO).

⁷⁶⁹ Pour plus de développements sur ce point, voir *infra* § 761 ss.

⁷⁷⁰ Contrairement à ce qui prévaut pour l'indemnité de retour à l'échéance du droit de superficie (art. 779b al. 2 CC).

postposition de certains droits antérieurs face à la servitude à constituer (*infra* F.).

B. Les clauses précisant le but ou le contenu de la servitude

- 451 Le **but de la servitude** doit-il faire l'objet d'un développement dans le contrat constitutif de servitude ? Cette question a son importance lorsqu'il s'agit d'interpréter la servitude : en effet, le but de la servitude ressort bien plus souvent des pièces justificatives, en particulier du titre d'acquisition, que de l'inscription au registre foncier⁷⁷¹. Cependant, lorsque les parties s'entendent sur un droit de passage au sens de l'art. 694 CC, la description de l'utilité de la servitude est au mieux superflue, au pire dangereuse. Le but d'un droit de passage nécessaire ne peut en effet être autre que celui stipulé par la loi, à savoir la création d'une issue suffisante sur la voie publique. Une description plus détaillée de l'utilité de la servitude (par exemple : « la servitude est destinée à faciliter l'accès (...) » ; « la servitude permet la création d'une issue par le nord-est du bien-fonds (...) » ; « la servitude a pour but de permettre la construction de nouveaux logements sur le bien-fonds (...) », etc.) ouvre la porte à des litiges sur l'interprétation du droit.
- 452 Le **contenu de la servitude** peut quant à lui faire l'objet d'utiles précisions en rapport avec les modalités d'exercice du droit octroyé ; on pense en particulier au **type de passage autorisé** (à pied, en voiture, cas échéant avec quel type de véhicule, etc.)⁷⁷², mais également, si cela est prévu, aux horaires de passage ou à un nombre maximum de passages par jour. Les parties sont également libres de **modaliser l'exercice** de la servitude par des conditions (par exemple : le droit de passage s'exerce lorsque l'accès principal par le chemin X est enneigé) ou des termes (par exemple : le droit de passage s'exerce entre le 1^{er} novembre et le 31 mars de chaque année)⁷⁷³.

⁷⁷¹ Sur l'interprétation des servitudes, voir *infra* § 643 ss. Pour un exemple, voir TF 5A_372/2017 du 2 novembre 2017 *in* SJ 2018 I 206, consid. 5.3. Voir également la proposition de M. ARGUL GROSSRIEDER, selon qui le but devrait impérativement figurer dans l'acte constitutif de servitude, cf. ARGUL GROSSRIEDER, n. 271.

⁷⁷² JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 115. A notre avis, il ne s'agit pas d'un élément essentiel du contrat, puisque l'absence de cette précision est alors interprétée pour déterminer le contenu de la servitude. Voir par exemple l'arrêt TF du 26 mai 1992 *in* SJ 1992 597, consid. 2, où le Tribunal fédéral a considéré que l'expression « droit de passage à tous usages » englobait la circulation de véhicules.

⁷⁷³ Voir GALLAND, Le contenu, p. 29 : la condition ou le terme ne touchent alors pas l'existence de la servitude, mais viennent suspendre son exercice pendant une certaine durée.

C. La durée du droit

La durée du droit n'est pas un élément essentiel du contrat constitutif du droit de passage nécessaire, ce d'autant qu'elle dépend *ex lege* de la subsistance de l'état de nécessité. En l'absence de clause contraire, la servitude sera donc **perpétuelle**. 453

La nature légale de la servitude n'empêche cependant pas les parties de limiter sa durée si elles le désirent. La fixation d'une durée – qui doit alors être interprétée comme une durée maximale – est envisageable lorsque les immeubles se situent dans un périmètre en plein développement, où il est probable que de nouvelles voies d'accès seront créées à court ou moyen terme, ou encore lorsque le droit de passage est constitué en faveur d'un superficiaire⁷⁷⁴. 454

D. Les autres obligations découlant de la servitude

La constitution d'une servitude de passage oblige les parties à se poser des questions en lien avec la construction, l'entretien et les autres obligations de faire induites par le passage. En règle générale, ces obligations ne constituent pas des éléments essentiels au contrat de servitude. Le Code civil leur prévoit un **régime dispositif**. 455

En premier lieu, la **construction**, respectivement l'**aménagement** du passage peuvent être entrepris tant par le propriétaire du fonds servant que par le propriétaire du fonds dominant (art. 641 al. 1 CC, respectivement art. 737 al. 1 CC) ; *a contrario*, aucun n'y est obligé⁷⁷⁵. Les parties ont dès lors intérêt à anticiper cet aspect lors de la conclusion du contrat constitutif de servitude, en prévoyant les ouvrages et installations nécessaires à l'exercice du passage et leur prise en charge financière, ce d'autant que les coûts peuvent s'avérer élevés (aménagement d'un chemin carrossable, construction d'un portail, abattage d'un mur ou d'un arbre, etc.). Un même effort d'anticipation conduira également les parties à régler le sort des éventuels frais de rénovation ou de réparation. 456

S'agissant ensuite de la **charge d'entretien**, son sort est régi par l'art. 741 CC⁷⁷⁶ : la charge d'entretien des ouvrages nécessaires à l'exercice de 457

⁷⁷⁴ Sur cette question, voir *supra* § 45.

⁷⁷⁵ ATF 132 III 545 *in* JdT 2007 I 43, consid. 3.3.1 ; CR CC II-ARGUL, art. 741 CC n. 4 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3442.

⁷⁷⁶ Sur cette question, notamment le rapport avec l'art. 698 CC, voir *infra* § 684 ss.

la servitude incombe au propriétaire du fonds dominant (al. 1) ou, si ces ouvrages sont également utiles au propriétaire grevé, aux deux propriétaires en proportion de leur intérêt (al. 2). En matière de servitude de passage, il est fréquent que plusieurs propriétaires empruntent le même chemin. Dans cette éventualité, la répartition conventionnelle des frais d'entretien est vivement conseillée afin d'éviter l'aléatoire d'une pondération des intérêts respectifs des parties. Dite convention acquiert un effet *propter rem* à condition de résulter des pièces justificatives du registre foncier (art. 741 al. 2 *in fine* CC).

- 458 Des **obligations de faire** peuvent enfin être rattachées à la servitude à titre accessoire (art. 730 al. 2 CC), pour autant qu'elles aient un lien avec la servitude⁷⁷⁷. Les parties sont ainsi libres de prévoir contractuellement des obligations de faire liées à l'entretien du passage (taille régulière des haies, entretien du pavement du chemin, etc.) tout comme d'autres obligations facilitant ou sécurisant le passage (éclairage du chemin, installation d'un dispositif de sécurité à l'entrée ou d'un miroir, etc.). Pour les obligations accessoires de faire sans lien avec le strict entretien, la convention des parties acquiert un effet *propter rem* à condition de résulter d'une inscription au registre foncier (art. 731 al. 2 *in fine* CC ; art. 98 al. 2 let. d ch. 3 ORF) ; l'inscription de cette obligation de faire doit donc être spécialement requise, dès lors que sa seule mention dans le contrat constitutif ne suffit pas à produire l'effet escompté⁷⁷⁸.

E. Les clauses d'exécution

- 459 Avec l'entrée en vigueur du CPC au 1^{er} janvier 2011, la Suisse a introduit le **titre authentique exécutoire** (art. 347 ss CPC) dans son arsenal juridique. Par l'adjonction d'une clause d'exécution directe dans un acte authentique, le débiteur reconnaît expressément l'exécution directe de la prestation (art. 347 let. a CPC). La cause juridique de la prestation doit être mentionnée dans le titre (art. 347 let. b CPC), et cette prestation doit être suffisamment déterminée (art. 347 let. c ch. 1 CPC), reconnue par la partie qui s'oblige (art. 347 let. c ch. 2 CPC), et exigible (art. 347 let. c ch. 3 CPC – au moment de l'exécution⁷⁷⁹)⁷⁸⁰.

⁷⁷⁷ Pour plus de développements, voir GALLAND, Le contenu, p. 193 ss (notamment p. 220 ss pour le droit de passage avec obligation d'entretien), STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3324 ss ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 730 CC n. 24 ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 124 ; JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 121 ss.

⁷⁷⁸ FF 2007 p. 5042 ; CR CC II-MOOSER, art. 946 CC n. 17 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3327 ss ; JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 121 ss. Voir également *infra* § 630 *in fine*.

⁷⁷⁹ CR CPC-JEANDIN, art. 347 CPC n. 22.

Le titre authentique exécutoire peut avoir pour objet des « prestations de toute nature », à savoir une prestation pécuniaire, une prestation en nature ou encore une déclaration de volonté⁷⁸¹. Il déploie les **mêmes effets qu'un jugement**, et permet donc au créancier de requérir l'exécution des prestations visées par la clause d'exécution (art. 349 CPC pour les prestations en argent ; art. 350 CPC pour les autres prestations), sans avoir à passer par l'étape d'une procédure judiciaire. A ce titre, la clause d'exécution constitue une arme non négligeable en cas d'inexécution⁷⁸². 460

Appliquées au **contrat constitutif de servitude**, les clauses d'exécution directe peuvent ainsi concerner l'obligation d'indemnisation, l'obligation d'assumer une prestation accessoire unique ou périodique (construction d'un chemin, obligations d'entretien, etc.) ou encore l'obligation de requérir l'inscription de la servitude au registre foncier⁷⁸³. Dans la pratique, l'officier public s'assure lui-même de l'exécution des actes qu'il instrumente, par l'envoi des réquisitions d'inscription au registre foncier et par le paiement en ses mains des contre-prestations convenues. Partant, les clauses d'exécution directe sont plus volontiers employées lorsque l'exécution des obligations ne suit pas directement la signature de l'acte (par exemple : promesse de constitution d'une servitude, acte à terme, obligations d'entretien, etc.). 461

Les considérations qui précèdent s'appliquent *mutatis mutandis* aux servitudes légales. Il n'est ainsi pas exclu que compte tenu d'un contexte litigieux sous-jacent, les parties aient à cœur de garantir l'exécution de l'acte, et notamment des clauses dont l'exécution est différée. L'adjonction d'une ou de plusieurs clauses d'exécution directe peut alors s'avérer utile et rassurante. 462

F. La postposition de certains droits antérieurs

Nous avons vu *supra* que certains droits réels limités ou droits personnels annotés sur l'immeuble à grever sont susceptibles d'entrer en conflit avec la servitude légale. Il convient alors de prévoir la postposition de ces droits antérieurs à la servitude, dans un contrat annexe passé entre le propriétaire du fonds dominant et les titulaires des droits postposés. A noter que les titulaires 463

⁷⁸⁰ Pour plus de développements sur ces conditions, voir CR CPC-JEANDIN, art. 347 CPC n. 1 ss. En rapport avec la contre-prestation des servitudes : PRADERVAND-KERNEN, Les moyens, p. 568 s.

⁷⁸¹ FF 2006 p. 6995 ; CR CPC-JEANDIN, art. 347 CPC n. 9 ; BSK ZPO-VISIONI-MEYER, art. 347 CPC n. 5.

⁷⁸² A noter toutefois que la clause d'exécution revêt un caractère éminemment personnel et ne vaut dès lors qu'entre les signataires de l'acte authentique, cf. CR CPC-JEANDIN, art. 347 CPC n. 13.

⁷⁸³ CR CC II-ARGUL, art. 732 CC n. 11 ; JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 136.

desdits droits sont légalement tenus d'accepter cette postposition, puisqu'à défaut, ils sont susceptibles de s'y faire condamner par jugement⁷⁸⁴.

- 464 La **postposition** a pour effet que le titulaire d'un droit réel limité ou d'un droit personnel annoté renonce au bénéfice du rang affecté à son droit et consent à ce que ce dernier soit primé par un autre droit postérieur⁷⁸⁵. En tant que telle, la convention de postposition n'est soumise à aucune forme⁷⁸⁶. La réquisition de modification adressée au registre foncier – en tant qu'acte de disposition – doit toutefois être faite par écrit : l'art. 122 al. 1 ORF requiert en effet le consentement écrit des personnes dont les droits réels sont lésés pour procéder à la postposition des droits inscrits. Ce consentement écrit prend alors la forme d'une déclaration unilatérale du titulaire du droit antérieur, en règle générale produite au registre foncier avec la réquisition d'inscription du droit réel à constituer.
- 465 Lors de la constitution d'un droit de passage nécessaire, il sera donc avisé de prévoir dans l'acte constitutif que cette servitude primera tous ou certains droits préalablement identifiés (ou, à défaut, que le propriétaire du fonds dominant renonce à exiger la postposition desdits droits)⁷⁸⁷. Les consentements écrits des titulaires desdits droits seront annexés à la réquisition d'inscription de la servitude, de sorte que celle-ci obtiendra un rang préférable et primera ceux-là en cas de conflit.

§ IV. La forme du contrat

A. Généralités

- 466 Depuis le 1^{er} janvier 2012, l'art. 732 al. 1 CC exige que l'acte constitutif d'une servitude soit passé en la forme authentique. Cette extension de la forme authentique à toutes les servitudes a été ardemment débattue devant les Chambres fédérales, entre les partisans de la sécurité et de la cohérence du droit d'une part, et les opposants à une augmentation des coûts d'autre part⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴ Pour plus de développements, voir *supra* § 84 ss. Il s'agit là aussi d'une obligation de contracter, sur cette notion, voir *supra* § 408.

⁷⁸⁵ CR CC II-DUBOIS, art. 812 CC n. 23 ; BSK ZGB II-SCHMID-TSCHIRREN, art. 812 CC n. 24 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3253. Sur la modification du rang intervenant lors de la constitution d'un nouveau droit, voir en outre DUBOIS, La modification du rang, n. 230 ss.

⁷⁸⁶ CR CC II-DUBOIS, art. 812 CC n. 32 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3254.

⁷⁸⁷ Voir *infra* § 483.

⁷⁸⁸ Voir les interventions des parlementaires aux Chambres fédérales *in* BO 2008 p. 405 ss, BO 2009 p. 609 ss, BO 2009 p. 932 ss, BO 2009 p. 1969 ss. Pour un résumé de l'histoire de cette

C'est finalement les premiers qui l'ont emporté, ce dont la doctrine s'est globalement réjouie⁷⁸⁹.

De manière déroutante, l'art. 70 al. 2 ORF (également entré en vigueur au 1^{er} janvier 2012) introduit par la petite porte une exception à cette apparente simplification. Ainsi, selon cette disposition : «[I]orsque le droit d'inscrire découle directement de la loi et que cela est établi par le justificatif relatif au titre, il suffit que ce dernier revête la forme écrite ». Le contrat constitutif d'une servitude légale semble par-là échapper à l'exigence de forme authentique⁷⁹⁰. 467

Que penser de cette singulière exception ? Les avis sont à cet égard partagés⁷⁹¹. 468
Plusieurs arguments militent selon nous en faveur de l'exigence de la forme authentique pour tous les contrats constitutifs de servitude, y compris ceux prévoyant la constitution d'une servitude légale. Nous évoquerons ci-après les principaux :

1° L'art. 732 al. 1 CC ne fait état d'**aucune exception**⁷⁹². Le cas des servitudes légales n'a du reste pas été abordé lors des nombreuses discussions et allers-retours en lien avec l'adoption de cette disposition. On peut dès lors douter de la **légalité** de l'art. 70 al. 2 ORF, qui amoindrit une exigence de forme pourtant clairement stipulée dans une loi fédérale univoque, ce d'autant qu'aucune clause de délégation n'autorise le Conseil fédéral à se saisir de cette question qui relève du droit de fond. 469

2° L'art. 70 al. 2 ORF crée un **flou** sur les clauses qui peuvent revêtir la forme écrite et celles qui doivent revêtir la forme authentique. L'on pense en particulier à la clause prévoyant l'indemnité ainsi qu'aux autres clauses secondaires qui, si elles constituent des points (subjectivement) essentiels pour les parties, devraient logiquement revêtir la forme authentique, 470

modification législative, voir JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 127 s et JEANDIN E., Les dispositions, p. 55 s.

⁷⁸⁹ Voir notamment : CR CC II-ARGUL, art. 732 CC n. 1 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3344 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1245 ; JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 127 s ; HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen, p. 31 s.

⁷⁹⁰ Dans ce sens : CHK-GÖKSU, art. 732 CC n. 6 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3345 ; JEANDIN E., Les dispositions, p. 57 ; PFÄFFLI, Dienstbarkeitsvertrag, p. 88 ; SCHMID, Das Dienstbarkeitsrecht, p. 155.

⁷⁹¹ D. PIOTET juge que l'exigence de forme écrite n'est pas même solennelle mais purement probatoire pour le cas des servitudes légales (PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 151) ; P.-H. STEINAUER justifie cette exception par le fondement légal de la servitude, mais la déplore au vu du but de protection que poursuit l'exigence de la forme authentique (STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3345) ; B. HÜRLIMANN-KAUP juge que la forme authentique doit également être exigée pour le contrat constitutif d'une servitude légale (HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen, p. 30-31).

⁷⁹² Dans ce sens : SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1226 ; HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen, p. 30-31.

puisqu'il ne découle pas « directement de la loi », comme en dispose pourtant l'art. 70 al. 2 ORF⁷⁹³.

- 471 3° L'art. 70 al. 2 ORF vient compliquer la **tâche du conservateur du registre foncier**, dont la tâche consiste à s'assurer de la validité formelle de l'acte (art. 965 al. 3 CC ; art. 83 al. 2 let. g ORF)⁷⁹⁴. Ce dernier doit en effet trouver un moyen de vérifier la véracité du caractère légal de la servitude constituée par un contrat passé en la forme écrite – sans quoi les particuliers pourraient aisément contourner l'exigence de forme authentique. Or, l'on ne peut exiger du conservateur du registre foncier qu'il procède à une investigation poussée, nécessitant une certaine connaissance des lieux⁷⁹⁵.
- 472 4° L'exception de l'art. 70 al. 2 ORF est enfin **inopportune**. L'introduction de l'exigence de la forme authentique pour la constitution de toutes les servitudes avait en effet pour but de rendre obligatoire l'intervention de l'officier public, au motif que ce dernier possède les compétences techniques et juridiques nécessaires à la fixation du contenu d'une servitude, œuvrant ainsi à la sécurité des transactions et des registres publics, de même qu'à la diminution des litiges futurs⁷⁹⁶. On voit mal pourquoi les servitudes légales devraient échapper à ce but de protection⁷⁹⁷.
- 473 Pour ces raisons, nous sommes d'avis que **le contrat constitutif d'une servitude nécessaire doit – à tout le moins devrait – revêtir la forme authentique**. A l'heure actuelle, il est toutefois probable que les différents offices cantonaux du registre foncier acceptent de procéder à l'inscription d'une telle servitude sur la base d'un contrat écrit. Les parties prudentes veilleront néanmoins au respect de la forme authentique, seul moyen de se prémunir de manière certaine des risques de nullité de certaines clauses du contrat.

⁷⁹³ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 5 (l'auteur donne l'exemple de l'obligation pour le propriétaire du fonds servant de construire le passage) ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 151 et 152.

⁷⁹⁴ JEANDIN E., Les dispositions, p. 57.

⁷⁹⁵ A Genève par exemple, le registre foncier a pour pratique d'admettre l'existence d'une servitude légale (stipulée comme telle) si la servitude concerne des fonds voisins et si le titre prévoit le versement d'une indemnité.

⁷⁹⁶ CR CC II-ARGUL, art. 732 CC n. 1 ; JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 128.

⁷⁹⁷ Dans le même sens critique : STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3345 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1226 ; HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen, p. 31.

B. *Excursus* : Le rôle de l'officier public

S'interroger sur la forme du contrat constitutif de servitude conduit naturellement à se poser la question du rôle de l'officier public (ou ci-après également appelé le notaire) chargé d'instrumenter l'acte. 474

Malgré l'absence de disposition légale fédérale, il est admis que l'officier public assume une **obligation de renseigner** (obligation d'informer ; *Belehrungspflicht*) à l'égard des parties à l'acte qu'il instrumente⁷⁹⁸. Il s'agit là d'une concrétisation de l'un des buts de la forme authentique, qui est de protéger les parties contre les décisions irréfléchies et précipitées⁷⁹⁹. L'obligation de renseigner fait partie des exigences minimales imposées par le droit fédéral aux cantons⁸⁰⁰ : l'officier public doit l'accomplir d'office et ne peut s'en exonérer⁸⁰¹. En vertu de cette obligation, il doit ainsi expliquer aux parties la teneur et les conséquences de leurs décisions, de façon à s'assurer qu'elles signent l'acte authentique en connaissance de cause⁸⁰². 475

Appliquées à la **servitude de passage**, les explications dues aux parties par l'officier public en vertu de son obligation d'informer doivent tout d'abord couvrir les éléments essentiels du contrat ; en particulier, le contenu de la servitude doit être expliqué et défini en des termes clairs et avec un effort d'anticipation⁸⁰³. L'information juridique vise également la portée d'une éventuelle clause d'exécution figurant dans l'acte⁸⁰⁴, de même que les conséquences de la présence d'un autre droit réel limité de rang antérieur si celui-ci est susceptible de porter atteinte à la servitude nouvellement constituée⁸⁰⁵. 476

Au-delà du standard minimum imposé par le droit fédéral, les cantons peuvent aller plus loin en imposant au notaire une **obligation de conseil** (*Beratungspflicht*). Le devoir de conseil consiste à fournir aux parties une information élargie sur leurs possibilités, cas échéant à suggérer telle option 477

⁷⁹⁸ JEANDIN E., La profession, p. 82 ss ; MOOSER, Le droit notarial, n. 211 ss ; JEANDIN E., Le devoir de conseil, p. 60.

⁷⁹⁹ CR CO I-FOÈX, art. 216 CO n. 5 ; BSK OR-I FASEL, art. 216 CO n. 2 ; MOOSER, Le droit notarial, n. 211.

⁸⁰⁰ MOOSER, Le droit notarial, n. 212 ; JEANDIN E., Le devoir de conseil, p. 60.

⁸⁰¹ JEANDIN E., La profession, p. 83 ; MOOSER, Le droit notarial, n. 211.

⁸⁰² JEANDIN E., La profession, p. 82 s.

⁸⁰³ MOOSER, Le droit notarial, n. 235q.

⁸⁰⁴ MOOSER, Le droit notarial, n. 234.

⁸⁰⁵ PIOTET D., Application en droit immobilier, p. 192 s. ; JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude, p. 135.

plutôt qu'une autre⁸⁰⁶. Le notaire joue alors un rôle plus actif, qui l'amène à prendre en compte la situation et les objectifs réciproques des parties⁸⁰⁷. A ce jour, le devoir de conseil est imposé par les législations genevoise⁸⁰⁸ et valaisanne⁸⁰⁹ sur le notariat ; il est légalement prévu à la demande des parties par la législation vaudoise sur le notariat⁸¹⁰ ; il est enfin dû sur demande et en vertu des règles générales du mandat dans les autres cantons⁸¹¹.

478 Le devoir de conseil du notaire ainsi défini lui impose-t-il de suggérer aux parties la constitution d'une servitude de passage nécessaire lorsque les circonstances l'indiquent ? Il n'est en effet pas rare que des propriétaires s'entendent sur la constitution d'une servitude de passage ordinaire dans une situation remplissant *de facto* les conditions de l'art. 694 CC. Or, nul doute que la distinction entre servitude volontaire et servitude légale est étrangère aux parties laïques ; elle n'est cependant pas toujours sans incidence, lorsque l'on sait que la majorité des conflits naît au moment où il s'agit de déplacer ou d'éteindre les servitudes et qu'à cet égard, les règles applicables aux servitudes légales diffèrent de celles des servitudes volontaires⁸¹².

479 En pratique, il serait probablement exagéré de vouloir imposer au notaire une telle obligation. Tout au plus pouvons-nous l'**inviter à suggérer aux parties l'alternative de la constitution d'un droit légal de passage** stipulé comme tel lorsque la situation et les objectifs des parties plaident en faveur de cette option. Peuvent alors constituer des **indices** en ce sens : l'existence sous-jacente d'un contentieux relatif au passage ; le caractère transactionnel de la constitution du droit ; l'état d'enclavement ou de semi-enclavement du fonds dominant⁸¹³ ; l'octroi d'un passage *a minima* ; etc. Aussi, lorsque la nature légale de la servitude à constituer est reconnaissable *prima facie*, le notaire devrait à notre sens faire connaître aux parties l'existence de l'institution du passage nécessaire de l'art. 694 CC, et, au gré des circonstances, leur conseiller d'opter pour cette servitude.

⁸⁰⁶ JEANDIN E., La profession, p. 83 ; MOOSER, Le droit notarial, n. 226 ; JEANDIN E., Le devoir de conseil, p. 62.

⁸⁰⁷ JEANDIN E., La profession, p. 85 ; MOOSER, Le droit notarial, n. 226.

⁸⁰⁸ Cf. art. 8 de la Loi genevoise sur le notariat du 25 novembre 1988.

⁸⁰⁹ Cf. art. 38 al. 4 de la Loi valaisanne sur le notariat du 15 décembre 2004.

⁸¹⁰ Cf. art. 43 al. 4 de la Loi vaudoise sur le notariat du 29 juin 2004. Pour plus de développements sur la conception tripartite introduite par la législation vaudoise, voir MOOSER, Présentation générale, p. 50 s. et JEANDIN E., Le devoir de conseil, p. 64 s.

⁸¹¹ JEANDIN E., La profession, p. 85 ; MOOSER, Le droit notarial, n. 226a.

⁸¹² Voir *infra* § 704 ss et 719 ss.

⁸¹³ Si l'on ne peut exiger du notaire une connaissance parfaite des réalités physiques du terrain, l'obligation de clarté dans la description de l'assiette de la servitude (art. 732 al. 2 CC) permet néanmoins d'attendre de lui un certain degré de connaissance.

Enfin, si les parties se rendent chez le notaire pour instrumenter un acte à la suite d'une procédure judiciaire en octroi du passage nécessaire ayant abouti à un jugement condamnatore ou à une transaction (on peut par exemple imaginer que les parties souhaitent subséquemment régler le sort d'autres obligations découlant de la servitude dans le cadre d'un contrat constitutif de servitude plus détaillé), le notaire est alors à notre sens tenu de constituer une servitude expressément stipulée légale – sauf si les parties lui demandent, en connaissance de cause, de constituer une servitude ordinaire. 480

V. Proposition de modèle de contrat

D'un point de vue rédactionnel, le contrat constitutif d'un droit de passage nécessaire contient pour l'essentiel les mêmes clauses qu'un contrat constitutif de servitude ordinaire. **Deux éléments** liés au caractère légal de la servitude doivent, respectivement devraient, néanmoins y figurer : l'indication de l'indemnité convenue (ou la renonciation à dite indemnité) d'une part et la nature légale de la servitude d'autre part. Il est également utile de prévoir les modalités permettant de garantir la simultanéité d'exécution des prestations (par exemple, par l'entremise du notaire) ou d'établir un ordre d'exécution des prestations réciproques des parties. 481

En sus des clauses usuelles de tout acte notarié (lecture de l'acte, réquisition au registre foncier, droit applicable, frais, etc.), nous proposons le modèle de contrat suivant : 482

Constitution d'une servitude de passage nécessaire

[Indication des parties et de leurs éventuels représentants]

Les comparants constituent sur l'immeuble [--] au profit de l'immeuble [--] une servitude de passage [à pied / en voiture / etc.].

La servitude s'exercera sur l'assiette telle que dessinée sur le plan de servitude ci-joint (annexe n°--) / sur une bande de [--] mètres en bordure de l'immeuble [--].

La servitude présentement constituée est une servitude nécessaire / légale au sens de l'art. 694 CC.

La présente servitude sera constituée moyennant le versement d'une indemnité de [--] / [Le propriétaire grevé] renonce à percevoir une indemnité pour la constitution de la présente servitude sur son immeuble.

[Indication des modalités d'exécution]

- 483 A titre exemplatif, nous proposons ci-après quelques clauses secondaires visant à régler les situations les plus fréquentes :

Frais d'entretien

Les frais d'entretien du passage seront à la charge de [--] / répartis à hauteur de [--].

Construction

La construction / l'aménagement du passage, soit [--] sera / seront à la charge de [--].

Obligations accessoires

L'éclairage du passage / la taille de la haie / la surveillance vidéo / etc. / sera / seront à la charge de [--].

[Eventuellement : cette obligation accessoire sera inscrite au registre foncier].

Postposition

[Le créancier gagiste / l'usufruitier / etc.] accepte que la présente servitude prime son droit (annexe n°--) / [Le propriétaire du fonds dominant] renonce à demander la postposition des droits antérieurs inscrits et/ou annotés au feuillet de l'immeuble servant.

Chapitre 3 : L'action en octroi de la servitude de passage nécessaire

Sous ce chapitre, nous analyserons l'objet et la nature de l'action en octroi de la servitude de passage nécessaire (§ I.). Nous discuterons ensuite de quelques points liés à l'introduction de l'instance et à la procédure applicable (§ II.), avant de nous intéresser aux parties au procès (§ III.). Il sera ensuite brièvement question des moyens de preuve (§ IV.) et de l'examen de quelques spécificités en lien avec l'issue du procès (§ V.). Nous conclurons ce chapitre par des propositions de conclusions et de dispositif de jugement (§ VI.). 484

§ I. L'objet et la nature de l'action

A. L'objet de l'action

L'action en octroi de la servitude de passage nécessaire a pour objet de déterminer si les conditions donnant droit à l'inscription de la servitude sur l'immeuble du défendeur sont remplies. Dans l'affirmative, le juge doit, d'une part, fixer le contenu de cette servitude, d'autre part, arrêter le montant de l'indemnité due en contrepartie de la constitution du droit. 485

B. La matière patrimoniale de l'action et sa valeur litigieuse

L'action basée sur l'art. 694 CC est de **nature patrimoniale** (ou pécuniaire selon la terminologie de l'art. 74 al. 1 LTF) car les conclusions prises par les parties ont une valeur économique⁸¹⁴. Il est donc nécessaire d'en déterminer la **valeur litigieuse**. 486

Pour mémoire, la valeur litigieuse joue un **triple rôle** dans le cadre d'un litige civil : premièrement, elle détermine la procédure applicable au procès (cf. art. 243 al. 1 CPC) ; deuxièmement, elle définit les voies de recours ouvertes (cf. art. 306 al. 2 CPC au plan cantonal ; art. 74 al. 1 let. b LTF au plan fédéral) ; troisièmement, les législations cantonales fixent en principe le tarif des frais de l'instance en fonction de la valeur litigieuse. 487

⁸¹⁴ ATF 80 II 311 *in* JdT 1955 I 280, consid. 1 ; TF 5A_796/2013 du 17 mars 2014, consid. 1.1. Sur les actions patrimoniales en général, voir notamment : CPC annoté-BOHNET, Introduction, n. 10.

- 488 La valeur litigieuse **doit être indiquée** dans la demande en justice (en procédure ordinaire, cf. art. 221 al. 1 let. c CPC ; « si nécessaire » en procédure simplifiée, cf. art. 244 al. 1 let. d CPC). L'action en octroi d'une servitude de passage nécessaire a toutefois pour objet principal non pas le paiement d'une somme d'argent, mais l'octroi d'un droit réel. Dans ces situations, le tribunal détermine alors lui-même la valeur litigieuse si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur ce point ou si la valeur qu'elles avancent est manifestement erronée (art. 91 al. 2 CPC) ; en cas de recours au Tribunal fédéral, la valeur litigieuse est fixée selon l'appréciation du Tribunal fédéral (art. 51 al. 2 LTF). A cet égard, le Tribunal fédéral rappelle toutefois dans sa jurisprudence que ce contrôle d'office ne dispense pas le recourant d'indiquer les **éléments suffisants** à l'estimation de la valeur litigieuse, sous peine d'irrecevabilité⁸¹⁵.
- 489 Selon la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière de servitude de passage nécessaire : « **lorsque la contestation porte sur l'existence du droit de passage**, la valeur litigieuse correspond à l'augmentation de valeur que procurerait la servitude au fonds dominant, ou, si elle est plus élevée, à la diminution de valeur du fonds servant »⁸¹⁶. A notre sens, cette formulation est quelque peu malheureuse, dans la mesure où elle semble donner la priorité au calcul de l'augmentation de valeur du fonds dominant : or, d'une part, il est rare (voire prohibé⁸¹⁷) que la diminution de valeur du fonds servant soit supérieure à l'augmentation de valeur du fonds dominant ; d'autre part, le calcul de l'augmentation de valeur du fonds dominant est complexe et généralement sans aucun impact matériel sur la suite de la procédure au fond.
- 490 Fort de ces constatations, il paraît plus juste de déterminer la valeur litigieuse en prenant **alternativement** en compte soit les avantages procurés au fonds dominant, soit les désavantages procurés au fonds servant, selon les circonstances du cas d'espèce.
- 491 En pratique, il est alors généralement plus aisé de se fonder **sur la diminution de valeur du fonds servant**. Curieusement, le Tribunal fédéral a parfois insisté sur la distinction entre la valeur litigieuse d'une part et l'indemnisation d'autre part⁸¹⁸. Cette nuance n'a pas lieu d'être, dans la mesure où l'indemnité vise

⁸¹⁵ ATF 136 III 60, consid. 1.1.1. Pour un exemple d'irrecevabilité, voir : TF 5C.145/2004 du 2 septembre 2004, consid. 1.

⁸¹⁶ TF 5A_777/2017 du 29 janvier 2018, consid. 1.1.1. Dans le même sens : ATF 92 II 62 *in* JdT 1966 I 377, consid. 4 ; TF 5C.145/2004 du 2 septembre 2004, consid. 1.

⁸¹⁷ Voir *supra* § 291.

⁸¹⁸ Voir notamment TF 5A_853/2015 du 30 mai 2016, consid. 1 : « Elle [la valeur litigieuse] doit être distinguée de l'indemnisation » ; TF 5A_777/2017 du 29 janvier 2018, consid. 1.1 : « [...], celle-ci ne saurait toutefois simplement être établie en référence à l'indemnité accordée au propriétaire grevé du droit de passage [...] ».

précisément à couvrir la dépréciation de l'immeuble dans son entier⁸¹⁹. Dans la détermination de la valeur litigieuse, il convient dès lors de tenir compte des éléments d'appréciation figurant au dossier et allégués par les parties pour le calcul de l'indemnité. Par ailleurs, dans les cas où une instance inférieure s'est déjà prononcée en faveur de l'octroi d'un droit de passage moyennant indemnité, la valeur litigieuse peut être calquée sur le montant retenu à titre d'indemnité (au besoin, en tenant compte des critiques émises par les parties sur le calcul de dite indemnité).

En de rares occasions, il peut toutefois être plus facile de se fonder **sur l'augmentation de valeur du fonds dominant**. C'est notamment le cas lorsque le droit de passage nécessaire permet de créer un accès à la voie publique jusqu'alors totalement inexistant pour un immeuble situé en zone constructible : la valeur litigieuse correspond alors à la différence entre la valeur d'un immeuble à bâtir et celle d'un immeuble inconstructible⁸²⁰. Dans cette hypothèse, l'atteinte de la valeur litigieuse minimale pourrait même être considérée comme **notoire** par les tribunaux⁸²¹. 492

Enfin, **lorsque la contestation porte uniquement sur l'extension d'un passage** (et non sur son existence même), la valeur litigieuse correspond soit à l'intérêt à l'extension du droit de passage pour le fonds dominant, soit à l'intérêt pour le fonds servant à ne pas être grevé d'une charge supplémentaire ; entre ces deux valeurs, la plus élevée doit être retenue⁸²². Pour les mêmes raisons que celles invoquées *supra*⁸²³, il sera en général plus cohérent de se fonder sur la dépréciation du fonds servant⁸²⁴. 493

⁸¹⁹ Sur le calcul de l'indemnité, voir *supra* § 330 ss.

⁸²⁰ Voir PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 992.

⁸²¹ Question laissée ouverte dans l'arrêt TF 5A_713/2017 du 7 juin 2018, consid. 1.2.5 : « *Von der behaupteten Notorietät könnte allenfalls ausgegangen werden, wo Liegenschaften über keine Zufahrt verfügen, aber nicht wo eine – wenn auch beschränkte – Zufahrt besteht* ».

⁸²² TF 5A_796/2013 du 17 mars 2014, consid. 1.2.2 ; TF 5A_713/2017 du 7 juin 2018, consid. 1.2.3.

⁸²³ Voir *supra* § 491.

⁸²⁴ Pour un arrêt s'essayant au calcul de deux valeurs litigieuses (à notre avis, de manière erronée s'agissant du calcul de l'intérêt à l'extension du passage pour le fonds dominant), voir TF 5A_796/2013 du 17 mars 2014, consid. 1.2.3 et 1.2.4

C. La nature de l'action selon le prononcé requis

1) Une action formatrice ?

494 A teneur de l'**art. 87 CPC**, le demandeur intente une action formatrice pour obtenir la création, la modification ou la dissolution d'un droit ou d'un rapport de droit déterminé.

495 En théorie, une application analogique de l'**art. 665 al. 1 CC** (par renvoi de l'art. 731 al. 1 CC) permet à celui qui est au bénéfice d'un titre d'acquisition de demander au juge la **constitution d'un droit réel limité**⁸²⁵. Le jugement rendu à la suite de cette action en exécution est un **jugement formateur** : la servitude naît au moment de l'entrée en force dudit jugement, par le biais d'une acquisition originaire⁸²⁶. Puisque la servitude est constituée en marge de son inscription au registre foncier, l'inscription est **déclarative** (art. 656 al. 2 CC ; principe relatif de l'inscription), avec pour corollaire que la réquisition d'inscription peut émaner du bénéficiaire de la servitude (art. 963 al. 2 CC)⁸²⁷.

496 **Plus problématique** est la situation où la constitution d'un droit réel limité – respectivement, l'attribution d'un droit de propriété – **est subordonnée au paiement simultané** (« *Zug um Zug* ») d'un certain montant à titre de contre-prestation ou d'indemnité. Dans ces cas en effet, aucun des propriétaires ne peut exiger sa prestation s'il n'a pas lui-même exécuté ou offert d'exécuter la sienne (art. 82 CO)⁸²⁸.

497 Malgré une problématique d'exécution trait pour trait, l'attribution d'un droit réel par jugement formateur a été admise dans les cas suivants :

498 **1° En cas de constitution judiciaire d'une servitude d'empiètement** : doctrine et jurisprudence s'accordent pour admettre que le jugement attribuant une servitude d'empiètement est un jugement formateur, de sorte que le propriétaire du fonds dominant peut requérir lui-même l'inscription (déclarative) de la servitude au registre foncier sur la base

⁸²⁵ TF 5C.275/2005 du 15 mars 2006, consid. 3.2 ; ATF 78 I 443 in JdT 1953 I 514, consid. 2 ; CR CC II-STEINAUER, art. 665 CC n. 3 ; ; CHK-HITZ, art. 665 CC n. 5 ; BK ZPO-KELLERHALS, art. 344 CPC n. 16 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 665 CC n. 6.

⁸²⁶ CR CC II-STEINAUER, art. 665 CC n. 7 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 665 CC n. 10 ; CHK-HITZ, art. 665 CC n. 5 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2109.

⁸²⁷ CR CC II-MOOSER, art. 963 CC n. 38 ; CHK-HITZ, art. 665 CC n. 5 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2109.

⁸²⁸ Voir *supra* § 362.

dudit jugement⁸²⁹. Alors que la servitude légale d'empiètement fondée sur l'art. 674 al. 3 CC ne peut être attribuée que « contre paiement d'une indemnité équitable », la problématique de la simultanéité d'exécution est tout simplement passée sous silence par la doctrine et la jurisprudence⁸³⁰.

- 2° **En cas d'attribution judiciaire de la propriété à la suite de l'exercice d'un droit d'acquisition conditionnel** : dans deux arrêts publiés datant respectivement de 1959 et de 1960 et ayant pour objet le transfert de la propriété à la suite de l'exercice d'un droit de préemption, respectivement d'emption, le Tribunal fédéral a admis le principe d'un jugement formateur dont l'effet constitutif serait conditionné au paiement du prix de vente⁸³¹. Selon notre Haute Cour : « [I] attribution de la propriété contre paiement comptant, contenue au dispositif 2 du jugement, doit être comprise en ce sens que le demandeur acquerra la propriété de l'immeuble en payant le prix et que le conservateur du registre foncier pourra, en vertu de ce jugement, inscrire le demandeur, à sa demande, comme propriétaire dès qu'il aura justifié avoir payé le prix de vente ou déposé ce prix au bureau du registre foncier à la disposition du vendeur »⁸³². En d'autres termes, ces arrêts valident *de facto* l'admissibilité d'un **jugement formateur conditionnel**. 499

En dépit de ces arrêts, aucun consensus doctrinal ne se dégage sur la question juridique de l'admissibilité d'un jugement formateur en de telles situations⁸³³. Plusieurs auteurs y affichent toutefois un certain scepticisme, et préfèrent 500

⁸²⁹ TF 5A_588/2015 du 9 février 2016, consid. 5.3, résumé in DC 2016 p. 398 ; ATF 108 II 35, consid. 2b ; TC VS du 26 juin 2012 in RVJ 2013 273, consid. 5b/bb ; ACJC/1162/2006 (GE) du 19 octobre 2006 in SJ 2007 I 325, consid. 3.2 ; CR CC II-MARCHAND, art. 674 CC n. 28.

⁸³⁰ TF 5A_588/2015 du 9 février 2016, consid. 5.3, résumé in DC 2016 p. 398 ; ATF 108 II 35, consid. 2b ; TC VS du 26 juin 2012 in RVJ 2013 273, consid. 5b/bb ; ACJC/1162/2006 (GE) du 19 octobre 2006 in SJ 2007 I 325, consid. 3.2 ; CR CC II-MARCHAND, art. 674 CC n. 28.

⁸³¹ ATF 86 II 17 in JdT 1961 I 325, consid. 3 ; ATF 85 II 474 in JdT 1960 I 265, consid. 5.

⁸³² ATF 86 II 17 in JdT 1961 I 325, consid. 3.

⁸³³ Plaident pour l'admissibilité d'un jugement formateur dont l'effet constitutif intervient au moment du paiement du prix : BSK ZGB II-STREBEL, art. 656 CC n. 46 s ; KOLLER, Erfüllung, n. 13 ; SCHNYDER, n. 27 (voir notamment : « [w]ir haben es bei der Klage nach Art. 665 Abs. 1 ZGB mit einem Ausnahmefall zu tun, bei dem von Bundesrechts wegen eine 'Realexécution' vorgesehen ist, die erst noch ohne jeden Exekutionshandlung ganz einfach 'im juristischen Himmel' vor sich geht »).

Plaident pour l'admissibilité d'un jugement formateur dont l'effet constitutif intervient au moment de l'entrée en force du jugement, indépendamment du paiement du prix : BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 665 CC n. 11.

Plaident contre l'admissibilité d'un jugement formateur lorsque le transfert de propriété est conditionné au paiement du prix : CR CC II-STEINAUER, art. 665 CC n. 8 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2110 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 849c.

renvoyer le demandeur à l'action condamnatoire lorsque l'exécution d'un transfert de propriété dépend du paiement d'un prix⁸³⁴.

- 501 **S'agissant de l'action fondée sur l'art. 694 CC**, le Tribunal fédéral a **laissé ouverte la question** de savoir si la constitution d'un droit de passage nécessaire sur la base d'un jugement formateur était possible⁸³⁵. La doctrine y est globalement favorable⁸³⁶. Cette possibilité a en outre été admise dans un arrêt bernois de 1987, dont la motivation est regrettamment très sommaire⁸³⁷.
- 502 On constate toutefois que lorsqu'il est question **d'appréhender concrètement la manière de garantir la simultanéité d'exécution des prestations** (à savoir : la constitution de la servitude et le paiement de l'indemnité), seules deux solutions sont proposées par la doctrine :
- 503 1° d'une part, F. BOHNET plaide en faveur de l'admissibilité d'un jugement formateur conditionnel, en ce sens que l'effet constitutif de la servitude est subordonné au paiement de l'indemnité⁸³⁸ ;
- 504 2° d'autre part, P.H. STEINAUER et D. PIOTET se prononcent en faveur d'un report de l'entrée en force du jugement formateur, en ce sens que le dispositif du jugement ne peut devenir exécutoire qu'à compter de l'authentification, par le tribunal, du versement de l'indemnité⁸³⁹.
- 505 La solution de F. BOHNET est en soi plus conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée⁸⁴⁰. Il n'empêche que la notion de « jugement formateur conditionnel » est conceptuellement difficile à entériner. Par ailleurs, cette solution crée une insécurité juridique, puisque le moment de la naissance du droit réel immobilier ne découle alors ni de son inscription au registre foncier, ni de l'entrée en force du jugement qui le constitue, mais d'un acte *inter partes* (i.e. le paiement de l'indemnité) ne bénéficiant d'aucune publicité. Seule une solution visant à confier au conservateur du registre

⁸³⁴ CR CC II-STEINAUER, art. 665 CC n. 8 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2110 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 849c.

⁸³⁵ ATF 86 II 235 in JdT 1961 I 216, consid. 2.

⁸³⁶ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 6 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 19 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 66 et 67 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 8 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2710 ; CARONI-RUDOLF, p. 110. Ne prend pas position : SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1223.

⁸³⁷ TC BE du 1^{er} décembre 1987 in RJB 1989 318, consid. 2.

⁸³⁸ CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 8.

⁸³⁹ STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2710 ; CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 6 ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, p. 72.

⁸⁴⁰ Cf. ATF 86 II 17 in JdT 1961 I 325, consid. 3 ; ATF 85 II 474 in JdT 1960 I 265, consid. 5.

foncier le rôle de récipiendaire du paiement de l'indemnité permettrait de pallier à cette insécurité, à l'instar de ce qui est parfois prévu en matière d'expropriation⁸⁴¹ ; en l'absence de base légale *ad hoc*, cette solution est en l'état impraticable et relève au mieux d'un postulat.

Quant à la solution de P.H. STEINAUER et D. PIOTET, elle reporte le problème de fond sur des aspects procéduraux. Or, si l'exécution anticipée des jugements civils est prévue par la loi (art. 315 al. 2 CPC ; art. 103 al. 3 LTF), tel n'est pas le cas de l'exécution « retardée » ; cela reviendrait à créer un effet suspensif indépendant des voies de recours, ce qui est à notre sens *contra legem*. En outre, la solution préconisée serait difficile à mettre en pratique, dès lors qu'elle prête au juge un rôle de vérificateur qui n'est pas le sien. 506

Fort de ces considérations, admettre l'action formatrice en constitution du droit de passage nécessaire revient à notre avis à accepter que la servitude naisse au moment de l'entrée en force du jugement formateur. Or, cette solution est insatisfaisante lorsque, comme en l'espèce, la constitution du droit réel est subordonnée au paiement d'une indemnité : en effet, par le biais d'un jugement formateur entré en force, le demandeur se retrouve titulaire d'une servitude sans nécessairement s'être acquitté du paiement de l'indemnité. Il en découle une inégalité dans l'exécution des prestations. **Nous nous prononçons dès lors contre l'admissibilité d'une action formatrice en constitution de la servitude de passage nécessaire (et, plus largement, en constitution d'une servitude légale).** 507

2) *Une action condamnatoire*

A teneur de l'**art. 84 al. 1 CPC**, le demandeur intente une action condamnatoire pour obtenir que le défendeur fasse, s'abstienne de faire ou tolère quelque chose. 508

L'action fondée sur l'**art. 694 al. 1 CC** peut en toute hypothèse se concevoir comme une action condamnatoire⁸⁴² : elle vise alors à obtenir la condamnation du défendeur à effectuer une **déclaration de volonté**, à savoir la réquisition 509

⁸⁴¹ Voir notamment les art. 75 ss de la Loi genevoise sur l'expropriation pour cause d'utilité publique (LEX-GE) du 10 juin 1933 : les indemnités d'expropriation sont payées en mains du conservateur du registre foncier (art. 75 al. 1 LEX-GE) et la propriété des immeubles expropriés est acquise à l'expropriant de plein droit, dès le moment où l'expropriation est parfaite, c'est-à-dire dès le paiement prévu par l'article précédent, indépendamment des inscriptions à faire au registre foncier (art. 77 LEX-GE).

⁸⁴² A notre avis, elle ne peut se concevoir qu'ainsi, puisque nous avons exclu l'admissibilité de l'action formatrice, voir *supra* § 507.

d'inscription d'une servitude de passage conforme au dispositif du jugement sur son immeuble⁸⁴³.

- 510 Dite servitude ne naît alors pas au moment de l'entrée en force du jugement condamnatore, mais au moment de son inscription au registre foncier : il s'agit là d'une acquisition dérivée de la servitude, soumise au principe absolu de l'inscription. Cette inscription est **constitutive** (art. 656 al. 1 p.a. CC), avec pour corollaire que la réquisition d'inscription doit émaner du propriétaire grevé (art. 963 al. 1 CC)⁸⁴⁴, à savoir **le défendeur** à l'action en octroi de la servitude de passage nécessaire.
- 511 Le fait que la constitution de la servitude de passage soit subordonnée au paiement simultanément d'une indemnité ne pose pas de problème, puisque le jugement condamnatore ne se suffit en principe pas à lui-même pour déployer ses effets, mais doit au contraire être exécuté. Si l'action aboutit, le jugement condamne les parties à exécuter leurs obligations légales telles que concrétisées dans le dispositif du jugement (à savoir, d'une part, la réquisition d'inscription de la servitude de passage selon l'assiette fixée, d'autre part, le paiement de l'indemnité selon le montant arrêté). Aucune des parties ne bénéficie d'un privilège dans l'exécution de sa créance. **Pour cette raison, nous nous prononçons en faveur de la nature condamnatore de l'action en octroi de la servitude de passage nécessaire.**

§ II. L'introduction de l'instance

A. Le for

- 512 Selon l'art. 9 al. 1 CPC, un for n'est impératif que si la loi le prévoit expressément. *A contrario*, et comme la plupart des fors, le for de l'action en octroi du passage nécessaire est donc **dispositif**, en ce sens que les parties peuvent y déroger.
- 513 Le for de dite action est également **alternatif**, puisque le demandeur dispose, à choix, du for de l'art. 29 al. 1 let. a CPC et du for de l'art. 29 al. 2 CPC. Nous examinerons successivement ces deux dispositions :

⁸⁴³ BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 19 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 66 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 7 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2710.

⁸⁴⁴ CR CC II-MOOSER, art. 963 CC n. 38. Plus nuancés : BSK ZGB II-SCHMID, art. 963 CC n. 30 et BSK ZPO-ZINSLI, art. 344 CPC n. 18, qui réservent les cas où le jugement autorise expressément le demandeur à requérir sa propre inscription. Sur l'exécution en nature, voir *infra* § 598 ss.

1° Selon l'art. 29 al. 1 let. a CPC, le tribunal du lieu où un immeuble est immatriculé est compétent pour statuer sur les **actions réelles**. Dans un ATF 117 II 26, le Tribunal fédéral a défini l'action réelle comme « celle qui découle de rapports de droit dont le contenu juridique ne s'épuise pas à la suite de la prestation d'un débiteur déterminé et qui, dès lors, ne disparaissent pas par le fait de cette prestation, mais continuent à sortir leurs effets »⁸⁴⁵. Dans ce même arrêt, il a jugé que l'action tendant à l'inscription d'une servitude sur la base d'un contrat constitutif de servitude n'était pas une action réelle. Certains auteurs en déduisent alors que l'art. 29 al. 1 let. a CPC fonde la compétence du tribunal lorsque le droit réel existe déjà ou est litigieux en tant que tel, mais non lorsque l'action tend à l'octroi d'un droit réel⁸⁴⁶. 514

On peut dès lors se demander si l'action qui tend à l'octroi d'un droit de passage nécessaire – plus largement, l'action qui tend à l'octroi d'une servitude légale – doit être qualifiée d'action réelle. Cette question, non tranchée par le Tribunal fédéral, ne fait pas l'objet d'un consensus doctrinal : certains auteurs citent l'action dans les listes qu'ils dressent des actions tombant sous le coup de l'art. 29 al. 1 let. a CPC⁸⁴⁷, d'autres s'en abstiennent⁸⁴⁸, voire l'excluent expressément⁸⁴⁹. 515

A notre avis, l'analogie avec l'ATF 117 II 26 et la doctrine y relative, portant sur l'exécution d'un contrat constitutif de servitude, ne se justifie pas. D'un point de vue théorique, il est difficile de refuser le qualificatif d'« actions réelles » à des **actions qui se fondent exclusivement sur les dispositions légales du livre quatrième du Code civil consacré aux droits réels** et qui viennent concrétiser des obligations légales rattachées *propter rem*. D'un point de vue pratique, nier la compétence du tribunal du lieu de situation de l'immeuble peut avoir pour conséquence inopportune d'« expatrier » un procès civil au lieu du domicile du défendeur ; en effet, ce lieu n'équivaut pas nécessairement au lieu de situation de l'immeuble à grever du passage nécessaire (par exemple, parce qu'il s'agit d'une résidence secondaire). Pour ces raisons, il convient d'admettre que l'action 516

⁸⁴⁵ ATF 117 II 26, consid. 3.

⁸⁴⁶ BSK ZPO-TENCHIO, art. 29 CPC n. 10 ; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, art. 29 CPC n. 8.

⁸⁴⁷ BK ZPO-PETER, art. 29 CPC n. 10 ; OFK ZPO-ROHNER, art. 29 CPC n. 3. Voir également : CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 16.

⁸⁴⁸ CR CPC-HALDY, art. 29 CPC n. 4 (changement d'opinion par rapport à la précédente édition, où l'action fondée sur l'art. 694 CC figurait dans la liste des actions réelles) ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 29 CPC n. 11 ; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, art. 29 CPC n. 9.

⁸⁴⁹ DIKE ZPO-FÜLLEMANN, art. 29 CPC n. 17 nbp. 39.

fondée sur l'art. 694 CC peut être intentée au **for du lieu de situation de l'immeuble**⁸⁵⁰.

- 517 2° Selon l'art. 29 al. 2 CPC, le tribunal du domicile ou du siège du défendeur peut aussi statuer sur les **autres actions relatives à des droits sur l'immeuble**, ce par quoi il faut comprendre les actions personnelles qui tendent à une modification du registre foncier⁸⁵¹. Les actions en constitution de servitudes légales sont précisément des actions qui visent à faire inscrire des servitudes au registre foncier⁸⁵². Partant, le tribunal **du domicile ou du siège du défendeur** est aussi compétent pour statuer sur l'action fondée sur l'art. 694 CC.
- 518 **Lorsque le demandeur attrait plusieurs défendeurs** (par exemple : le propriétaire de l'immeuble voisin et le titulaire d'un droit réel limité sur ledit immeuble ; plusieurs propriétaires dont les immeubles doivent ou sont susceptibles d'être grevés du passage ; etc.), l'art. 15 al. 1 CPC prévoit que le tribunal compétent à l'égard d'un défendeur l'est à l'égard de tous les autres, à moins que sa compétence ne repose que sur une élection de for. En règle générale, le plus simple sera alors d'attirer les défendeurs au lieu de situation de l'immeuble à grever du passage.
- 519 Enfin, en cas de requête en **mesures provisionnelles**, le for est déterminé par l'art. 13 CPC : est impérativement compétent pour ordonner des mesures provisionnelles, soit le tribunal compétent pour statuer sur l'action principale (let. a), soit le tribunal du lieu où la mesure doit être exécutée (let. b). Dans la grande majorité des cas, ces deux lieux seront identiques, puisque la mesure provisionnelle requise a généralement lieu sur l'immeuble à grever du passage nécessaire⁸⁵³.

⁸⁵⁰ Dans la mesure où l'action vise la constitution d'une servitude foncière, le lieu de situation de l'immeuble se réfère tant à l'immeuble servant qu'à l'immeuble dominant, cf. BSK ZPO-TENCHIO, art. 29 CPC n. 13a. Si, par hypothèse, ces immeubles sont situés dans plusieurs arrondissements judiciaires, le tribunal du lieu où est situé l'immeuble ayant la plus grande surface est compétent en vertu de l'art. 29 al. 3 CPC. *Contra*, semble-t-il : BK ZPO-PETER, art. 29 CPC n. 30.

⁸⁵¹ CR CPC-HALDY, art. 29 CPC n. 7 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 29 CPC n. 24. Voir également ATF 134 III 16, consid. 3 (sur l'art. 19 al. 1 let. c aLFors).

⁸⁵² BSK ZPO-TENCHIO, art. 29 CPC n. 25 ; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, art. 29 CPC n. 18 ; BK ZPO-PETER, art. 29 CPC n. 25 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 16.

⁸⁵³ Voir *infra* 523 ss.

B. La procédure applicable

En principe, l'instance est introduite par le dépôt d'une **requête en conciliation** (art. 62 CPC et art. 197 ss CPC). L'autorité de conciliation peut soumettre aux parties une proposition de jugement lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas fr. 5'000.- (art. 210 al. 1 let. c CPC). Sur requête du demandeur, elle peut statuer au fond lorsque cette valeur n'excède pas fr. 2'000.- (art. 212 al. 1 CPC). 520

En cas d'échec de la conciliation, l'action en octroi de la servitude de passage nécessaire se poursuit par le dépôt d'une demande au fond. L'action est instruite en **procédure ordinaire** (art. 219 ss CPC) si la valeur litigieuse dépasse fr. 30'000.- (art. 219 et 243 al. 1 CPC *a contrario*), respectivement en **procédure simplifiée** (art. 243 ss CPC) si la valeur litigieuse est inférieure ou égale à fr. 30'000.- (art. 243 al. 1 CPC)⁸⁵⁴. Dans ce dernier cas, le juge a un devoir d'interpellation accru, en ce sens qu'il doit rendre les parties attentives à leurs allégations et moyens de preuve insuffisants (art. 247 al. 1 CPC). 521

Lorsque l'état de fait n'est pas litigieux ou est susceptible d'être immédiatement prouvé et que la situation juridique est claire, le demandeur peut introduire une requête en **cas clair** au sens de l'art. 257 CPC, soumise à la procédure sommaire (art. 248 ss CPC). Au vu des conditions restrictives posées à l'art. 694 CC et des fréquentes mesures d'instruction requises par cette action, les conditions de recevabilité d'une requête en cas clair feront généralement défaut. A notre avis, seules les situations où l'issue est notoirement insuffisante et où l'indemnité à verser en contrepartie est minime voire nulle peuvent justifier d'opter pour une requête en cas clair (par exemple : un propriétaire d'une parcelle enclavée, précédemment au bénéfice d'une servitude de passage limitée dans le temps et venue à échéance, sollicite le passage nécessaire sur le même tracé que celui emprunté précédemment, dit passage étant de surcroît emprunté par d'autres voisins). On peut encore citer le cas particulier où le demandeur, déjà au bénéfice d'un jugement octroyant le passage nécessaire (voire déjà titulaire dudit droit), requiert la postposition de droits antérieurs inscrits ou annotés sur l'immeuble grevé du passage⁸⁵⁵. 522

C. Les mesures provisionnelles

Le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend **vraisemblable** qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet 523

⁸⁵⁴ Sur le calcul de la valeur litigieuse, voir *supra* § 489 ss.

⁸⁵⁵ Sur cette question, voir en outre *supra* § 542.

d'une atteinte ou risque de l'être et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (art. 261 al. 1 CPC). Ces conditions sont cumulatives : le requérant doit ainsi rendre vraisemblable que le droit matériel invoqué existe et que le procès a des **chances de succès**⁸⁵⁶ ; il doit également rendre vraisemblable l'existence d'un danger risquant de lui causer un préjudice difficilement réparable, ce qui suppose l'**urgence**⁸⁵⁷. Les mesures provisionnelles sont régies par la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC).

524 Concrètement, une requête en mesures provisionnelles basée sur le droit au passage nécessaire de l'art. 694 CC peut avoir deux buts distincts : l'**octroi provisionnel d'un passage** ou le **maintien d'un passage existant mais non garanti d'un point de vue juridique**. Nous examinerons successivement ces deux cas de figure :

525 1° Dans le premier cas, les mesures provisionnelles ont pour but la création, à titre provisionnel, d'un passage jusqu'alors inexistant. La plupart du temps, la requête trouve sa cause dans un **projet de construction** qui matérialise le besoin d'une nouvelle desserte (et non uniquement le besoin d'un passage provisoire le temps d'un chantier, dans quel cas le droit invoqué par le biais des mesures provisionnelles ne serait pas le droit au passage nécessaire mais le droit d'échelage⁸⁵⁸).

526 Les tribunaux cantonaux qui ont eu à trancher ces litiges ont à notre connaissance toujours débouté le requérant, **faute d'urgence**⁸⁵⁹. Dans ces affaires, les tribunaux ont – à juste titre – considéré que le passage aurait pu être requis depuis longtemps⁸⁶⁰, et qu'en toute hypothèse, un report du début des travaux le temps du procès au fond ne constituait pas un dommage justifiant l'octroi de mesures urgentes⁸⁶¹. Ils ont en outre relevé que si la parcelle était construite sur la base d'un accès provisoire – ce qui, d'un point de vue du droit des constructions, ne devrait pas être permis –

⁸⁵⁶ ATF 131 III 473, consid. 2.3 ; TF 5D_219/2017 du 24 août 2018, consid. 4.2.2.

⁸⁵⁷ Voir notamment CR CPC-BOHNET, art. 261 CPC n. 12 ; BSK ZPO-SPRECHER, art. 261 CPC n. 10. La condition de l'urgence résulte non pas d'une immédiateté temporelle, mais de la considération que seules des mesures provisionnelles peuvent prévenir le dommage menaçant, cf. TF 6A_629/2009 du 25 février 2010, consid. 4.1.

⁸⁵⁸ Sur les passages de droit privé cantonal, voir *supra* § 236 ss. Sur le droit d'échelage en particulier, voir PIOTET D., Droit privé vaudois, n. 1846 ss.

⁸⁵⁹ TC VS du 11 décembre 2013 *in* RVJ 2014 p. 258, consid. 2.2.3 ; TC VS du 15 novembre 1988 *in* RVJ 1988 p. 305, consid. 3a ; TC VS du 12 juin 1980 *in* RVJ 1980 p. 328, consid. 2.

⁸⁶⁰ TC VS du 11 décembre 2013 *in* RVJ 2014 p. 258, consid. 2.2.3 ; TC VS du 15 novembre 1988 *in* RVJ 1988 p. 305, consid. 3a.

⁸⁶¹ TC VS du 15 novembre 1988 *in* RVJ 1988 p. 305, consid. 3a ; TC VS du 12 juin 1980 *in* RVJ 1980 p. 328, consid. 2.

l'octroi des mesures provisionnelles pourrait avoir pour effet de **lier le sort du procès au fond** de manière non admissible : en effet, le besoin d'accès serait alors concrétisé par les constructions nouvellement érigées, elles-mêmes implantées en fonction d'un passage provisoire qui viendrait alors limiter le juge du fond dans son appréciation, notamment dans l'examen d'autres passages alternatifs⁸⁶².

- 2° Dans le second cas, les mesures provisionnelles ont pour but d'interdire à un propriétaire d'entraver un passage de fait existant⁸⁶³. Elles sont alors requises **en réaction au comportement d'un voisin qui vient perturber une issue existante** – issue qui ne repose pas sur un titre juridique, sans quoi le droit invoqué ne serait pas celui découlant de l'art. 694 CC, qui présuppose précisément une absence d'issue suffisante sur la voie publique. On pense par exemple à la pose de « bordurettes »⁸⁶⁴ ou de blocs de granit⁸⁶⁵, à des travaux de renaturalisation d'un passage consistant à enlever le pavement⁸⁶⁶, à la plantation d'un arbre, à la construction d'un muret, à l'érection d'une clôture ou à tout autre acte constituant un obstacle au passage. L'objet des mesures provisionnelles est alors généralement l'interdiction desdits actes (autorisés ou non) jusqu'à droit jugé au fond. 527

Pour que de telles mesures provisionnelles soient ordonnées, il faut que **le passage entravé soit effectivement celui emprunté par le requérant et qu'il constitue en outre la seule issue possible**⁸⁶⁷. Ces conditions sont examinées sous l'angle de la vraisemblance : dans un arrêt non publié de 2010, le Tribunal fédéral a ainsi admis la vraisemblance du droit au passage nécessaire sur la base du plan du registre foncier démontrant qu'aucun autre chemin ne permettait l'accès direct à la parcelle des requérants⁸⁶⁸. Lorsque le passage, tout en étant entravé, reste néanmoins possible dans une moindre mesure, le juge des mesures provisionnelles 528

⁸⁶² TC VS du 15 novembre 1988 *in* RVJ 1988 p. 305, consid. 3b ; TC VS du 12 juin 1980 *in* RVJ 1980 p. 328, consid. 2.

⁸⁶³ Voir notamment : CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 8 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 15 ; CARONI-RUDOLF p. 120.

⁸⁶⁴ Cas de figure de l'arrêt TF 5A_629/2009 du 25 février 2010.

⁸⁶⁵ TC ZH du 3 novembre 2015, résumé *in* DC 2016 p. 178.

⁸⁶⁶ Cas de figure de l'arrêt TF 5A_747/2008 du 27 avril 2009.

⁸⁶⁷ Voir notamment l'arrêt TF 5A_747/2008 du 27 avril 2009, où le Tribunal fédéral a rejeté la requête en mesures provisionnelles visant au maintien d'un chemin d'accès utilisé paisiblement pendant 68 ans, au motif qu'un autre accès existait par le nord de la parcelle.

⁸⁶⁸ TF 5A_629/2009 du 25 février 2010, consid. 3.2.4.

examine le caractère suffisant ou non du passage résiduel, notamment au vu de sa largeur⁸⁶⁹.

- 529 Il résulte de ce qui précède que les **chances de succès** sont nettement meilleures lorsque le but des mesures provisionnelles requises est le maintien de l'état existant le temps de la procédure au fond.
- 530 Rappelons enfin que si plusieurs immeubles sont susceptibles d'être grevés du passage, la vraisemblance doit également porter sur **la détermination du voisin** à qui le passage peut être réclamé, en application des critères de l'art. 694 al. 2 CC examinés *prima facie*⁸⁷⁰.

§ III. Les parties au procès

A. Généralités

- 531 Le cercle des titulaires et des obligés par la créance légale a déjà été déterminé dans nos précédents développements, en tenant compte de la catégorie d'immeuble en faveur ou à la charge duquel la servitude doit être constituée. Nous y renvoyons intégralement, tant pour la légitimation active du demandeur⁸⁷¹ que pour la légitimation passive du défendeur⁸⁷².
- 532 Sous ce point, nous examinerons uniquement deux questions : celle de la détermination des parties au procès (B.) et celle des changements de titularité au rapport de droit en cours de procès (C.).

B. La détermination des parties

- 533 Le demandeur qui désire introduire une action en octroi du droit de passage nécessaire doit se poser une première question en lien avec les défendeurs qu'il doit, respectivement qu'il souhaite, attirer en justice. Cela revient à poser la question de la consorité.

⁸⁶⁹ Voir TC ZH du 3 novembre 2015, résumé *in* DC 2016 p. 178, consid. 6.4.1, où le Tribunal cantonal a jugé qu'il était peu vraisemblable qu'un passage résiduel plus large que la route publique d'accès elle-même soit *per se* insuffisant.

⁸⁷⁰ TC VS du 11 décembre 2013 *in* RVJ 2014 p. 258, consid. 2.2.2 ; TC VS du 15 novembre 1988 *in* RVJ 1988 p. 305, consid. 2a.

⁸⁷¹ Voir *supra* § 37 ss.

⁸⁷² Voir *supra* § 71 ss.

D'une part, l'art. 70 al. 1 CPC consacré à la **consorité nécessaire** dispose que les parties à un rapport de droit qui n'est susceptible que d'une décision unique doivent agir ou être actionnées conjointement. En cas de défaut de légitimation, le juge rejette la demande par un jugement au fond⁸⁷³. S'agissant des **propriétaires collectifs** (propriétaires communs et copropriétaires ordinaires et d'étages), nous avons admis *supra* que ces derniers formaient une consorité nécessaire, tant du point de vue actif⁸⁷⁴ que passif⁸⁷⁵. 534

D'autre part, l'art. 71 al. 1 CPC traitant de la **consorité simple** énonce que les personnes dont les droits et les devoirs résultent de faits ou de fondements juridiques semblables peuvent agir ou être actionnées conjointement. La consorité simple résulte d'un **choix de la partie demanderesse**⁸⁷⁶; elle se justifie par un but d'économie de procédure et dans un souci d'éviter les jugements contradictoires⁸⁷⁷. La consorité simple est exclue lorsque les causes relèvent de procédures différentes (art. 71 al. 2 CPC). 535

Dans le cadre d'une action fondée sur l'art. 694 CC, la facilité procédurale offerte par la consorité simple est à prendre en compte dans les **quatre situations** suivantes : 536

- 1° Lorsque plusieurs propriétaires d'immeubles sont privés d'issue suffisante sur la voie publique, ils disposent d'un intérêt à agir conjointement, en tant que **consorts actifs simples**, contre le propriétaire à qui ils réclament le passage nécessaire. 537
- 2° Lorsqu'un propriétaire sollicite une issue impliquant un passage sur plusieurs immeubles appartenant à des propriétaires distincts, il dispose d'un intérêt à actionner conjointement, en tant que **consorts passifs simples**, les propriétaires des fonds à grever de la servitude. Il s'agit là d'une consorité passive **proprement dite**⁸⁷⁸, puisque le demandeur agit dans le but d'obtenir un jugement condamnatore à l'encontre de chacun des défendeurs. 538

⁸⁷³ ATF 137 III 455, consid. 3.5 ; CR CPC-JEANDIN, art. 70 CPC n. 19 ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 70 n. 1 ; ZK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 70 CPC n. 56 ; DIKE ZPO-BORLA-GEIER, art. 70 CPC n. 7. La question de savoir si le juge examine d'office si la consorité nécessaire est donnée est controversée (en faveur d'un examen d'office : CR CPC-JEANDIN, art. 70 CPC n. 19 ; en défaveur : BSK ZPO-RUGGLE, art. 70 n. 1 et ZK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 70 CPC n. 56).

⁸⁷⁴ Voir *supra* § 54 ss.

⁸⁷⁵ Voir *supra* § 80 ss.

⁸⁷⁶ CR CPC-JEANDIN, art. 71 CPC n. 3 et 4 ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 71 n. 2 ; JEANDIN/PEYROT, p. 71.

⁸⁷⁷ CR CPC-JEANDIN, art. 71 CPC n. 3 et 4 ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 71 n. 4 ; ZK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 71 CPC n. 1 ; DIKE ZPO-BORLA-GEIER, art. 71 CPC n. 1 ; JEANDIN/PEYROT, p. 71.

⁸⁷⁸ Sur cette notion : CR CPC-JEANDIN, art. 71 CPC n. 7 ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 71 n. 7.

- 539 3° Lorsqu'un propriétaire a un doute sur le voisin à qui réclamer le passage en vertu de l'**art. 694 al. 2 CC** (notamment parce que plusieurs issues sont possibles), la prudence peut lui enjoindre d'actionner conjointement, en tant que **consorts passifs simples**, les propriétaires des fonds sur lesquels la servitude pourrait être constituée. Il s'agit là d'une consorité passive **alternative ou éventuelle**⁸⁷⁹, puisqu'à l'issue de la procédure, seul l'un des défendeurs est condamné à constituer la servitude sur son immeuble.
- 540 A titre exemplatif, imaginons que deux immeubles A et B soient susceptibles de fournir une issue suffisante au propriétaire demandeur : dans une première action dirigée contre le propriétaire de l'immeuble A, le juge pourrait débouter le demandeur au motif que la servitude de passage devrait être constituée sur l'immeuble B ; dans une seconde action dirigée contre le propriétaire de l'immeuble B, un autre juge pourrait pour sa part décider que le passage devrait être constitué sur l'immeuble A. Ainsi, à défaut d'action conjointe contre les propriétaires des immeubles A et B, le demandeur risque de se retrouver avec deux jugements contradictoires.
- 541 Du point de vue du demandeur, l'inconvénient d'une telle action conjointe réside dans la répartition des frais du procès, puisqu'à tout le moins un des défendeurs obtiendra gain de cause⁸⁸⁰ ; économiquement, elle lui reste toutefois plus avantageuse qu'un nouveau procès à intenter à la suite d'un premier déboutement⁸⁸¹.
- 542 4° Lorsqu'un propriétaire veut obtenir la postposition de droits inscrits ou annotés sur l'immeuble à grever de la servitude de passage nécessaire⁸⁸², il peut enfin actionner conjointement, en tant que **consorts passifs simples**, les titulaires desdits droits et le propriétaire de l'immeuble à grever. Le demandeur ne peut en effet pas exiger la postposition des droits inscrits ou annotés sur l'immeuble tributaire du passage nécessaire sur la base d'un jugement auxquels les titulaires desdits droits ne sont pas parties.

⁸⁷⁹ La consorité est alternative si le demandeur entend obtenir un jugement contre l'un ou l'autre des défendeurs ; la consorité est éventuelle si le demandeur entend principalement obtenir un jugement contre un premier défendeur, subsidiairement contre un second défendeur pour le cas où il n'obtiendrait pas gain de cause contre le premier. Sur ces notions, voir TF 4A_23/2018 du 8 février 2019, consid. 2.1 ; CR CPC-JEANDIN, art. 71 CPC n. 7 ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 71 n. 8.

⁸⁸⁰ Dans ce sens également : FOURNIER, p. 204.

⁸⁸¹ Voir également la proposition de FOURNIER, p. 204, qui suggère au demandeur de faire administrer une requête de preuve à futur selon l'art. 158 al. 1 let. b CPC avant d'ouvrir action, afin de connaître l'état antérieur des propriétés et des voies d'accès et les plus- et moins-values générées aux potentiels fonds servants, dans l'optique de déterminer contre qui agir. Il s'agit à notre avis d'une fausse bonne idée, qui sous couvert d'une simplification, vient en réalité compliquer et alourdir la procédure en octroi du droit de passage.

⁸⁸² Sur cette question, voir *supra* § 82 ss.

Cela étant, l'opportunité d'une action conjointe ne sera pas toujours donnée pour des motifs tenant à la complexification du procès (multiplication des parties, frais, expertises, etc.). Les causes peuvent par ailleurs relever de procédures différentes, compte tenu de leur valeur litigieuse.

A la suite de l'introduction de la demande en justice, les parties peuvent vouloir attirer des tiers au procès dans un second temps ; on pense ici en particulier à l'éventualité d'un **appel en cause**. Cette institution permet à une partie principale (appelée le dénonçant) d'attirer au procès un tiers (appelé le dénoncé) en faisant valoir les prétentions qu'elle estime avoir contre lui pour le cas où elle succomberait (art. 81 al. 1 CPC). L'appel en cause n'est possible qu'en procédure ordinaire (art. 81 al. 3 CPC *a contrario*). 543

La question de l'admissibilité d'un appel en cause se pose en particulier lorsque plusieurs immeubles sont susceptibles de fournir une issue suffisante sur la voie publique. Prenons l'**exemple** suivant : un propriétaire agit en octroi du passage nécessaire contre le propriétaire de l'immeuble A ; or, ce dernier estime que c'est l'immeuble B qui devrait être grevé du passage en application de l'art. 694 al. 2 CC. *Quid juris ?* 544

1° **Du point de vue du défendeur** (soit : le propriétaire de l'immeuble A), ce dernier ne peut pas appeler en cause le propriétaire de l'immeuble B, faute de prendre des **conclusions récursoires** à son encontre⁸⁸³. Dans un arrêt vaudois basé sur l'ancien Code de procédure civile cantonal, le Tribunal cantonal avait jugé que la connexité des prétentions autorisait les propriétaires attaqués en octroi du passage nécessaire à appeler en cause d'autres propriétaires pour faire constater que le passage était moins dommageable sur les fonds de ceux-ci⁸⁸⁴. Au vu du texte clair de l'art. 81 al. 1 CPC, cette seule connexité ne suffit cependant plus⁸⁸⁵. Le caractère non admissible de l'appel en cause n'empêche bien évidemment pas le défendeur de démontrer que son immeuble n'est pas celui désigné par l'art. 694 al. 2 CC ; s'il y parvient, le demandeur sera débouté de son action – libre à lui d'intenter une nouvelle action contre le propriétaire de l'immeuble B. 545

⁸⁸³ ZK ZPO-SCHWANDER, art. 81 CPC n. 16. Dans la logique de l'art. 81 CPC, le rejet de l'action principale conduit au rejet de l'appel en cause qui se révèle infondé, voir ATF 143 III 106, consid. 5.3. Voir également BSK ZPO-FREI, art. 81 CPC n. 10 et CR CPC-HALDY, art. 81 CPC n. 3 et 4.

⁸⁸⁴ TC VD du 23 juin 1992 *in* JdT 1993 III 70, consid. 2.

⁸⁸⁵ Dans ce sens également, voir : ZK ZPO-SCHWANDER, art. 81 CPC n. 17.

546 **2° Du point de vue du demandeur**, ce dernier pourrait être tenté, à réception de la réponse du défendeur (soit : le propriétaire de l'immeuble A), d'attirer au procès le propriétaire de l'immeuble B dans le cadre de sa réplique (art. 82 al. 1 CPC). Il ne s'agit alors pas non plus d'une prétention récursoire, mais de la prétention principale dirigée contre un tiers à titre alternatif. Or, l'appel en cause ne doit à notre avis pas permettre au demandeur de réparer son erreur initiale⁸⁸⁶. Ainsi, le demandeur prendra soin de déterminer les parties qu'il souhaite attirer à la procédure lors du dépôt de son action en justice, faute de pouvoir corriger le tir par la suite par le biais d'un appel en cause.

C. Les changements de titularité au rapport de droit

547 Nous avons vu *supra* que le rattachement *propter rem* de la créance légale en constitution du droit de passage nécessaire a pour conséquence qu'une action judiciaire en octroi dudit droit ne peut plus être intentée par l'ancien propriétaire du fonds bénéficiaire, faute de légitimation active, ni être dirigée contre l'ancien propriétaire du fonds à grever, faute de légitimation passive⁸⁸⁷. La créance est en effet indissociable de la titularité du droit réel.

548 Nous discuterons ici des effets de l'**aliénation** d'un des immeubles en cause, en particulier de l'aliénation de l'immeuble du défendeur. Ce risque est amplifié lorsque l'immeuble appelé à être grevé du passage nécessaire est détenu collectivement par un grand nombre de personnes (par exemple, par des propriétaires d'étages). Pour aborder ce point, il convient de distinguer **trois moments** :

549 **1° Peu avant l'introduction de l'instance** : d'une part, lorsque l'immeuble à grever du passage est aliéné juste avant l'introduction de l'instance, le demandeur doit impérativement attirer l'acheteur de l'immeuble inscrit au journal, quand bien même celui-ci n'est pas encore inscrit au grand livre (art. 972 CC)⁸⁸⁸ ; à défaut, l'action sera rejetée faute de légitimation passive. En revanche, celui qui achète un immeuble enclavé doit attendre d'être inscrit comme propriétaire au registre foncier avant de pouvoir agir en octroi du passage nécessaire.

⁸⁸⁶ Dans ce sens également : CR CPC-HALDY, art. 81 CPC n. 5. *Contra*, semble-t-il : ZK ZPO-SCHWANDER, art. 81 CPC n. 14.

⁸⁸⁷ Voir *supra* § 25.

⁸⁸⁸ ATF 138 III 512 *in* JdT 2013 II 233, consid. 3 et 4.

2° **En cours d'instance** : lorsque l'un des immeubles est aliéné en cours d'instance, il s'opère une **substitution de partie**. 550

Aux termes de l'**art. 83 al. 1-3 CPC**, lorsque l'objet litigieux est aliéné en cours d'instance, l'acquéreur **peut** reprendre le procès en lieu et place de la partie qui se retire (al. 1) ; la partie qui se substitue répond de l'ensemble des frais et la partie qui se retire répond solidairement des frais encourus jusqu'à la substitution (al. 2) ; sur requête de la partie adverse, le juge peut si nécessaire ordonner au reprenant de constituer des sûretés en garantie de l'exécution de la décision (al. 3). Quant à l'**art. 83 al. 4 2^e phrase CPC**, il traite de la substitution de partie qui s'opère d'elle-même, lorsque le changement de légitimation survient *ex lege*. 551

A l'inverse de la substitution de partie fondée sur l'art. 83 al. 4 2^e phrase CPC, la substitution de partie basée sur l'art. 83 al. 1 CPC n'est pas automatique, mais dépend de la volonté de l'acquéreur et de l'aliénateur. Dans les deux hypothèses toutefois, la substitution de partie s'effectue indépendamment du consentement de la partie adverse. Par ailleurs, les cas visés par l'art. 83 al. 4 2^e phrase CPC ne déploient pas les conséquences prévues aux art. 83 al. 2 et 3 CPC en matière de partage des frais et de fourniture de sûretés. 552

Dans le cadre d'une action fondée sur l'art. 694 CC, la question de savoir si la substitution de partie s'opérant à la suite de l'aliénation de l'immeuble (du demandeur ou du défendeur) s'effectue en application de l'art. 83 al. 1 CPC ou de l'art. 83 al. 4 2^e phrase CPC est **controversée**⁸⁸⁹. Plus largement, la question revient à se demander si le **transfert de propriété de la chose dont dépendent des obligations propter rem** constitue un cas de substitution légale ou non. 553

Dans un arrêt non publié de 2017, le Tribunal fédéral s'est penché sur la notion d'**aliénation de l'objet litigieux** figurant à l'art. 83 al. 1 CPC et en a donné une **définition très large** : ainsi selon notre Haute Cour, l'aliénation vise un cas de succession à titre particulier ; quant à la notion d'objet litigieux, elle peut viser une chose, un droit, un rapport de droit, mais encore la chose (par exemple l'immeuble) dont dépendent les droits et obligations qui font l'objet du procès (par exemple, les actions fondées sur les art. 684 et 694 CC qui sont intimement liées à la propriété ou à la 554

⁸⁸⁹ En faveur de l'art. 83 al. 1 CPC : CR CPC-JEANDIN, art. 83 CPC n. 9 et 10 ; JEANDIN, Le changement de légitimation, 263 ; BASTONS BULLETTI, Note ad TF 4A_635/2017. En faveur de l'art. 83 al. 4 2^e phrase CPC : CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 2 ; BSK ZPO-GRABER, art. 83 CPC n. 51 ; DIKE ZPO-GÖKSU, art. 83 CPC n. 27.

possession de l'immeuble)⁸⁹⁰. En d'autres termes, selon le Tribunal fédéral, l'« objet litigieux » dans l'action fondée sur l'art. 694 CC n'est pas la créance légale, respectivement l'obligation légale, mais l'immeuble.

555 Ce résultat nous paraît **insatisfaisant lorsque l'aliénateur de l'immeuble est le défendeur**. En application de l'art. 83 al. 1 CPC, l'acquéreur pourrait en effet refuser de poursuivre le procès, si bien que le demandeur se verrait débouté de son action en raison du défaut de légitimation passive du défendeur initial, et devrait de ce fait intenter une nouvelle action à l'encontre du nouvel acquéreur. Cette conséquence est aussi sévère qu'inopportune : sévère, parce que l'obligation légale rattachée à la propriété de l'immeuble aliéné a déjà fait l'objet d'une mise en œuvre par le dépôt d'une demande en justice ; inopportune, parce que la personne du défendeur n'influe en principe pas sur les conditions d'octroi du passage nécessaire.

556 Pour ces raisons, l'aliénation d'un des immeubles en cours d'instance devrait mener à une **substitution légale** des parties au procès⁸⁹¹. Contrairement à l'avis exprimé par le Tribunal fédéral, l'« objet litigieux » de l'action fondée sur l'art. 694 CC n'est pas l'immeuble, mais les droits et les obligations qui y sont rattachés *propter rem*. Or, ces derniers ont précisément fait l'objet d'un transfert légal à titre particulier, justifiant selon nous l'application de l'art. 83 al. 4 2^e phrase CPC⁸⁹², avec pour conséquence **la reprise du procès en l'état par l'acquéreur** (étant précisé que lorsque l'acquéreur est le demandeur, il peut en tout état se désister⁸⁹³).

557 Il n'en demeure pas moins que la substitution légale n'a – pour l'heure – pas les faveurs du Tribunal fédéral. En cas de risques liés à un changement de propriétaire, le demandeur prudent pourra alors être amené à requérir l'annotation d'une restriction du droit d'aliéner sur le ou les futur(s) fonds

⁸⁹⁰ TF 4A/635-637/2017 du 8 août 2018, consid. 4.1.3.2. Pour un commentaire de cet arrêt, voir : BASTONS BULLETTI, Note ad TF 4A_635/2017.

⁸⁹¹ Dans le même sens : CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 2 ; BSK ZPO-GRABER, art. 83 CPC n. 51 ; DIKE ZPO-GÖKSU, art. 83 CPC n. 27.

⁸⁹² A plusieurs égards, cette situation est similaire à celle d'une fusion ; en effet, la volonté porte sur un acte ne visant pas le transfert lui-même, mais ayant pour conséquence ledit transfert.

⁸⁹³ Dans cette hypothèse, si l'acquéreur ne souhaite pas poursuivre l'action intentée par le vendeur de l'immeuble, il lui sera en principe plus favorable d'exiger de ce dernier qu'il se désiste de son action avant le transfert de propriété de l'immeuble.

servant(s)⁸⁹⁴ (avec pour effet un alourdissement de la procédure qu'une substitution légale permettrait précisément d'éviter).

3° **Après la clôture de l'instance** : lorsque l'un des immeubles est aliéné après la clôture de l'instance (de première instance ou d'appel), la substitution de partie n'est plus possible⁸⁹⁵. Or, il peut s'écouler un certain temps entre le jour de la reddition du jugement et l'inscription constitutive de la servitude au registre foncier. Le demandeur qui a obtenu gain de cause court alors le risque d'une aliénation de l'immeuble sur lequel la constitution de la servitude a été ordonnée. 558

Certes, en cas d'aliénation, la créance du demandeur en constitution du passage nécessaire reste rattachée *propter rem* à l'immeuble aliéné ; il n'en demeure pas moins que cette créance a déjà fait l'objet d'une procédure judiciaire, parfois lourde, au terme de laquelle la créance a été **concrétisée par l'octroi d'une servitude définie**. Le demandeur a donc un intérêt à ne pas se voir contraint de recommencer à zéro une procédure judiciaire contre le nouvel acquéreur de l'immeuble du défendeur. 559

Au gré des circonstances (notamment s'il existe un risque concret d'une tierce acquisition ou si l'immeuble à grever appartient à un grand nombre de personnes), le demandeur dont la servitude n'est pas encore inscrite doit à notre avis pouvoir requérir une **annotation** par voie de mesures provisionnelles⁸⁹⁶. On peut s'interroger sur la base légale autorisant cette annotation : de prime abord, on serait tenté d'envisager l'inscription provisoire d'une servitude légale selon l'art. 961 al. 1 CC. Or, cette disposition a pour but de garantir un droit réel existant non révélé par le registre foncier⁸⁹⁷, ce qui n'est pas le cas de la servitude de passage nécessaire qui, précisément, n'existe pas encore. Il est cependant possible de procéder à l'inscription provisoire des hypothèques légales indirectes, qui, elles non plus, n'existent pas encore en tant que droits réels ; toutefois, cette exception notable a pour but premier le respect des brefs délais 560

⁸⁹⁴ Cette solution est préconisée par FOURNIER, p. 205, qui suggère l'annotation systématique d'une restriction du droit d'aliéner avec une clause selon laquelle, en cas d'aliénation, l'acte translatif de propriété ne puisse être inscrit au registre foncier que moyennant acceptation de l'acquéreur de reprendre le litige en l'état.

⁸⁹⁵ Voir BSK ZPO-GRABER, art. 83 CPC n. 20, pour qui la substitution de partie est possible jusqu'au moment du jugement et CR CPC-JEANDIN, art. 83 CPC n. 12, pour qui la substitution de partie peut s'opérer tant et aussi longtemps qu'il est possible d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux.

⁸⁹⁶ Dans ce sens également, voir CARONI-RUDOLF, 118 ss.

⁸⁹⁷ CR CC II-MOOSER, art. 961 CC n. 2 ; BSK ZGB II-SCHMID, art. 961 CC n. 11.

d'inscription⁸⁹⁸. Une application analogique de l'art. 961 al. 1 CC au droit de passage nécessaire ne se justifie donc pas.

- 561 En revanche, il convient à notre sens de permettre l'annotation d'une **restriction du droit d'aliéner selon l'art. 960 al. 1 ch. 1 CC**, ayant pour effet de rendre opposable au nouvel acquéreur de l'immeuble la servitude de passage telle que fixée par jugement (par hypothèse, non encore entré en force ou non encore exécuté). Les droits du demandeur ayant eu gain de cause sont ainsi protégés.

§ IV. Les moyens de preuve

A. Généralités

- 562 L'action en octroi de la servitude de passage nécessaire est soumise à la **maxime des débats** (art. 55 al. 1 CPC) : les parties ont l'obligation d'alléguer les faits à l'appui de leurs prétentions et d'offrir les preuves permettant d'établir ces faits, à défaut de quoi le tribunal ne pourra les tenir comme établis. En application des règles sur la répartition du **fardeau de la preuve** (art. 8 CC), le demandeur doit donc prouver qu'il n'a qu'une issue insuffisante sur la voie publique et que le propriétaire voisin à qui il réclame le passage nécessaire est légalement obligé de le lui céder compte tenu de l'ordre de priorité établi par l'art. 694 al. 2 CC, le défendeur étant admis à la contre-preuve ; à l'inverse, le défendeur doit prouver le montant de l'indemnité qui lui est due en contrepartie de la constitution du droit, le demandeur étant admis à la contre-preuve.
- 563 Les règles relatives aux preuves sont régies par les art. 150 ss CPC. Deux principes caractérisent le droit de la preuve en procédure civile suisse : le *numerus clausus* des moyens de preuve (art. 168 CPC) et leur libre appréciation par le tribunal (art. 157 CPC). S'agissant plus particulièrement des moyens de preuve admis, l'art. 168 al. 1 CPC les limite au nombre de six : le témoignage (let. a), les titres (let. b), l'inspection (let. c), l'expertise (let. d), les renseignements écrits (let. e) et l'interrogatoire et la déposition des parties (let. f).

⁸⁹⁸ CR CC II-MOOSER, art. 961 CC n. 7 ; BSK ZGB II-SCHMID, art. 961 CC n. 21.

Nous examinerons ci-après les deux moyens de preuve que constituent 564
l'inspection (B.) et l'expertise (C.). Au vu de leur utilité pour prouver certains
faits pertinents à l'issue du litige, ils méritent en effet que l'on s'y attarde.

B. L'inspection

Le tribunal peut, à la demande d'une partie ou d'office, procéder à une 565
inspection aux fins de constater directement des faits ou d'acquérir une
meilleure connaissance de la cause (art. 181 al. 1 CPC). Il est généralement
admis que l'inspection a une **double nature** : moyen de preuve dont
l'administration est ordonnée à la demande d'une partie d'une part,
instrument de la compréhension des faits pouvant être ordonné d'office
d'autre part⁸⁹⁹.

Dans le cadre d'une action en octroi d'un droit de passage nécessaire, 566
comportant par nature une forte composante spatiale, l'inspection locale est
fréquente⁹⁰⁰. Elle est de surcroît particulièrement **utile** lorsque sont contestés
des faits que des constatations visuelles permettent d'éclaircir : ainsi, en
premier lieu, l'inspection locale sert à décider si l'issue à la voie publique est
insuffisante ; en second lieu, elle permet de déterminer le fonds à grever du
passage et l'assiette exacte de la servitude à constituer.

A titre exemplatif, les faits suivants peuvent être constatés par un transport 567
sur place : la sécurité de l'issue existante⁹⁰¹, la largeur d'un passage, l'ampleur
d'éventuels travaux d'aménagement d'un chemin⁹⁰², la gêne sonore ou visuelle
que la création d'un passage impliquerait⁹⁰³, le caractère réalisable –
respectivement moins dommageable – de la constitution d'une servitude à un
endroit plutôt qu'à un autre⁹⁰⁴, etc.

Dans le cadre de l'inspection, le tribunal peut en outre procéder à des **actes** 568
d'instruction précis, tels que par exemple prendre des mesures ou effectuer

⁸⁹⁹ Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, *in* FF 2006 6841 ss, p. 6932 ; CR CPC-SCHWEIZER, art. 181 CPC n. 6.

⁹⁰⁰ Voir par exemple les arrêts TF 5A_777/2017 du 29 janvier 2018 ; TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016 ; TF 5A_360/2014 du 28 octobre 2014 ; TF 5A_714/2012 du 29 mai 2013 ; TF 5A_136/209 du 19 novembre 2009.

⁹⁰¹ Voir TF 5A_360/2014 du 28 octobre 2014.

⁹⁰² Voir TF 5A_931/2015 du 10 juin 2016.

⁹⁰³ Voir TF 5A_714/2012 du 29 mai 2013.

⁹⁰⁴ Voir TF 5A_714/2012 du 29 mai 2013.

des manœuvres d'entrée ou de sortie avec un véhicule⁹⁰⁵ ; on conseillera alors aux parties de requérir ces actes avant l'inspection locale, afin d'organiser au mieux cette dernière.

- 569 Le **moment de l'inspection** dépend des faits appelés à être constatés. Si le principe même de la nécessité d'un passage est contesté, il est conseillé de procéder à l'inspection des lieux au début de l'administration des preuves, cas échéant en couplant ce moyen de preuve avec l'interrogatoire des parties ou l'audition d'un témoin (art. 181 al. 2 CPC). En revanche, si l'objet du litige porte sur la solution permettant de réaliser l'issue à la voie publique, les variantes envisagées doivent d'abord être définies, au besoin moyennant un rapport d'expertise ; l'inspection locale aura alors lieu dans un second temps, cas échéant en la couplant avec l'interrogatoire de l'expert (art. 181 al. 2 CPC)⁹⁰⁶.
- 570 L'inspection fait l'objet d'un **procès-verbal**, qui peut être accompagné de plans, de dessins, de photographies ou d'autres supports techniques de représentation (art. 182 CPC). Le jugement ne peut se fonder que sur les éléments de l'inspection qui résultent des actes versés au dossier⁹⁰⁷. Les constatations du tribunal dont les parties souhaitent faire état dans la suite de la procédure doivent donc impérativement figurer au procès-verbal ou dans ses annexes. Compte tenu de la nature du litige et par anticipation d'un éventuel appel, la prise de **photographies** s'avère ici particulièrement utile.
- 571 L'**instance d'appel** – plus rarement, l'instance de recours – est libre de renouveler l'administration d'une preuve (art. 316 al. 3 CPC ; art. 327 al. 2 CPC *a contrario*). Si une partie veut compléter ou remettre en cause les constatations effectuées sur place par le tribunal de première instance, elle sera bien avisée de solliciter une nouvelle inspection, afin que l'instance saisie de l'appel puisse constater et apprécier par elle-même les faits litigieux⁹⁰⁸.

⁹⁰⁵ Sur la possibilité de rattacher à l'inspection certaines opérations d'instructions hors catalogue de l'art. 168 CPC, voir notamment : CR CPC-SCHWEIZER, art. 181 CPC n. 2.

⁹⁰⁶ Voir notamment TF 5A_714/2012 du 29 mai 2013.

⁹⁰⁷ Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, *in* FF 2006 6841 ss, p. 6932 ; ATF 106 Ia 73, consid. 2a.

⁹⁰⁸ Pour des exemples où la deuxième instance cantonale a procédé à un nouveau transport sur place, voir TF 5A_360/2014 du 28 octobre 2014 et TF 5A_714/2012 du 29 mai 2013.

C. L'expertise

Le tribunal peut, à la demande d'une partie ou d'office, demander une expertise à un ou plusieurs experts (art. 183 al. 1 CPC). Pour qu'une expertise soit ordonnée, il faut que l'élucidation d'un point de fait pertinent requière des **connaissances spéciales** que le tribunal ne possède pas, contrairement à l'expert nommé⁹⁰⁹. Le tribunal instruit alors l'expert et lui soumet, par écrit ou de vive voix, les questions soumises à expertise (art. 185 al. 1 CPC), en collaboration avec les parties (art. 185 al. 2 CPC). A l'issue de ses investigations, l'expert rend un rapport, qui peut cas échéant être complété ou commenté (art. 187 CPC). 572

Dans le cadre de l'action en octroi d'un droit de passage nécessaire, les expertises sont **fréquentes**. Elles sont généralement confiées à un géomètre⁹¹⁰ ou à un autre professionnel de l'immobilier (expert en estimation, architecte⁹¹¹, etc.)⁹¹². Il est également possible de nommer plusieurs experts ou d'autoriser l'expert nommé à consulter d'autres spécialistes dans la conduite de son mandat⁹¹³. 573

Les **principales missions confiées à l'expert** sont, d'une part, de déterminer la praticabilité ou la sécurité d'une issue existante⁹¹⁴, respectivement la faisabilité, l'impact et les coûts d'une issue potentielle⁹¹⁵, d'autre part, d'estimer la dépréciation de l'immeuble grevé du droit de passage afin de fixer le montant de l'indemnité⁹¹⁶. Lorsque plusieurs passages sont envisageables, l'expert peut être amené à analyser et comparer, sur la base de critères objectifs prédéfinis, plusieurs variantes de passages⁹¹⁷. 574

⁹⁰⁹ CR CPC-SCHWEIZER, art. 183 CPC n. 1 et 2 ; BSK ZPO-DOLGE, art. 183 CPC n. 1 et 2.

⁹¹⁰ Cf. par exemple : TF 5A_777/2017 du 19 janvier 2018.

⁹¹¹ Cf. par exemple : TF 5A_136/2009 du 19 novembre 2009.

⁹¹² PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant, p. 394.

⁹¹³ CR CPC-SCHWEIZER, art. 183 CPC n. 7 et 8. Voir en outre TF 5A_714/2012 du 29 mai 2013, où l'expert-géomètre s'est adjoint l'aide d'un expert en estimation.

⁹¹⁴ Par exemple : le caractère praticable d'un chemin avec une forte pente (TF 5A_356/2017 du 18 décembre 2017 ; TF 5P.56/2006 du 18 avril 2006) ; le caractère praticable d'un passage en hiver (TF 5P.56/2006 du 18 avril 2006).

⁹¹⁵ Par exemple : les coûts de construction d'un ascenseur extérieur (TF 5A_356/2017 du 18 décembre 2017) ; les possibilités et les coûts de réaménagement d'une servitude existante (TF 5C.246/2004 du 2 mars 2005).

⁹¹⁶ Voir notamment : TF 5A_136/2009 du 19 novembre 2009.

⁹¹⁷ Voir notamment : TF 5A_714/2012 du 29 mai 2013 (discussion autour de trois variantes). Voir aussi : TF 5A_777/2017 du 19 janvier 2018, consid. 5.1 ; TF 5C.312/2001 du 4 février 2002, consid. 4b.

- 575 **Le juge apprécie librement la force probante d'une expertise**⁹¹⁸. Dans le domaine des connaissances professionnelles particulières de l'expert, il ne peut toutefois s'écarter de l'opinion de ce dernier que pour des **motifs importants** qu'il lui incombe d'indiquer (par exemple, lorsque le rapport d'expertise présente des contradictions ou attribue un sens ou une portée inexacts aux documents et déclarations auxquels il se réfère). Le juge est même tenu de recueillir des preuves complémentaires lorsque les conclusions de l'expertise judiciaire se révèlent douteuses sur des points essentiels⁹¹⁹. Si le juge s'écarte du résultat d'une expertise sans motifs importants motivés, son jugement pourra être qualifié d'arbitraire⁹²⁰. A l'inverse, lorsque l'expertise est jugée concluante dans son résultat, le grief d'appréciation arbitraire des preuves ne sera que très restrictivement admis⁹²¹.
- 576 Il en découle que les conclusions d'un rapport d'expertise sont **difficiles à contester** pour le plaideur qui ne s'en satisfait pas. Ce dernier devra s'atteler à requérir une nouvelle expertise ou un complément d'expertise, à pointer les lacunes ou les incohérences du rapport d'expertise, à faire ressortir les faits qui lui sont néanmoins favorables ou encore à nuancer le résultat de l'expertise avec les autres moyens de preuve recueillis. A ce titre, **l'expertise privée n'a pour l'heure pas la qualité d'un moyen de preuve, mais constitue une simple allégation**⁹²²; toutefois, l'avant-projet de modification du CPC prévoit d'ajouter les expertises privées dans la liste des documents qui constituent des titres au sens de l'art. 177 CPC⁹²³. *De lege futura*, les parties pourraient dès lors être bien inspirées de produire une expertise privée à l'appui de leurs écritures.
- 577 Compte tenu du poids de l'expertise dans l'issue d'un procès, il convient de veiller à ce que les questions soumises à expertise soient **factuelles et précises** :

⁹¹⁸ TF 5A_714/2012 du 29 mai 2013, consid. 4.2.2 et les références citées.

⁹¹⁹ TF 5A_714/2012 du 29 mai 2013, consid. 4. (passage nécessaire), notamment consid. 4.3.3 : « [s]i les explications fournies n'étaient précisément pas assez détaillées, il convenait en effet que les juges cantonaux ordonnent un complément d'expertise à cet égard : se limiter à affirmer le contraire des propos tenus par l'expert, sans la moindre connaissance technique sur le sujet, relève en effet de l'arbitraire ». Voir en outre : ATF 141 IV 369 consid. 6.1 ; 138 III 193 consid. 4.3.1 ; ATF 101 IV 129 consid. 3a.

⁹²⁰ Voir notamment TF 5A_714/2012 du 29 mai 2013, consid. 4.3.3. Voir également : ZUFFEREY, L'expert, p. 8.

⁹²¹ Voir notamment TF 4A_486/2017 du 1^{er} février 2017, consid. 2.4 ; ATF 138 III 193 consid. 4.3.1.

⁹²² TF 5D_59/2018 du 31 août 2018, consid. 4.2.1 ; ATF 141 III 433 *in* SJ 2016 I 162, consid. 2.6 (à noter que les allégués fondés sur une expertise privée étant souvent particulièrement détaillés, la contestation « en bloc » d'une telle expertise est insuffisante) ; CR CPC-SCHWEIZER, art. 183 CPC n. 2a. Pour une critique de l'ATF 141 III 433, voir TREZZINI/BOHNET, p. 367 ss.

⁹²³ Avant-projet de modification du Code de procédure civile du 2 mars 2018.

1° En premier lieu, il est utile de rappeler – au vu des notions juridiques indéterminées contenues à l'art. 694 CC – que l'expert doit uniquement se prononcer sur des **questions de fait**. Bien que la réalité rende parfois floue la distinction entre fait et droit, il n'appartient pas à l'expert de déterminer si une issue est « insuffisante » au sens de l'art. 694 al. 1 CC ni d'établir l'ordre de priorité fondé sur l'art. 694 al. 2 CC. Ces constatations sont du ressort du juge. 578

2° En second lieu, il convient de définir **avec précision** les questions soumises à l'expert (par exemple : « quels sont les coûts prévisibles de l'aménagement d'un passage à cet endroit ? » et non « l'aménagement d'un passage à cet endroit engendrerait-il des frais importants ? »⁹²⁴ ; ou encore : « la largeur du passage permet-elle une manœuvre de sortie » ? et non « le passage est-il trop étroit ? » ; etc.). Là encore, il s'agit de laisser au juge le soin d'apprécier les preuves recueillies. 579

Un même degré de précision est également requis lorsque l'expert est instruit d'examiner **plusieurs variantes** de passage. Dans une affaire où un expert avait été chargé d'analyser trois variantes de passage préalablement définies, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'appartenait pas au juge de choisir une variante écartée par l'expert du fait de son caractère irréalisable, en la modifiant légèrement par rapport à celle soumise à l'expert (en l'espèce : aménagement d'une seule place de parc au lieu de deux)⁹²⁵. 580

S'agissant enfin de l'**estimation immobilière** visant à calculer l'impact de la servitude à constituer, les parties auront également intérêt à faire préciser les divers éléments qu'elles souhaitent voir évaluer, en indiquant en tant que de besoin les circonstances à prendre en considération. A défaut, elles risquent de se retrouver face à une estimation très globale et difficilement contestable⁹²⁶. Dans le domaine de l'estimation immobilière, il est toutefois impossible de faire complètement abstraction d'une part de subjectivité. 581

Pour finir, rappelons que le CPC consacre l'institution de l'**expertise-arbitrage** : selon l'art. 189 al. 1 CPC, les parties peuvent convenir que des faits 582

⁹²⁴ Voir par exemple l'arrêt TF 5C.246/2004 du 2 mars 2005, consid. 3.1.2, pour une critique d'un rapport d'expertise ayant constaté que des travaux auraient un « coût important » et qu'il serait « plus simple » et « bien moins coûteux » de constituer une servitude d'accès sur le chemin existant plutôt que de procéder à des travaux d'aménagement importants.

⁹²⁵ TF 5A_714/2012 du 29 mai 2013, consid. 4.3.2.

⁹²⁶ Sur le calcul de l'indemnité, voir *supra* § 330 ss.

contestés soient établis par un expert-arbitre. Moyennant le respect de certaines conditions, le tribunal est alors lié par les faits constatés dans le rapport (art. 189 al. 3 CPC).

- 583 L'expertise-arbitrage de l'art. 189 CPC s'apparente à une **convention sur l'établissement des faits**⁹²⁷, qui dispense le tribunal de procéder à l'administration des preuves concernant les faits constatés⁹²⁸. A la différence de l'expertise judiciaire, elle résulte d'une volonté des parties de se soumettre contractuellement aux conclusions de l'expert-arbitre⁹²⁹ ; quant à la distinction avec l'arbitrage, elle tient principalement au fait que contrairement à l'expert-arbitre, l'arbitre rend une sentence susceptible d'être exécutée et qui tranche généralement le litige au fond⁹³⁰.
- 584 Le recours à l'expertise-arbitrage peut s'avérer utile lorsque les questions de fait à trancher sont éminemment techniques et que les parties souhaitent limiter les possibilités de contestation en vue d'un règlement rapide de leur différend. Les parties devront toutefois être conscientes de la portée des conclusions de l'expert-arbitre sur leurs chances de succès au fond, puisque le juge ne pourra alors s'écarter des faits constatés dans le rapport de l'expert-arbitre qu'aux conditions restrictives de l'art. 189 al. 3 CPC.

§ V. L'issue du procès

A. La clôture de la procédure

- 585 La procédure prend fin par une **décision finale** (art. 236 al. 1 CPC) ou **sans décision**, en cas de transaction, d'acquiescement ou de désistement d'action⁹³¹

⁹²⁷ CR CPC-SCHWEIZER, art. 189 CPC n. 5 ; JEANDIN, L'arbitrage immobilier, p. 118. A noter que les parties sont libres de mettre en œuvre une expertise-arbitrage portant sur des questions juridiques, mais cette expertise-arbitrage n'est pas celle visée par le CPC à titre de moyen de preuve (sur cette question, cf. ZUFFEREY, L'expertise-arbitrage, p. 13).

⁹²⁸ ZUFFEREY, L'expertise-arbitrage, p. 6 et 12.

⁹²⁹ ZUFFEREY, L'expertise-arbitrage, p. 6 et 12 ; GABELLON/DELALOYE, p. 619.

⁹³⁰ Sur ces questions, voir : CR CPC-SCHWEIZER, art. 189 CPC n. 6-9 ; BSK ZPO-DOLGE, art. 189 CPC n. 42 ; ZUFFEREY, L'expertise-arbitrage, p. 6 ; GABELLON/DELALOYE, p. 619.

⁹³¹ A noter que si le désistement d'action a en principe les effets d'une décision entrée en force (art. 241 al. 2 CPC), le CPC prévoit des exceptions où celui qui s'est désisté conserve la faculté de réintroduire son action, cf. art. 65 CPC : « Le demandeur qui retire son action devant le tribunal compétent ne peut la réintroduire contre la même partie et sur le même objet que si le tribunal n'a pas notifié sa demande au défendeur ou si celui-ci en a accepté le retrait ». Il en découle notamment qu'en cas d'aliénation du fonds à grever du passage nécessaire, le demandeur qui s'est désisté dans le cadre d'une première procédure en octroi du passage nécessaire peut réintroduire son action contre le nouveau propriétaire.

(art. 241 CPC). Si la procédure aboutit à l'octroi d'un droit de passage nécessaire, il convient de veiller à ce que la décision, respectivement le procès-verbal consignait la transaction ou l'acquiescement, soit **exécutable**.

S'agissant du dispositif de la décision finale, nous renvoyons à nos propositions *infra*⁹³². Quant au texte d'une transaction, il est renvoyé à la proposition de modèle de contrat constitutif de droit de passage nécessaire *supra*⁹³³ ; dans ce cas, les parties veilleront en outre à régler le sort des frais judiciaires encourus jusqu'alors, de même qu'à prévoir une clause condamnant les parties à s'exécuter (selon les modalités prévues) en tant que de besoin. 586

Il n'est pas anodin de noter que la **transaction judiciaire**, qui a les effets d'une décision entrée en force (art. 241 al. 2 CPC), constitue la pièce justificative nécessaire à l'inscription constitutive de la servitude au registre foncier (art. 64 al. 1 let. h ORF). Elle remplace ainsi l'acte authentique. Bien que les émoluments de l'officier public sont généralement peu élevés pour les actes constitutifs de servitude, il peut s'avérer intéressant, d'un point de vue pratique et financier, de transiger devant le juge – où les parties sont généralement représentées par leurs conseils juridiques – plutôt que de se rendre chez le notaire. 587

Remarquons enfin que pour des motifs de simplification du procès, le tribunal peut décider, d'office ou sur demande d'une partie, de **limiter le procès** à une question déterminée (art. 125 let. a CPC). Il peut alors rendre une **décision incidente**, qui ne met pas fin à la procédure. L'art. 237 al. 1 CPC prévoit en effet que le tribunal peut rendre une telle décision lorsque l'instance de recours pourrait prendre une décision contraire qui mettrait fin au procès et permettrait de réaliser une économie de temps ou de frais appréciable ; la décision incidente est sujette à recours immédiat⁹³⁴ et ne peut plus être attaquée ultérieurement à l'occasion d'une contestation de la décision finale (art. 237 al. 2 CPC). 588

Dans le cadre d'une action fondée sur l'art. 694 CC, une limitation du procès à la question de l'existence du droit au passage nécessaire et à son assiette peut s'avérer utile : si le tribunal arrive à la conclusion que le demandeur n'a pas droit au passage nécessaire, il débouterà ce dernier dans une décision finale ; 589

⁹³² Voir *infra* § 623 ss.

⁹³³ Voir *supra* § 481 ss.

⁹³⁴ Par la voie de l'appel (art. 308 al. 1 let. a CPC) ou du recours (art. 319 let. a CPC). Pour le recours au Tribunal fédéral, voir en outre l'art. 93 LTF.

s'il aboutit à la conclusion contraire, il rendra une décision qui sera qualifiée d'incidente, puisque son renversement mettrait fin à la procédure et permettrait vraisemblablement d'éviter la mise en œuvre d'une estimation immobilière souvent nécessaire au calcul de l'indemnité. La limitation du procès à d'autres questions est envisageable (par exemple : la détermination du propriétaire débiteur du passage), mais le tribunal doit alors s'interroger sur la réelle opportunité de cette simplification, notamment lorsque les questions à trancher présentent des liens de connexité entre elles.

B. Les frais

- 590 La notion de frais englobe les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC ; art. 62 ss LTF). En procédure civile, le principe général veut que les frais soient **à la charge de la partie succombante** (art. 106 al. 1 CPC ; art. 66 al. 1 et 68 al. 2 LTF).
- 591 Malgré cela, la doctrine a longtemps soutenu que compte tenu de l'analogie entre l'expropriation de droit public et le passage nécessaire de l'art. 694 CC, les règles sur la **répartition des frais en matière d'expropriation** s'appliquaient par analogie à la répartition des frais du procès civil⁹³⁵ – à tout le moins lorsque le passage était effectivement octroyé. Ces règles prévoient que l'expropriant supporte les frais résultant de l'exercice de l'expropriation, y compris une indemnité convenable à titre de dépens (art. 114 al. 1 et 115 al. 1 Lex) ; appliquées à la procédure en octroi du passage nécessaire, cela revenait à faire supporter la totalité des frais au demandeur.
- 592 Se référant dans un premier temps aux règles sur l'expropriation, le Tribunal fédéral a lui aussi indiqué – dans un *obiter dictum* – qu'il ne se justifiait pas de mettre tous les frais à la charge du défendeur en cas d'admission de la demande dirigée à son encontre⁹³⁶. Il est par la suite revenu à une approche plus nuancée, en admettant l'application analogique des règles applicables en matière d'expropriation, tout en jugeant que d'autres solutions étaient également admissibles⁹³⁷.
- 593 Face à ce flou, la clarification apportée dans l'ATF 143 III 261, où notre Haute Cour a tranché en faveur des **règles générales des art. 105 ss CPC**, était

⁹³⁵ BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 69 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, 4e éd., n. 1868e ; CARONI-RUDOLF, p. 115. *Contra* : CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 10.

⁹³⁶ ATF 85 II 392 in JdT 1960 I 162, consid. 3.

⁹³⁷ TF 5A_796/2013 du 17 mars 2014, consid. 7. Voir également TC VD du 29 janvier 1991 in JdT 1991 III 70, consid. 5.

bienvenue⁹³⁸. Ainsi, dans les causes tendant à l'obtention d'un droit réel limité nécessaire, le principe demeure celui de l'art. 106 al. 1 CPC, dès lors qu'« on ne comprend pas pour quelle raison la partie défenderesse devrait être *a priori* dispensée de tout risque procédural à ce propos »⁹³⁹. Il faut se réjouir de cette solution, qui rend compte du fait que le procès concerne deux particuliers, et non un particulier face à un acte de puissance publique particulièrement coercitif de l'Etat⁹⁴⁰.

L'ATF 143 III 261 prend néanmoins en considération le caractère particulier de la constitution des servitudes légales en **valorisant le pouvoir d'appréciation du juge** : ce dernier peut s'écarter du principe général et répartir les frais en équité aux conditions de l'art. 107 CPC, notamment si les circonstances particulières rendent la répartition des frais en fonction du sort de la cause inéquitable (art. 107 al. 1 let. f CPC). Suivant les circonstances, une répartition en équité peut à notre avis également se fonder sur l'art. 106 al. 2 CPC, qui prévoit que les frais sont répartis selon le sort de la cause lorsque qu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause⁹⁴¹. 594

Ainsi, en matière de droit de passage nécessaire, **une répartition en équité peut se justifier lorsque le droit de passage est octroyé en dépit d'une opposition qui n'apparaît pas déraisonnable**⁹⁴². Il s'agit là pour le juge d'apprécier la légitimité de l'opposition du défendeur. On pense par exemple à des situations où la nécessité n'est pas évidente, où plusieurs solutions sont acceptables, ou encore à une proposition d'indemnisation manifestement trop basse ; à l'inverse, lorsque l'état de nécessité est évident ou l'indemnité sollicitée excessive, la prise en charge de la totalité des frais par le défendeur peut se justifier⁹⁴³. 595

⁹³⁸ ATF 143 III 261 in SJ 2017 I 417. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que la Cour cantonale avait outrepassé son pouvoir d'appréciation et violé le droit fédéral en fondant sa décision en matière de frais et dépens sur les règles propres au droit de l'expropriation. Voir également BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 20a.

⁹³⁹ ATF 143 III 261 in SJ 2017 I 417, consid. 4.2.6.

⁹⁴⁰ Dans ce sens également : TC VD du 29 janvier 1991 in JdT 1991 III 70, consid. 5.

⁹⁴¹ Pour un bon exemple de répartition des frais selon l'art. 106 al. 2 CPC, voir l'arrêt TF 5A_140/2019 du 5 juillet 2019 : dans cette affaire, les demandeurs avaient conclu principalement à la suppression des conduites passant sur leur fonds, subsidiairement à la constitution d'une servitude de conduite nécessaire contre indemnité de fr. 100'000.-. Le Tribunal fédéral a estimé que la décision finale (constitution d'une servitude de conduite contre une indemnité de fr. 1'000.-) était une décision nettement à l'avantage des défendeurs, si bien qu'une répartition des frais à raison de 4/5 pour les demandeurs et de 1/5 pour les défendeurs se justifiait.

⁹⁴² ATF 143 III 261 in SJ 2017 I 417, consid. 4.2.6 et 4.3.

⁹⁴³ ATF 143 III 261 in SJ 2017 I 417, consid. 4.2.6.

596 Lorsque l'opposition n'apparaît pas dénuée de bon sens, les tribunaux tranchent parfois en faveur d'un **partage des frais par moitié**⁹⁴⁴ (sous réserve des éventuels frais causés inutilement, par exemple, les frais d'une seconde expertise jugée inutile⁹⁴⁵). A notre avis, un partage par moitié est généreux pour le défendeur qui succombe quant au principe de la constitution du droit de passage, et devrait en tout état constituer la charge maximale des frais pouvant être imposés au demandeur qui obtient gain de cause. Aussi, lorsque l'opposition du défendeur, bien qu'infondée, n'est pas déraisonnable, une répartition **1/3 - 2/3** nous paraît mieux tenir compte de l'issue du procès.

597 Rappelons enfin que la répartition en équité est préconisée uniquement en première instance, puisque la partie qui fait appel doit assumer pleinement le risque de la remise en cause du jugement⁹⁴⁶. De même, lorsque le droit de passage est refusé, l'analogie avec l'expropriation n'a pas lieu d'être et le demandeur qui succombe supporte alors en principe la totalité des frais.

C. L'exécution du jugement

1) L'exécution en nature

598 Le dispositif du jugement qui condamne un propriétaire à procéder à l'inscription d'une servitude de passage sur son immeuble a pour objet une **prestation en nature**, à savoir le dépôt d'une réquisition d'inscription au registre foncier, nécessaire à la constitution de la servitude⁹⁴⁷. La condamnation porte en effet sur une **déclaration de volonté**. Dès lors, il convient dans un premier temps de s'interroger sur l'applicabilité de l'art. 344 CPC au jugement octroyant un droit de passage nécessaire :

599 1° Selon l'**art. 344 al. 1 CPC**, lorsque la condamnation porte sur une déclaration de volonté, la décision tient lieu de déclaration dès qu'elle devient exécutoire. Cet alinéa va plus loin encore que l'exécution directe, puisque le tribunal n'a pas à ordonner de mesures : le jugement entré en force, bien que condamnoire, **se suffit à lui-même** et remplace la déclaration de volonté de la partie succombante⁹⁴⁸.

⁹⁴⁴ ATF 143 III 261 in SJ 2017 I 417, consid. 4.3 ; TF 5A_796/2013 du 17 mars 2014, consid. 7.2.

⁹⁴⁵ ATF 143 III 261 in SJ 2017 I 417, consid. 4.2.6.

⁹⁴⁶ ATF 143 III 261 in SJ 2017 I 417, consid. 4.2.6.

⁹⁴⁷ Voir *supra* § 509 s.

⁹⁴⁸ CR CPC-JEANDIN, art. 344 CPC n. 3 ; BSK ZPO-ZINSLI, art. 344 CPC n. 8.

2° Selon l'**art. 344 al. 2 CPC**, lorsque la déclaration concerne une inscription dans un registre public, tel que le registre foncier ou le registre du commerce, le tribunal qui a rendu la décision donne les instructions nécessaires à la personne chargée de tenir le registre⁹⁴⁹. Le juge du fond prend ainsi, d'office⁹⁵⁰, une **mesure d'exécution directe**⁹⁵¹. La transmission du jugement (avec mention de son caractère exécutoire) au registre foncier se substitue à la réquisition d'inscription de la partie succombante⁹⁵². 600

L'art. 344 CPC relativise ainsi fortement la portée de la distinction entre le jugement formateur et le jugement condamnatore, puisque cette disposition offre au demandeur à l'action condamnatore en constitution du passage nécessaire une **voie d'exécution simplifiée et spontanée**⁹⁵³. Il en résulte le même problème que celui évoqué *supra* en lien avec les prestations à exécuter « trait pour trait », et qui nous a convaincue de nous positionner contre l'admissibilité de l'action formatrice⁹⁵⁴ : en effet, il n'est alors pas possible de garantir la **simultanéité** de la réquisition d'inscription avec le versement de l'indemnité. 601

Pour cette raison, plusieurs auteurs considèrent – à notre avis, à juste titre – que l'**art. 344 CPC n'est pas applicable lorsque l'exécution du jugement est subordonnée à contre-prestation**⁹⁵⁵. Le tribunal ne peut par ailleurs pas ordonner au registre foncier de procéder à l'inscription du droit à l'avènement de certaines conditions (par exemple : un paiement)⁹⁵⁶ : en effet, l'art. 47 al.1 ORF interdit les réquisitions conditionnelles. Par conséquent, l'art. 344 CPC ne devrait pas s'appliquer au jugement qui attribue un droit de passage nécessaire, sous réserve des cas où aucune indemnité n'est due en contrepartie de la constitution du droit. 602

A défaut d'application de l'art. 344 CPC, il convient de se référer aux règles générales sur l'exécution des prestations non pécuniaires des art. 335 ss CPC. 603

⁹⁴⁹ L'on peut se demander si cela signifie que les instructions sont données dans le dispositif du jugement ou si cela signifie en sus une communication du tribunal adressée au registre foncier (dans ce sens, BSK ZPO-ZINSLI, art. 344 CPC n. 16, qui fait un rapprochement avec l'art. 240 CPC). En pratique toutefois, on peut douter que les tribunaux transmettent d'office de telles décisions.

⁹⁵⁰ CR CPC-JEANDIN, art. 344 CPC n. 4 ; BSK ZPO-ZINSLI, art. 344 CPC n. 16 ; BSK ZGB II-STREBEL, art. 665 CC n. 13 ; KOLLER, Erfüllung, n. 8. *Contra* : ZK ZPO-STAEHELIN, art. 344 CPC n. 12.

⁹⁵¹ CR CPC-JEANDIN, art. 344 CPC n. 4. Voir en outre BSK ZPO-ZINSLI, art. 344 CPC n. 1, pour qui l'art. 344 al. 2 constitue une « variante » à l'exécution directe visée par l'art. 337 al. 1 CPC.

⁹⁵² CR CPC-JEANDIN, art. 344 CPC n. 4 ; BSK ZPO-ZINSLI, art. 344 CPC n. 16.

⁹⁵³ Dans ce sens : STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2110 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 849c.

⁹⁵⁴ Voir *supra* § 494 ss.

⁹⁵⁵ CR CPC-JEANDIN, art. 344 CPC n. 5 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 9.

⁹⁵⁶ BSK ZPO-ZINSLI, art. 344 CPC n. 20a ; OGer ZH du 17 juillet 2013 *in* RNRF 96/2015, p.74.

L'exécution en nature (*in forma specifica*) peut s'opérer **de manière directe ou de manière indirecte**. Nous examinerons successivement ces deux modes d'exécution :

604 **1° Les mesures d'exécution directe** sont ordonnées directement par le tribunal qui rend la décision au fond (art. 337 CPC), **sur requête** de la partie qui a eu gain de cause (art. 236 al. 3 CPC). Elles permettent à cette dernière de procéder directement à l'exécution forcée de la décision, sans passer par une requête d'exécution. Il en découle une économie de procédure et un gain de temps⁹⁵⁷.

605 Selon certains auteurs, l'exécution directe serait exclue lorsque la prestation à exécuter est subordonnée à contre-prestation⁹⁵⁸. Cette opinion est trop absolue, puisqu'elle implique que seul le juge serait habilité à vérifier l'accomplissement d'une contre-prestation. Or, à notre avis, le juge du fond devrait pouvoir **ordonner au conservateur du registre foncier de procéder à l'inscription de la servitude de passage nécessaire sur réquisition du demandeur, sur présentation du jugement condamnatore (accompagné de l'attestation d'entrée en force) et de la preuve du paiement de l'indemnité**⁹⁵⁹.

606 Dans ce cas, la réquisition est transmise au registre foncier **par le demandeur**⁹⁶⁰ ayant obtenu gain de cause et s'étant acquitté du paiement de l'indemnité ; de la sorte, la réquisition d'inscription – alors inconditionnelle – n'est pas contraire à l'art. 47 al. 1 ORF. A réception de la réquisition, le conservateur du registre foncier procède à l'inscription constitutive de la servitude sur la base du jugement condamnatore entré en force, **après avoir constaté le paiement de l'indemnité au propriétaire grevé**. Un tel devoir de vérification peut à notre avis être exigé du conservateur du registre foncier⁹⁶¹. Toutefois, en cas de doute sur le

⁹⁵⁷ CR CPC-JEANDIN, art. 337 CPC n. 1.

⁹⁵⁸ CR CPC-JEANDIN, art. 337 CPC n. 10b ; BSK ZPO-DROESE, art. 337 CPC n. 8.

⁹⁵⁹ Dans ce sens, voir : OGER ZH du 17 juillet 2013 *in* RNR 96/2015, p. 74 (voir le regeste : « Le Tribunal ne peut pas ordonner au conservateur du registre foncier de ne procéder à l'inscription qu'au moment où la preuve de la réalisation d'une condition sera apportée. Il peut en revanche lui ordonner de procéder à l'inscription à réception de la réquisition (sans conditions ni réserves) du demandeur, lorsque celui-ci apporte avec la réquisition la preuve que la condition est remplie »). Aboutissent au même résultat, mais sur la base de l'art. 344 CPC : BSK ZPO-ZINSLI, art. 344 CPC n. 20a ; ZK ZPO-STAEHELIN, art. 344 CPC n. 12. Voir en outre la proposition de conclusions de CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 38.

⁹⁶⁰ La mesure d'exécution vient ici couper court au principe de l'art. 963 al. 1 CC.

⁹⁶¹ Dans ce sens : ZK ZPO-STAEHELIN, art. 344 CPC n. 12. Voir en outre l'ATF 86 II 17 *in* JdT 1961 I 325, consid. 3 (considérant cité *supra* § 499).

versement complet de l'indemnité, le conservateur du registre foncier doit rejeter la réquisition d'inscription.

- 2° A défaut de mesures d'exécution directe, le demandeur ayant obtenu gain de cause peut requérir l'exécution du jugement entré en force par le biais d'une **requête en exécution** présentée au tribunal de l'exécution (art. 338 ss CPC). Ce dernier examine d'office le caractère exécutoire du jugement au fond (art. 341 al. 1 CPC). 607

Lorsque les décisions sont subordonnées à contre-prestation, le tribunal de l'exécution n'ordonne de mesures d'exécution **que s'il constate que la contre-prestation a été régulièrement offerte, exécutée ou garantie** (art. 342 CPC). Le fardeau de l'allégation et la preuve incombent au requérant⁹⁶². Dans le cadre de l'exécution d'un jugement attribuant une servitude de passage nécessaire moyennant indemnité, le juge de l'exécution doit ainsi vérifier que l'indemnité a été offerte, payée ou garantie. Dans l'affirmative, il ordonne lui-même au conservateur du registre foncier l'inscription de la servitude (art. 343 al. 1 let. e CPC). 608

2) *L'exécution en argent*

En pratique, il est rare que le défendeur qui succombe procède à l'inscription de la servitude sur son immeuble avant d'avoir été indemnisé. L'on ne peut toutefois pas exclure cette hypothèse, de même qu'il est envisageable que ce dernier consente à un paiement échelonné de l'indemnité tout en constituant d'ores et déjà la servitude sur son immeuble. Confronté à un mauvais payeur, le propriétaire grevé du passage devra alors requérir le paiement (total ou du solde) de l'indemnité. 609

L'exécution des **prestations pécuniaires** est régie par la LP (art. 38 al. 1 LP ; art. 335 al. 2 CPC). Le propriétaire grevé commencera par requérir la poursuite de son voisin (art. 67 ss LP), auquel l'office des poursuites notifiera un commandement de payer (art. 69 ss LP). En cas d'opposition de ce dernier (art. 74 ss LP), le jugement condamnatore exécutoire vaudra **titre de mainlevée définitive** selon l'art. 80 al. 1 LP, et la poursuite suivra son cours par la voie de la saisie ou de la faillite. 610

A noter que la mainlevée de l'opposition ne devrait être possible qu'à condition que la servitude ait été préalablement inscrite. Cela semble évident, 611

⁹⁶² CR CPC-JEANDIN, art. 343 CPC n. 3 ; BSK ZPO-ZINSLI, art. 342 CPC n. 9.

pourtant, face à un jugement dont le dispositif condamne au versement d'une somme d'argent, l'exception de l'art. 82 CO ne va pas de soi. En effet, cette exception tirée du droit matériel est en principe inopérante au stade de la procédure de mainlevée définitive et ne fait pas partie des exceptions admises à l'art. 81 al. 1 LP⁹⁶³. Toutefois, lorsque la créance (*in casu* le versement de l'indemnité) a été subordonnée à une contre-prestation (*in casu* l'inscription de la servitude de passage) dans la décision de justice, il faut considérer que l'exception peut être soulevée dans la procédure de mainlevée⁹⁶⁴ - d'où l'importance d'un dispositif de jugement clair⁹⁶⁵.

§ VI. Propositions de conclusions et de dispositif

A. Proposition de conclusions

- 612 Les conclusions sont le cœur de la demande : elles correspondent au **prononcé demandé** au tribunal saisi de l'affaire⁹⁶⁶. Leur formulation est capitale : en effet, en vertu du principe de disposition (*ne ultra petita*) ancré à l'art. 58 al. 1 CPC, le tribunal ne peut accorder à une partie ni plus ni autre chose que ce qui est demandé, ni moins que ce qui est reconnu par la partie adverse.
- 613 Avant de proposer des modèles de conclusions, nous formulons les **cinq remarques** suivantes – qui sont pour partie des rappels :
- 614 1° **Les conclusions doivent être condamnatoires** : nous renvoyons ici à nos précédents développements⁹⁶⁷.
- 615 2° **Il est nécessaire de prendre une conclusion sur la question de l'indemnité** : en effet, la demande est irrecevable si le demandeur n'a pas pris de conclusions sur ce point⁹⁶⁸. Il convient à notre avis d'admettre que le demandeur remplit cette condition à compter du moment où ses conclusions comportent la mention d'une contrepartie à la constitution du droit de passage, peu importe leur formulation ; ainsi, l'on doit admettre

⁹⁶³ ABBET, art. 81 LP n. 25. Il est toutefois admis que l'art. 81 al. 1 LP n'énumère pas exhaustivement les moyens de défense que le débiteur peut opposer à un jugement exécutoire, cf. ATF 140 III 180, consid. 5.2.1 ; BSK SchKG EB-STAEHELIN, art. 81 CPC n. 2.

⁹⁶⁴ Dans ce sens : TF 5A_162/2012 du 12 juillet 2012, consid. 6.3 ; ABBET, art. 81 LP n. 25.

⁹⁶⁵ Voir *infra* § 626.

⁹⁶⁶ CPra Actions-BOHNET, § 1 n. 85 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND § 14 n. 3.

⁹⁶⁷ Voir *supra* § 508 ss.

⁹⁶⁸ ATF 104 II 302 *in* JdT 1980 I 550, consid. 4 ; CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 5. Pour plus de développements, voir *supra* § 324.

qu'une conclusion visant à condamner le défendeur à faire inscrire une servitude « moyennant paiement » suffit à la recevabilité de la demande⁹⁶⁹. Il est toutefois recommandé de prévoir une **conclusion distincte** sur la question de l'indemnité, qui, tout en mentionnant le caractère de contrepartie, permet d'anticiper sur un dispositif clair (facilitant cas échéant l'éventuelle exécution forcée du jugement).

- 3° **La conclusion en paiement d'une indemnité doit-elle être chiffrée ?** Les art. 84 al. 2 et 85 CPC, relatifs à l'action en paiement chiffrée, respectivement non chiffrée, ne sont à notre sens pas applicables à l'action en octroi du passage nécessaire, qui n'est précisément pas une action en paiement. L'on peut toutefois s'inspirer de l'art. 85 al. 1 CPC, qui permet aux parties de ne pas articuler d'entrée de cause le montant de leurs prétentions lorsque cette indication ne peut pas être exigée d'emblée, notamment parce qu'elle dépend du résultat de l'administration des preuves⁹⁷⁰. **Du côté du demandeur**, celui-ci peut conclure au paiement d'une indemnité « à fixer par le Tribunal » ; à notre sens, il peut même expressément conclure à ce que le passage lui soit octroyé sans indemnité (faute de dommage causé au fonds servant)⁹⁷¹. **Du côté du défendeur**, une conclusion générale en rejet de la demande suffit ; le défendeur n'est pas obligé de prendre une conclusion subsidiaire en paiement d'une indemnité pour le cas où le passage serait malgré tout octroyé⁹⁷². En réalité, il convient d'admettre que le demandeur a logiquement intérêt à la fixation de l'indemnité la plus basse possible et le défendeur à l'indemnité la plus élevée possible : cela ressort généralement des écritures respectives des parties. Dès lors, il n'est selon nous pas contraire à la maxime de disposition de ne pas exiger des parties qu'elles chiffrant le montant de l'indemnité dans leurs conclusions – ce d'autant que ce montant dépend largement de l'étendue du droit litigieux qui sera octroyé⁹⁷³.

⁹⁶⁹ Ainsi par exemple : TF 5A_154/2018 du 31 août 2018, partie en fait. Voir également l'exemple de conclusions proposées par F. BOHNET *in* CPra Actions-BOHNET, § 47 n. 38.

⁹⁷⁰ Voir notamment CR CPC-BOHNET, art. 85 CPC n. 13 ; BSK ZPO-DORSCHNER, art. 85 CPC n. 8.

⁹⁷¹ A notre avis, la demande n'est alors pas irrecevable puisque le demandeur se prononce sur la question de l'indemnité, qu'il chiffre à zéro. Pour un exemple où le Tribunal fédéral a admis la constitution d'une servitude de passage sans indemnité, voir TF 5A_369/2016 du 27 janvier 2017, consid. 5.

⁹⁷² Cf. TF 5A_369/2016 du 27 janvier 2017, consid. 5.4 : « *Wie die Beschwerdeführer* [le propriétaire du fonds grevé] *zutreffend hervorheben, ist es Sache des Klägers* [le propriétaire du fonds dominant] *die Entschädigungsfrage zum Gegenstand des Notwegrechtsprozesses zu machen* ». Pour un exemple d'une conclusion principale en rejet de la demande et d'une conclusion subsidiaire en paiement d'une indemnité, voir l'arrêt TF 5A_356/2017 du 18 décembre 2017, partie en fait.

⁹⁷³ Voir TF 5A_369/2016 du 27 janvier 2017, consid. 5.4, où le Tribunal a jugé qu'il n'était pas contraire à la maxime de disposition d'interpréter l'écriture du demandeur, dans laquelle ce dernier expliquait

- 617 **4° La conclusion en octroi de la servitude doit-elle préciser l'assiette de la servitude ?** A notre sens, on ne devrait pas exiger du demandeur un trop grand degré de précision, puisque le tribunal ne peut octroyer ni plus ni moins que ce qui est nécessaire. En bonne logique, une conclusion tendant à l'octroi du passage nécessaire devrait suffire, de même qu'une conclusion en octroi d'un passage « selon une assiette à déterminer par le Tribunal »⁹⁷⁴. L'assiette de la servitude souhaitée doit alors être motivée dans le corps de la demande. Le demandeur reste naturellement libre de conclure à l'octroi d'une servitude selon une assiette déterminée (par exemple : « d'une largeur de [...] mètres en bordure de l'immeuble n°[...] » ; « selon une assiette correspondant à l'une des trois variantes dessinées sur le plan produit en pièce [...] »). Dans ce cas, le demandeur sera alors bien avisé de se montrer **large dans sa description**, le tribunal étant lié par ses conclusions et ne pouvant statuer *ultra petita*.
- 618 **5° Quid des conclusions alternatives ou subsidiaires ?** Une description large et ouverte de l'assiette de la servitude de passage à constituer permet de s'épargner la lourdeur de multiples conclusions détaillant diverses possibilités de passages. Dans un arrêt de 2014, le Tribunal fédéral a ainsi admis que d'un point de vue procédural, une demande tendant à l'octroi d'un passage illimité englobait également une demande d'usage plus limité, sans que des conclusions alternatives ne soient nécessaires ; il revenait alors au demandeur d'alléguer les motifs à l'appui de cette prétention plus limitée dans le corps de sa demande⁹⁷⁵. Dès lors, il convient selon nous de réserver les conclusions alternatives (ou subsidiaires, à choix du demandeur) aux cas de consorité passive simple alternative ou éventuelle, à savoir lorsque plusieurs immeubles à charge entrent en considération pour fournir le passage nécessaire au demandeur⁹⁷⁶.
- 619 Fort de ces considérations, nous formulons les **modèles de conclusions** (de première instance) suivants :

que le droit de passage n'aurait aucune incidence sur la valeur de marché de l'immeuble à grever, comme signifiant qu'il concluait à l'octroi de la servitude sans indemnité.

⁹⁷⁴ Voir notamment TF 5A_356/2017 du 18 décembre 2017, partie en fait.

⁹⁷⁵ TF 5A_449/2014 du 2 octobre 2014 *in* DC 2015 p. 186, consid. 6.2.

⁹⁷⁶ Voir *supra* § 539.

Conclusions contre un propriétaire voisin :

620

[Demandeur] conclut à ce qu'il plaise au Tribunal de première instance de :

- Condamner [défendeur] à faire inscrire au registre foncier une servitude légale de passage [à pied et/ou en voiture] [*éventuellement* : selon assiette à déterminer / selon (description de l'assiette)] sur l'immeuble n°[...] du cadastre de [...] au profit de l'immeuble [...] du cadastre de [..].
- Condamner en contrepartie [demandeur] au paiement d'une indemnité [à fixer / de [...] fr.].
- [*éventuellement, avec mesures d'exécution directe* : Ordonner au conservateur du registre foncier de [...] de procéder à l'inscription de la servitude susmentionnée sur réquisition de [demandeur], sur présentation du jugement entré en force et de la preuve du versement de l'indemnité de [...] fr.]
- Condamner [défendeur] au paiement des frais judiciaires et dépens.

Requête en mesures provisionnelles :

621

[Requérant] conclut à ce qu'il plaise au Tribunal de première instance :

- Interdire [cité] d'entraver le passage [description du passage] / Autoriser [requérant] à utiliser le passage [description du passage].
- [*Si l'action au fond n'est pas encore introduite* : Fixer un délai de [...] jours/mois au [requérant] pour agir au fond].
- Condamner [défendeur] au paiement des frais judiciaires et dépens.

Conclusions contre un titulaire de droits inscrits ou annotés sur l'immeuble à charge : 622

[Demandeur] conclut à ce qu'il plaise au Tribunal de première instance :

- Condamner [défendeur] à consentir par écrit à la postposition de son droit [description du droit] sur l'immeuble n°[...] du cadastre de [...] au profit

de la servitude de passage nécessaire qui sera/est inscrite sur l'immeuble n°[...] du cadastre de [...] au profit de l'immeuble [...] du cadastre de [...].

- Condamner en contrepartie [demandeur] au paiement d'une indemnité [à fixer / de [...] fr.] / Condamner en contrepartie [demandeur] à fournir des sûretés [description des sûretés].
- Condamner [défendeur] au paiement des frais judiciaires et dépens.

B. Proposition de dispositif

- 623 C'est au seul dispositif du jugement que s'attache la force de chose jugée. Le dispositif doit indiquer clairement ce qui est accordé aux parties, afin de permettre l'exécution du jugement. Il en découle un **impératif de précision**, qui n'est pas toujours évident à mettre en œuvre en matière d'octroi de servitude. Nous renvoyons ici à nos précédents développements sur la description minimale du contenu d'une servitude dans le contrat qui la constitue, qui s'appliquent *mutatis mutandis* au dispositif du jugement⁹⁷⁷.
- 624 En substance, le dispositif doit être suffisamment précis pour permettre au conservateur du registre foncier de procéder à l'inscription du droit de passage. L'assiette de la servitude sera donc décrite soit par des **mots**, soit, si cela est trop compliqué, à l'aide d'un **plan** – qui fera alors partie intégrante du dispositif – contenant le dessin de la servitude. Exceptionnellement, lorsque l'assiette de la servitude nécessite des explications détaillées, il est envisageable que le dispositif renvoie aux considérants du jugement, ceci afin de lever tout doute sur l'étendue du droit octroyé⁹⁷⁸.
- 625 A l'inverse, nous ne sommes pas favorable à l'octroi judiciaire d'une servitude **trop limitative**. Ainsi en irait-il par exemple d'un dispositif attribuant une servitude de passage limitée à un nombre maximal d'allers-retours par semaine ou à certains horaires de la journée⁹⁷⁹. Si une telle limitation est matériellement possible, elle n'œuvre pas à la sécurité du droit – ni, selon toute vraisemblance, à une résolution durable du conflit de voisinage.

⁹⁷⁷ Voir *supra* § 429 ss.

⁹⁷⁸ Sur cette possibilité : BSK ZPO-BRUNNER, art. 238 CPC n. 17 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 238 CPC n. 10.

⁹⁷⁹ Voir par exemple l'arrêt TF 5A_713/2017 du 7 juin 2018, partie en fait, relatant l'octroi judiciaire d'une servitude de passage limitée à six allers simples, respectivement à trois allers-retours par semaine, avec des véhicules motorisés, entre 7 heures et 20 heures, sous réserve des véhicules de service d'urgence.

Fort de ces considérations, nous formulons la **proposition de dispositif** 626 suivante, applicable au litige opposant deux propriétaires voisins :

- Condamne [défendeur] à faire inscrire au registre foncier une servitude légale de passage [à pied et/ou en voiture] [d'une largeur de [...] mètres en bordure ouest de l'immeuble [...] jusqu'à la voie publique [...] / selon le plan ci-annexé] sur l'immeuble n°[...] du cadastre de [...] au profit de l'immeuble [...] du cadastre de [...].
- Condamne en contrepartie [demandeur] au paiement d'une indemnité de [...] fr. en faveur de [défendeur].
- Condamne [défendeur] au paiement des frais judiciaires et dépens / Répartit les frais judiciaires et dépens à hauteur de [$\frac{2}{3}$ / la moitié] à charge de [défendeur] et de [$\frac{1}{3}$ / la moitié] à charge de [demandeur].
- [*éventuellement, avec mesures d'exécution directe* : Ordonne au conservateur du registre de [...] de procéder à l'inscription de la servitude susmentionnée sur réquisition de [demandeur], sur présentation du présent jugement entré en force et de la preuve du versement de l'indemnité de [...] fr.]

Chapitre 4 : L'opération d'acquisition proprement dite

Nous avons vu dans les précédents chapitres 2 et 3 que la servitude de passage nécessaire pouvait être constituée sur la base d'un contrat constitutif de servitude ou d'un jugement condamnatore. Dans les deux cas, l'acquisition dérivée de la servitude est soumise au principe absolu de l'inscription ; cette inscription est dite constitutive (art. 656 al. 1 p.a. CC). Elle intervient en principe **sur réquisition écrite** du propriétaire grevé (art. 963 al. 1 CC ; art. 46 ss ORF)⁹⁸⁰. 627

L'art. 70 al. 1 ORF renvoie à l'art. 64 ORF s'agissant des **pièces justificatives** à produire pour l'inscription constitutive d'une servitude. Il s'agira soit d'un contrat constitutif de servitude (art. 64 al. 1 let. a CPC ; cas échéant, accompagné d'un extrait de plan du registre foncier, cf. art. 732 al. 2 CC et art. 70 al. 3 ORF⁹⁸¹), soit d'un jugement condamnatore (ou d'une transaction judiciaire⁹⁸²) accompagné de l'attestation d'entrée en force (art. 64 al. 1 let. h ORF ; exceptionnellement, avec la preuve du versement de l'indemnité⁹⁸³). 628

En tant que servitude foncière, la servitude de l'art. 694 CC est inscrite au feuillet du fonds dominant et au feuillet du fonds servant, dans la rubrique consacrée aux servitudes (art. 968 CC ; art. 98 al. 1 ORF)⁹⁸⁴. Le feuillet du grand livre désigne la servitude par un chiffre ou une lettre (art. 98 al. 2 let. a ORF) et indique s'il s'agit d'un droit (« D ») ou d'une charge (« CH ») pour l'immeuble en cause (art. 98 al. 2 let. b ORF). 629

Le contenu de la servitude doit être décrit sur le feuillet des immeubles par un **mot-clé**, déterminé par le conservateur du registre foncier (art. 98 al. 2 let. c et al. 3 ORF). En matière de servitudes de passage, l'inscription à elle seule ne suffit en principe pas à déterminer le contenu de la servitude, raison pour laquelle ce contenu est généralement précisé par les pièces justificatives 630

⁹⁸⁰ Sous réserve d'une mesure d'exécution directe autorisant expressément le propriétaire du fonds dominant à requérir sa propre inscription, voir *supra* § 604 ss.

⁹⁸¹ Sur cette question, voir *supra* § 433 ss.

⁹⁸² Voir *supra* § 587.

⁹⁸³ Sur cette question, voir *supra* § 604 ss.

⁹⁸⁴ CR CC II-MOOSER, art. 968 CC n. 1 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3349. Certains auteurs considèrent que seule l'inscription sur le feuillet du fonds servant est nécessaire pour la naissance de la servitude, cf. CR CC II-MOOSER, art. 968 CC n. 1 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3349 ; BSK ZGB II-SCHMID, art. 968 CC n. 4. *Contra* : GBV Komm. FASEL, art. 98 ORF n. 23.

(art. 971 al. 2 CC ; art. 738 al. 1 CC)⁹⁸⁵. Il n'en demeure pas moins que le mot-clé doit être représentatif de la servitude, dans la mesure où il n'est pas possible que l'interprétation de celle-ci conduise à lui donner un contenu qui ne ressort pas de l'inscription du registre foncier⁹⁸⁶. Les mots-clés usuels sont les suivants : « servitude de passage à pied » (« *Fusswegrecht* »), « servitude de passage à véhicules » (« *Fahrwegrecht* » ; anciennement : « servitude de passage à char⁹⁸⁷ »), ou encore « servitude de passage à pied et véhicules » (« *Fuss- und Fahrwegrecht* »)⁹⁸⁸. Lorsque les parties veulent rattacher *propter rem* une **obligation accessoire de faire** à la servitude de passage, dite obligation doit également figurer dans l'inscription au moyen d'un mot-clé (art. 730 al. 2 CC ; art. 98 al. 2 let. d ch. 3 et al. 3 ORF)⁹⁸⁹, par exemple : « avec obligation accessoire de faire », « *mit Unterhaltspflicht* »⁹⁹⁰, etc.

- 631 L'art. 98 al. 2 let. d ch. 1 ORF exige en outre que la **nature légale** des servitudes ressorte de l'inscription au registre foncier, permettant ainsi de distinguer les servitudes légales des servitudes ordinaires. Cette exigence découlait déjà de la doctrine et de la jurisprudence antérieures à l'entrée de vigueur de la nouvelle ORF en 2012⁹⁹¹. Dans un arrêt de 2009, le Tribunal fédéral avait ainsi jugé que la disparition de l'état de nécessité ne permettait pas à lui seul la radiation d'une servitude de passage nécessaire constituée par transaction judiciaire, au motif que la nature légale du passage ne ressortait pas du grand livre mais uniquement des pièces justificatives ; l'acquéreur de bonne foi du fonds dominant devait en effet être protégé dans son acquisition au vu du seul grand livre⁹⁹². Cette jurisprudence a été confirmée par la suite⁹⁹³. Ainsi, la nature légale de la servitude doit impérativement **ressortir de l'inscription au grand**

⁹⁸⁵ Sur l'interprétation des servitudes, voir *infra* § 643 ss.

⁹⁸⁶ CR CC II-MOOSER, art. 946 CC n. 15 ; CR CC II-MOOSER, art. 971 CC n. 10 ; STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 755.

⁹⁸⁷ A noter toutefois qu'une autorisation de passage pour des véhicules à moteur ne peut pas être déduite clairement selon l'art. 738 CC d'une servitude de passage à char, cf. TF 5A_856/2014 du 26 janvier 2015, consid. 3.4. Toutefois, en principe, le bénéficiaire d'un droit de passage à char peut aussi exercer son droit avec des véhicules à moteur sans que cela ne constitue une aggravation de la charge, cf. ATF 87 II 85 in JdT 1962 I 386, consid. 3 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3469.

⁹⁸⁸ Pour un catalogue des mots-clés, voir GBV Komm. FASEL, art. 98 ORF n. 14.

⁹⁸⁹ Voir *supra* § 458.

⁹⁹⁰ Exemple tirée de GBV Komm. FASEL, art. 98 ORF n. 14.

⁹⁹¹ TF 5A_412/2009 du 27 octobre 2009, consid. 5 ; TF 5C.201/2002 du 11 février 2003, consid. 2.3 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 680 CC n. 66 ; ZK-LIVER, art. 732 CC n. 39.

⁹⁹² TF 5A_412/2009 du 27 octobre 2009, consid. 5 ; PIOTET D. in JdT 2010 I 57. Sur l'interprétation des servitudes, voir *infra* § 643 ss.

⁹⁹³ TF 5A_924/2016 du 28 juillet 2017 consid. 5.2 ; TF 5A_740/2014 du 1^{er} février 2016 consid. 5.5 ; TF 5A_521/2013 du 14 juillet 2014 in RtiD 2015 I n. 23c p. 896, consid. 2.3.

livre (« servitude de passage nécessaire » ; « servitude légale de passage » ; « *Notwegrecht* » ; etc.) **pour être opposable aux tiers de bonne foi**⁹⁹⁴.

Il en découle que le conservateur du registre foncier requis d'inscrire une servitude de passage sur la base d'un jugement rendu en application de l'art. 694 CC doit faire ressortir la nature légale de la servitude dans l'inscription ; il en va de même lorsque le conservateur est requis d'inscrire une servitude de passage sur la base d'un contrat constitutif de servitude prévoyant expressément la nature légale de la servitude à constituer⁹⁹⁵. Or, nous doutons qu'actuellement les offices cantonaux du registre foncier différencient systématiquement l'inscription des servitudes de passage nécessaires et des servitudes de passage volontaires. Les parties – en particulier le propriétaire du fonds grevé – seront donc bien avisées, d'une part, de suggérer le mot-clé idoine dans leur réquisition d'inscription, d'autre part, de vérifier les termes de l'inscription portée au grand livre. 632

⁹⁹⁴ TF 5A_924/2016 du 28 juillet 2017 consid. 5.2 ; TF 5A_740/2014 du 1^{er} février 2016 consid. 5.5 ; TF 5A_521/2013 du 14 juillet 2014 *in* RtiD 2015 I n. 23c p. 896, consid. 2.3 ; TF 5A_412/2009 du 27 octobre 2009, consid. 5 ; PIOTET D. *in* JdT 2010 I 57 ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, p. 92, nbp. 426 ; ARGUL GROSSRIEDER, n. 759. Pour une critique, voir *infra* § 658 ss.

⁹⁹⁵ Il n'appartient en effet pas au conservateur du registre foncier de vérifier si la servitude est réellement nécessaire au vu des conditions de l'art. 694 CC (pour un exemple sur l'étendue du pouvoir de contrôle du conservateur du registre foncier en lien avec l'inscription d'une servitude, cf. TF 5A_383/2010 du 10 décembre 2010 *in* RNRF 92/2011 p. 345 ss, consid. 2). Voir toutefois *supra* § 471 en cas de réquisition d'inscription sur la base d'un contrat en la forme écrite.

Chapitre 5 : Synthèse de la deuxième partie

Par souci de lisibilité, il convient de récapituler les principaux points abordés dans nos quatre précédents chapitres : 633

1° Nous avons débuté par quelques remarques liminaires ayant pour but de mentionner, d'exclure ou encore de rendre anecdotiques certains modes ou titres d'acquisition de la servitude étudiée (**Chapitre 1**). 634

2° Il a par la suite été question de l'analyse du contrat constitutif de servitude de passage nécessaire (**Chapitre 2**), qualifié comme tel au motif que l'existence d'une obligation de contracter fondée sur l'art. 694 CC n'en rendait pas moins nécessaire la conclusion d'un contrat au sens des art. 1 ss CO (n. 404 ss). 635

Nous avons ensuite passé en revue les clauses objectivement essentielles de ce contrat, à savoir la désignation des parties (n. 418), la désignation des immeubles (n. 419 ss), l'octroi d'une servitude (en nous interrogeant sur l'obligation d'en mentionner son fondement légal, voir n. 423 ss), la description de son contenu (en particulier s'agissant de son assiette devant se limiter au strict nécessaire, voir n. 429 ss) et la mention de l'indemnité versée au grevé, respectivement de la renonciation à dite indemnité (n. 444 ss). Par la suite, nous avons brièvement discuté de l'opportunité, cas échéant de la teneur, de certaines clauses secondaires telles que la mention du but de la servitude (n. 451 s.), la fixation d'une durée (n. 453 s.), les autres obligations découlant de la servitude (n. 455 ss), les clauses d'exécution (n. 459 ss) et les conventions de postposition (n. 463 ss). Quant à la forme de ce contrat, nous avons argumenté contre une application de l'art. 70 al. 2 ORF aux servitudes légales et préconisé le respect de la forme authentique (n. 466 ss) ; ce faisant, nous nous sommes interrogée sur le rôle du notaire chargé d'instrumenter un contrat constitutif de servitude de passage, pour l'inviter à suggérer la constitution d'une servitude légale dans certaines situations (n. 474 ss). Dans un souci pratique, un modèle de contrat figure à la fin de ce chapitre (n. 481 ss). 636

3° Notre analyse s'est subséquemment portée sur l'action judiciaire en octroi du passage nécessaire (**Chapitre 3**) – action à notre avis nécessairement condamnatoire, compte tenu de l'exigence de simultanéité de la naissance du droit réel avec le paiement de l'indemnité (n. 494 ss). 637

- 638 Dans un premier temps, nous avons tenté de faire un tour d'horizon des questions pouvant se poser au praticien chargé d'initier une telle procédure : valeur litigieuse (n. 486 ss), for (n. 512 ss), procédure applicable (n. 520 ss) et opportunité d'une requête en mesures provisionnelles (n. 523 ss). L'accent a en outre été mis sur les parties au procès, dans la mesure où tant l'art. 694 al. 2 CC que la nature *propter rem* de la créance légale amènent d'intéressantes questions juridiques et stratégiques sur la détermination des parties au procès d'une part (consortité, appel en cause, etc., voir n. 533 ss) et sur les conséquences du changement de titularité au rapport de droit d'autre part (substitution de parties, possibilité de requérir une annotation, etc., voir n. 547 ss). Notre analyse s'est ensuite portée sur l'inspection (n. 565 ss) et l'expertise (n. 572 ss) en tant que moyens de preuve utiles à l'établissement des faits pertinents. Concernant l'issue de la procédure, nous nous sommes ralliée à la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral appliquant les art. 105 ss CPC à la répartition des frais et avons donné notre avis sur certaines clés de répartition en équité (n. 590 ss) ; quant à l'exécution du jugement, nous avons approuvé la possibilité du prononcé d'une mesure d'exécution directe permettant au demandeur de requérir l'inscription de la servitude au registre foncier, moyennant la présentation du jugement entré en force et de la preuve du paiement de l'indemnité (n. 598 ss). Dans un souci pratique, des modèles de conclusions (n. 612 ss) – lesquelles doivent impérativement traiter de l'indemnité, sous peine d'irrecevabilité – et de dispositif (n. 623 ss) figurent à la fin du chapitre.
- 639 4° Le dernier chapitre de cette partie s'est concentré sur l'opération d'acquisition proprement dite (**Chapitre 4**).
- 640 Après quelques considérations générales (n. 627 ss), nous avons insisté sur l'importance de faire ressortir la nature légale de la servitude dans l'inscription au registre foncier, en application de l'art. 98 al. 2 let. d ch. 1 ORF (n. 631 s.). Les conséquences du défaut de cette indication seront largement discutées et critiquées dans notre troisième et dernière partie.

Troisième partie : Spécificités de la servitude de passage nécessaire quant à ses effets et son extinction

Cette troisième et dernière partie s'intéressera aux spécificités propres à la servitude de passage nécessaire existante. Nous débuterons par quelques considérations sur l'interprétation de la servitude (Chapitre 1). Nous analyserons ensuite certains aspects choisis quant à ses effets (Chapitre 2), avant de nous intéresser à l'extinction de la servitude (Chapitre 3). Nous conclurons cette troisième partie par une synthèse (Chapitre 4). ⁶⁴¹

Chapitre 1 : L'interprétation de la servitude

Sous ce chapitre, qui débutera par le rappel de généralités au sujet de l'interprétation des servitudes (§ I.), nous nous intéresserons aux situations où des propriétaires sont en désaccord sur la nature légale ou non d'une servitude de passage existante (§ II.). Nous fournirons ensuite quelques précisions sur la détermination du contenu de la servitude de passage nécessaire (§ III.).

§ I. Généralités

Le contenu de la servitude foncière définit la charge imposée au propriétaire du fonds servant et les droits correspondants octroyés au propriétaire du fonds grevé. La **détermination de ce contenu** s'effectue par le biais de l'interprétation de la servitude conformément à l'**art. 738 CC**. Dite interprétation constitue un préalable nécessaire à l'application des art. 736, 739 ou 742 CC, raison pour laquelle elle sera traitée en premier lieu.

En vertu de l'art. 738 CC, *lex specialis* par rapport l'art. 971 al. 2 CC⁹⁹⁶, l'inscription fait règle, en tant qu'elle désigne clairement les droits et les obligations dérivant de la servitude (al. 1) ; l'étendue de celle-ci peut être précisée, dans les limites de l'inscription, soit par son origine, soit par la manière dont la servitude a été exercée pendant longtemps, paisiblement et de bonne foi (al. 2).

En conséquence, l'interprétation d'une servitude s'effectue en **trois étapes** selon l'ordre de priorité suivant :

1° En premier lieu, il convient de se reporter prioritairement à **l'inscription au registre foncier**⁹⁹⁷, c'est-à-dire à l'inscription au feuillet du grand livre. Si l'inscription est claire, elle fait règle pour déterminer le contenu de la servitude (art. 738 al. 1 CC)⁹⁹⁸. Ce n'est que si l'inscription est peu claire, incomplète ou sommaire, qu'il convient de passer à la deuxième étape de

⁹⁹⁶ TF 5A_766/2016 du 5 avril 2017, consid. 4.1.2 ; CR CC II-ARGUL, art. 738 CC n. 1 ; CHK-GÖKSU, art. 738 CC n. 1 ; OFK ZGB-PELLASCIO, art. 738 CC n. 4 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3452.

⁹⁹⁷ ATF 130 III 554 in JdT 2004 I 252, consid. 3.1 ; TF 5A_372/2017 du 2 novembre 2017 in SJ 2018 I p. 205 ss, consid. 5.2.2 ; CR CC II-ARGUL, art. 738 CC n. 3 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 738 CC n. 1 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3453 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1276.

⁹⁹⁸ ATF 130 III 554 in JdT 2004 I 252, consid. 3.1 ; CR CC II-ARGUL, art. 738 CC n. 4 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1276 ; HOHL, Le contrôle de l'interprétation, p. 73 s.

l'interprétation⁹⁹⁹. Or, en matière de servitudes, l'inscription est souvent **sommaire**, puisque limitée à un mot-clé¹⁰⁰⁰ (par exemple : « droit de passage à pied et pour tous véhicules »), de sorte que l'inscription permet rarement à elle seule de déterminer l'étendue de la servitude sans autres éclaircissements¹⁰⁰¹.

647 La primauté de l'inscription par rapport aux pièces justificatives connaît en outre **deux tempéraments** : d'une part, si l'inscription est déclarative, le titre d'acquisition prime sur l'inscription (celle-ci n'étant pas une condition de la naissance du droit réel)¹⁰⁰² ; d'autre part, entre les parties originaires, le titre d'acquisition est décisif par rapport à l'inscription (ce d'autant que le mot-clé est déterminé par le conservateur du registre foncier et non par les parties)¹⁰⁰³.

648 2° En deuxième lieu, le contenu de la servitude peut être précisé, dans les limites de l'inscription, par son origine (art. 738 al. 2 CC), c'est-à-dire par l'**acte constitutif de la servitude** déposé comme pièce justificative au registre foncier (art. 948 al. 2 CC)¹⁰⁰⁴. Constituent à cet égard des pièces justificatives aussi bien le contrat constitutif de servitude (cas échéant, le plan sur lequel est reporté l'assiette de la servitude¹⁰⁰⁵) que le jugement octroyant le droit de passage.

649 Bien souvent, le **contrat constitutif de servitude** doit lui aussi être interprété. Il s'interprète alors comme toute déclaration de volonté. Selon l'art. 18 al. 1 CO, le contrat s'apprécie selon la **réelle et commune intention**

⁹⁹⁹ ATF 130 III 554 *in* JdT 2004 I 252, consid. 3.1 ; TF 5A_372/2017 du 2 novembre 2017 *in* SJ 2018 I p. 205 ss, consid. 5.2.2 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 738 CC n. 4.

¹⁰⁰⁰ Voir *supra* § 630.

¹⁰⁰¹ CR CC II-ARGUL, art. 738 CC n. 7 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 738 CC n. 3 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3458 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1278 ; HOHL, Le contrôle de l'interprétation, p. 74.

¹⁰⁰² CR CC II-ARGUL, art. 738 CC n. 5 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3457 ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 313 ; PIOTET P., Le contenu d'une servitude, p. 284 s.

¹⁰⁰³ CR CC II-ARGUL, art. 738 CC n. 5 ; ZK-LIVER, art. 738 CC n. 23 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3457 ; PIOTET P., Le contenu d'une servitude, p. 285 (voir notamment l'exemple donné : si un contrat prévoit la constitution d'une servitude de passage à pied et que l'inscription au registre foncier fait état d'une servitude de passage à pied et pour tous véhicules, seul naît le droit de passage à pied) ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1275a.

¹⁰⁰⁴ ATF 130 III 554 *in* JdT 2004 I 252, consid. 3.1 ; TF 5A_372/2017 du 2 novembre 2017 *in* SJ 2018 I p. 205 ss, consid. 5.2.2 ; CR CC II-ARGUL, art. 738 CC n. 8 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 738 CC n. 6 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3461 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1279.

¹⁰⁰⁵ TF 5A_372/2017 du 2 novembre 2017 *in* SJ 2018 I p. 205 ss, consid. 5.2.2 ; CR CC II-ARGUL, art. 738 CC n. 8.

des parties (interprétation subjective, qui relève du fait)¹⁰⁰⁶. Lorsque la volonté commune des parties ne peut pas être établie, le contrat doit alors être interprété selon le **principe de la confiance** (interprétation objective, qui relève du droit)¹⁰⁰⁷, qui permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime. L'interprétation purement littérale est prohibée, de sorte que même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu¹⁰⁰⁸.

Ces principes d'interprétation sont valables sans restriction entre les **parties originaires** au contrat de servitude. Dans les rapports envers des **tiers**, ils ne valent en revanche qu'avec la restriction résultant de la **foi publique** du registre foncier (art. 973 CC) : dans l'interprétation du contrat, on ne peut ainsi pas prendre en considération, à l'égard des tiers de bonne foi, les circonstances personnelles ou les motifs individuels qui étaient déterminants pour la formation de la volonté des parties originaires, mais qui ne ressortent pas du contrat de servitude et ne sont pas reconnaissables par les tiers non parties au contrat¹⁰⁰⁹. 650

3° En troisième lieu, si le titre d'acquisition n'est pas non plus concluant pour déterminer le contenu de la servitude, l'étendue de cette dernière peut être précisée, dans les limites de l'inscription, par la manière dont elle a été exercée pendant longtemps, paisiblement, et de bonne foi (art. 738 al. 2 651

¹⁰⁰⁶ ATF 139 III 404 *in* JdT 2014 II 407, consid. 7.1 ; ATF 130 III 554 *in* JdT 2004 I 252, consid. 3.1 ; TF 5A_372/2017 du 2 novembre 2017 *in* SJ 2018 I p. 205 ss, consid. 5.2.2 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 738 CC n. 6 ; HOHL, Le contrôle de l'interprétation, p. 75 s.

¹⁰⁰⁷ ATF 139 III 404 *in* JdT 2014 II 407, consid. 7.1 ; ATF 130 III 554 *in* JdT 2004 I 252, consid. 3.1 ; TF 5A_372/2017 du 2 novembre 2017 *in* SJ 2018 I p. 205 ss, consid. 5.2.2 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 738 CC n. 6 ; HOHL, Le contrôle de l'interprétation, p. 75 s.

¹⁰⁰⁸ Sur l'interprétation du contrat de servitude selon le principe de la confiance : TF 5A_372/2017 du 2 novembre 2017 *in* SJ 2018 I p. 205 ss, consid. 5.2.2 ; HOHL, Le contrôle de l'interprétation, p. 77.

¹⁰⁰⁹ ATF 139 III 404 *in* JdT 2014 II 407, consid. 7.1 ; ATF 130 III 554 *in* JdT 2004 I 252, consid. 3.1 ; TF 5A_372/2017 du 2 novembre 2017 *in* SJ 2018 I p. 205 ss, consid. 5.2.2 ; CR CC II-ARGUL, art. 738 CC n. 10 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 738 CC n. 6 ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 319 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1279 ; HOHL, Le contrôle de l'interprétation, p. 77 s ; PIOTET P., Le contenu d'une servitude, p. 287 ; MOOSER, Des servitudes, p. 428.

Dans cette mesure, la priorité de l'interprétation subjective face à l'interprétation objective est relativisée (ATF 139 III 404 *in* JdT 2014 II 407, consid. 7.1 ; ATF 130 III 554 *in* JdT 2004 I 252, consid. 3.1), en ce sens que le résultat de l'interprétation subjective limitée par la foi publique devrait être le même que celui de l'interprétation objective (TF 5A_372/2017 du 2 novembre 2017 *in* SJ 2018 I p. 205 ss, consid. 5.2.2) ; cela ne signifie toutefois pas que le principe de la priorité de la volonté subjective ne s'applique pas aux tiers de bonne foi, mais uniquement que la foi publique interdit que l'on puisse leur opposer les circonstances individuelles qui n'ont pas trouvé expression dans l'acte constitutif (HOHL, Le contrôle de l'interprétation, p. 79 ; MOOSER, Des servitudes, p. 428).

CC)¹⁰¹⁰. Un usage est « long » au gré des circonstances du cas d'espèce : un usage de quelques années est en principe insuffisant, au contraire d'un usage de plus de quarante ans¹⁰¹¹. Un usage est « paisible » lorsqu'il n'a pas fait l'objet de contestations¹⁰¹².

- 652 Pour les servitudes mentionnées à l'**art. 740 CC**, dont font partie les droits de passage, le droit fédéral réserve enfin le droit cantonal et les usages locaux. Les cantons sont ainsi compétents pour définir, à **titre subsidiaire**, l'étendue de certaines servitudes¹⁰¹³ ; ces compléments d'interprétation figurent en général dans les lois cantonales d'application du code civil¹⁰¹⁴, et peuvent, notamment, fixer certaines largeurs de passage¹⁰¹⁵.
- 653 Quoi qu'il en soit et à toutes les étapes susmentionnées, le contenu de la servitude doit être **interprété restrictivement**, en ce sens que les droits du grevé ne doivent être restreints que dans la mesure nécessaire à l'exercice normal de la servitude¹⁰¹⁶. Ce corollaire logique et bienheureux de la liberté de la propriété mériterait d'être plus souvent rappelé dans l'abondante jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'interprétation des servitudes.

¹⁰¹⁰ TF 5A_766/2016 du 5 avril 2017, consid. 4.1.2 ; ATF 128 III 169 in JdT 2003 I 118, consid. 3 ; CR CC II-ARGUL, art. 738 CC n. 13 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3462 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1280.

¹⁰¹¹ ATF 92 II 89 in JdT 1966 I 564, consid. 4 (usage d'environ trois ans) ; 5C.199/2002 du 17 décembre 2002 in RNR 84/2003, p. 305 ss, consid. 3.2 (usage de plus de quarante ans) ; CR CC II-ARGUL, art. 738 CC n. 14 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3462. Voir également PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 331, pour qui le délai utile se situe entre dix et trente ans au moins.

¹⁰¹² CR CC II-ARGUL, art. 738 CC n. 14 ; OFK ZGB-PELLASCIO, art. 738 CC n. 17.

¹⁰¹³ CR CC II-ARGUL, art. 740 CC n. 4 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 740 CC n. 1 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1281.

¹⁰¹⁴ STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3463. Pour des exemples, voir CR CC II-ARGUL, art. 740 CC n. 4 s.

¹⁰¹⁵ Voir par exemple l'art. 83 du Code vaudois de droit privé judiciaire qui prévoit des largeurs d'un mètre pour le passage de l'homme et de 3 mètres pour le passage de véhicules automobiles.

¹⁰¹⁶ ATF 113 II 506, consid. 8b ; ATF 109 II 412 in JdT 1984 I 628, consid. 3 ; CR CC II-ARGUL, art. 738 CC n. 3 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 738 CC n. 11 ; ZK-LIVER, art. 738 CC n. 31 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3459.

A notre avis, la nature légale d'une servitude n'implique cependant pas une interprétation encore plus restrictive de son contenu, puisque dite servitude a d'ores et déjà été constituée dans des conditions particulièrement restrictives, et précisément dans le but de tenir compte du droit de propriété du voisin bénéficiaire de la servitude.

§ II. La détermination du caractère légal de la servitude

A. La position actuelle de la jurisprudence

Le Tribunal fédéral exige actuellement que **la nature légale d'une servitude ressorte à la fois de l'inscription au registre foncier et des pièces justificatives** pour être opposable aux tiers de bonne foi ; selon la formule consacrée : « *Der Wille der Parteien, ein Notwegrecht zu begründen, muss sich aus dem Eintrag im Grundbuch und aus dem Dienstbarkeitsvertrag ergeben, damit der gutgläubiger Dritterwerbem entgegengehalten werden kann. Dass eine Grunddienstbarkeit allein ihrem Entstehungsgrund nach ein (vertraglich begründetes) Notrecht ist, genügt folglich nicht* »¹⁰¹⁷. En d'autres termes, si l'inscription ne contient pas le mot « légal » ou « nécessaire » (« *Notweg* »), la seule mention de ce caractère dans les pièces justificatives ne suffit pas¹⁰¹⁸. Le caractère prépondérant donné à l'inscription par rapport aux pièces justificatives s'en trouve ici particulièrement bien illustré.

Dans trois arrêts relativement récents (ayant abouti au rejet d'actions en radiation de servitudes), le Tribunal fédéral a refusé d'opposer à des tiers la nature légale de servitudes de passage, au motif que dite nature ne ressortait pas expressément de l'inscription au registre foncier, ce en dépit des pièces justificatives suivantes :

- une transaction judiciaire faisant suite à une action fondée sur l'art. 694 CC¹⁰¹⁹ ;
- un contrat stipulant que la servitude s'éteindrait si le propriétaire du fonds dominant disposait d'un accès plus facile par un autre côté de sa parcelle¹⁰²⁰ ;
- une convention stipulant qu'un accès des véhicules par le sud était autorisé compte tenu de l'existence d'un poirier bloquant l'accès par le nord¹⁰²¹.

¹⁰¹⁷ TF 5A_924/2016 du 28 juillet 2017, consid. 5.2 ; TF 5A_740/2014 du 1^{er} février 2016, consid. 5.5.

¹⁰¹⁸ TF 5A_924/2016 du 28 juillet 2017, consid. 5.2 ; TF 5A_740/2014 du 1^{er} février 2016, consid. 5.5 ; TF 5A_521/2013 du 14 juillet 2014 *in* RtiD 2015 I n. 23c p. 896, consid. 2.3 ; TF 5A_412/2009 du 27 octobre 2009, consid. 5 ; PIOTET D. *in* JdT 2010 I 57 ; PRADERVAND-KERNEN, Développements récents, p. 328.

¹⁰¹⁹ TF 5A_412/2009 du 27 octobre 2009.

¹⁰²⁰ TF 5A_740/2014 du 1^{er} février 2016.

656 Dans leur résultat (à savoir, le maintien des servitudes de passage existantes), ces trois arrêts s'opposent à un arrêt de 2017, où le Tribunal fédéral a admis l'octroi d'un **droit temporaire de passage** pour une servitude inscrite comme « droit de passage à pied et pour tous véhicules »¹⁰²². Dans cette affaire, notre Haute Cour s'est fondée sur le libellé de l'acte notarié constitutif de la servitude, mentionnant que la servitude litigieuse était destinée à permettre un accès aux locaux du titulaire de la servitude jusqu'à ce que ceux-ci soient « ouverts sur le xxxx et non plus sur le zzzz ». Procédant à l'interprétation de la servitude selon le principe de l'identité de la servitude¹⁰²³, le Tribunal fédéral a admis que cette formulation correspondait à l'octroi d'un droit dont l'échéance était fonction du nouvel état du bâtiment, avec pour conséquence que le grevé pouvait obtenir la radiation de la servitude sur la base de l'art. 736 al. 1 CC. Cet arrêt non publié est important sur deux points : d'une part, il admet à demi-mot la possibilité de soumettre l'existence d'une servitude à un terme résolutoire lorsque celui-ci se confond avec le but même de la servitude¹⁰²⁴ ; d'autre part et surtout, il accepte l'opposabilité aux tiers du caractère temporaire d'un droit de passage sur la seule base des pièces justificatives.

657 La comparaison entre les arrêts précités - en particulier entre l'arrêt TF 5A_740/2014 et l'arrêt TF 5A_372/2017 - illustre un **manque d'uniformité** de la jurisprudence relative à l'interprétation des servitudes, en particulier quant au poids accordé aux pièces justificatives. En l'état, force est toutefois de constater que les tribunaux se montrent très restrictifs dans l'admission du caractère légal d'une servitude non inscrite comme telle. C'est là l'objet de la critique qui suit.

B. La critique de cette position

658 Lorsqu'une partie (en général, le grevé) allègue en justice le caractère nécessaire d'un droit de passage existant (en général, pour en obtenir la radiation), le raisonnement des tribunaux, **ignorant la teneur des pièces justificatives si le caractère nécessaire ne ressort pas de l'inscription**, est à

¹⁰²¹ TF 5A_924/2016 du 28 juillet 2017.

¹⁰²² TF 5A_372/2017 du 2 novembre 2017 *in* SJ 2018 I p. 205 ss.

¹⁰²³ Selon ce principe, une servitude ne peut pas être maintenue dans un autre but que celui pour lequel elle a été constituée (pour des références, voir *supra* nbp. 759).

¹⁰²⁴ En général, sur la possibilité de soumettre les servitudes foncières à une condition résolutoire, voir PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 109 ss ; PRADERVAND-KERNEN, Les moyens, p. 575 ss et GALLAND, Le contenu, p. 23 ss.

notre avis réducteur. Il prête flanc à la critique pour les **trois raisons** suivantes :

- 1° **Les pièces justificatives participent pleinement de la foi publique attachée au registre foncier, dans la mesure où elles précisent la portée de l'inscription**¹⁰²⁵. On voit dès lors mal ce qui justifierait que l'acquéreur de bonne foi (en général, du fonds dominant) soit protégé au vu du seul grand livre¹⁰²⁶, en faisant abstraction de la teneur des pièces justificatives. L'information quant au caractère légal d'une servitude n'est rien d'autre qu'une **précision à l'inscription** : en effet, la servitude de l'art. 694 CC est avant tout une servitude foncière de passage, dont la particularité réside en ce qu'elle a été constituée en raison d'une restriction légale indirecte à la propriété¹⁰²⁷. La mention du caractère légal a pour rôle d'informer les tiers de dite restriction, autrement dit, **du but de la servitude** visant la création d'un passage nécessaire sur la voie publique. Contrairement à ce que l'on déduit de la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁰²⁸, il n'y a dès lors **aucune contradiction** entre une inscription mentionnant uniquement un droit de passage (par exemple, une servitude de passage à pied et pour tous véhicules) d'une part, et une pièce justificative (par exemple, un jugement) faisant état de l'octroi d'un droit de passage nécessaire d'autre part.
- 2° Ce n'est par ailleurs qu'à compter de l'entrée en vigueur de la **nouvelle ORF au 1^{er} janvier 2012** que l'obligation d'indiquer la nature légale de la servitude dans l'inscription a été codifiée¹⁰²⁹. A l'heure actuelle, il n'est pas certain que les conservateurs du registre foncier inscrivent systématiquement cette indication dans leur registre¹⁰³⁰ ; avant 2012, il est même probable que cela n'ait pas été le cas. Il paraît alors sévère de faire porter aux particuliers le poids des conséquences liées à l'incomplétude de l'inscription – à plus forte raison lorsque l'inscription de la servitude est antérieure à 2012, soit à une époque où cette exigence relevait uniquement de la jurisprudence.

¹⁰²⁵ ATF 139 III 404 *in* JdT 2014 II 407, consid. 7.1 ; ATF 130 III 554 *in* JdT 2004 I 245, consid. 3.1 ; CR CC II-MOOSER, art. 973 CC n. 20 et 26 ; STEINAUER, Droits réels, tome I, n. 1286.

¹⁰²⁶ Dans ce sens également, PIOTET D. *in* JdT 2010 I 57, qui se réfère notamment à l'ATF 133 III 311 où le Tribunal fédéral admet que l'incessibilité d'un droit de superficie ne puisse ressortir que des pièces justificatives.

¹⁰²⁷ Sur la notion de servitude légale, voir *supra* § 30 ss.

¹⁰²⁸ Voir *supra* § 654 et les références citées.

¹⁰²⁹ Art. 98 al. 2 let. d ch. 1 ORF, voir en outre *supra* § 631.

¹⁰³⁰ Emet également des doutes à ce sujet : PIOTET D. *in* JdT 2010 I 57.

- 661 **3° L'interprétation restrictive du contenu de la servitude en faveur des droits du propriétaire grevé**¹⁰³¹ plaide enfin pour une admission moins limitative du caractère légal d'une servitude ; en effet, le propriétaire grevé a généralement intérêt à une telle admission, qui facilite l'extinction¹⁰³² (et, dans une moindre mesure, la modification¹⁰³³) de la servitude foncière grevant son immeuble.
- 662 Par souci d'exhaustivité, on remarquera enfin que le Tribunal fédéral n'examine pas plus en détail la question de la **bonne foi** du tiers. La bonne foi du tiers acquéreur n'est pourtant pas compatible avec l'attention que les circonstances permettent d'exiger de lui (art. 3 al. 2 CC), lorsque celui-ci ne consulte pas les pièces justificatives pour connaître le contenu et l'étendue d'une servitude dont l'inscription ne contient qu'un mot-clé (par exemple : « *Fahrwegrecht* »)¹⁰³⁴. On ne peut cependant reprocher un raisonnement lacunaire au Tribunal fédéral, qui part de la prémisse – critiquée ci-dessus – que l'acquisition d'une servitude légale constitue l'acquisition d'un autre droit réel que l'acquisition d'une servitude ordinaire (cas d'application de l'art. 973 CC, supposant une inexactitude du registre foncier¹⁰³⁵). Or, la foi publique ne s'attache aux pièces justificatives que dans la mesure où elles précisent la portée de l'inscription ; tel n'est précisément pas l'avis du Tribunal fédéral, qui voit une contradiction entre l'inscription et les pièces jointes. Il est donc cohérent que l'examen de la bonne foi du tiers acquéreur sur la base de son devoir de consulter les pièces justificatives ne trouve pas sa place dans cette logique de raisonnement.

C. Notre proposition

- 663 Notre critique nous mène au constat suivant : **la nature légale d'une servitude de passage étant une précision à l'inscription, les pièces justificatives qui en font mention participent à la détermination du contenu de la servitude**. En cas de litige entre deux propriétaires, on ne peut donc pas se dispenser d'interpréter l'acte constitutif de servitude, quand bien même la nature légale ne ressortirait pas de l'inscription.

¹⁰³¹ Voir *supra* § 653.

¹⁰³² Voir *infra* § 720 ss.

¹⁰³³ Voir *infra* § 713.

¹⁰³⁴ ATF 137 III 153 *in* JdT 2011 II 423, consid. 4.2.1 ; TF 5A_361/2017 du 1^{er} mars 2018, consid. 2.4.6.3 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3458 ; ZK-LIVER, art. 738 CC n. 31. Plus nuancé : KOLLER, *Wegrechte*, p. 192 s.

¹⁰³⁵ CR CC II-MOOSER, art. 973 CC n. 3 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 585.

Si le litige oppose les **parties originaires** (ou leurs héritiers) au contrat constitutif de servitude ou à la procédure judiciaire ayant conduit à la constitution de la servitude, le titre d'acquisition est déterminant et s'interprète comme toute déclaration de volonté¹⁰³⁶. La volonté réelle et commune des parties doit être recherchée en priorité – notamment en regardant si la servitude a été constituée en raison de l'existence d'un état de nécessité¹⁰³⁷. 664

Si le litige oppose des **tiers**, il faut également commencer par déterminer la volonté réelle et commune des parties originaires. C'est ainsi à juste titre que le Tribunal fédéral s'est à plusieurs reprises penché sur la situation locale prévalant à l'époque de la constitution de la servitude litigieuse, pour constater qu'aucun passage n'était alors nécessaire au sens de l'art. 694 CC¹⁰³⁸. Ce n'est en effet qu'après avoir préalablement constaté que les parties originaires ont bel et bien constitué un droit de passage au sens de l'art. 694 CC que l'on peut examiner si la nature légale de la servitude est opposable aux tiers. 665

Pour ce faire, le **contenu de la pièce justificative** est de première importance. Trois cas de figure peuvent alors se présenter : 666

1° **La pièce justificative mentionne expressément la nature légale de la servitude**¹⁰³⁹. Il s'agit du cas le plus simple : la nature légale est opposable aux tiers. 667

2° **La pièce justificative ne mentionne pas expressément la nature légale de la servitude, mais cette nature ressort de la pièce d'une manière reconnaissable pour les tiers**. Tel est par exemple le cas d'un contrat constitutif de servitude indiquant comme but le désenclavement d'un 668

¹⁰³⁶ Voir *supra* § 649 s.

¹⁰³⁷ Pour une illustration de volonté réelle et commune clairement exprimée par les parties, on peut ici renvoyer à notre modèle de contrat *supra* § 482.

¹⁰³⁸ Voir par exemple ATF 130 III 554 *in* JdT 2004 I 245, consid. 3.3 : « Comme on peut le voir sans autre examen sur le plan de mutation et en complétant les constatations sur ce point, le fonds dominant no 2112 ancien n'est pas seulement relié au réseau des voies publiques par le droit de passage vers le nord, mais il jouxte à sa limite sud la parcelle de route no 2484 ancien, qui donne également un accès à une voie publique, l'actuel chemin V. Il en résulte que le fait d'assurer un passage nécessaire ne saurait entrer en considération ». Voir encore TF 5A_740/2014 du 1^{er} février 2016, consid. 5.5 : « *Als Zwischenergebnis kann festgestellt werden, dass das Wegrecht über das Grundstück Nr. yyy aufgrund der örtlichen Verhältnisse nicht der Behebung einer Notlage gedient hat, sondern die Zufahrt zum Grundstück Nr. xxx vereinfacht und verbessert hat. Insoweit kann ihm auch kein notwegähnlicher Charakter zuerkannt werden.* ».

¹⁰³⁹ Voir par exemple notre proposition de modèle de contrat constitutif de servitude de passage nécessaire, *supra* § 482.

immeuble ; à cet égard, nous sommes d'avis que l'arrêt TF 5A_372/2017 commenté *supra*¹⁰⁴⁰ aurait également pu être jugé sous l'angle de l'art. 694 CC, pour aboutir de manière satisfaisante au même résultat (à savoir la radiation de la servitude). Tel est également le cas d'une servitude dont la pièce justificative consiste en un jugement rendu (respectivement en une transaction conclue judiciairement) dans le cadre d'une procédure fondée sur l'art. 694 CC, quand bien même le dispositif (respectivement la transaction) ne fait état que de l'octroi d'une servitude de passage, sans mention du caractère nécessaire ou légal de celle-ci ; à cet égard, l'arrêt TF 5A_412/2009 commenté *supra*¹⁰⁴¹ aboutit à notre avis à un résultat inexact (à savoir le maintien de la servitude) ; dans cette affaire, la nature légale de la servitude aurait dû être opposable à l'acquéreur du fonds dominant.

- 669 3° **La nature légale de la servitude n'est ni expressément mentionnée dans la pièce justificative, ni ne ressort de celle-ci de manière reconnaissable pour les tiers.** Dans ce cas, la nature légale de la servitude n'est pas opposable aux tiers, sauf dans l'hypothèse – rare et difficile à prouver – où ces derniers savaient ou auraient dû savoir que telle était l'intention des parties originaires (par exemple, si le tiers était informé du conflit ayant opposé les parties originaires au contrat, dont l'une se prévalait d'une issue insuffisante sur la voie publique).

§ III. Quelques précisions sur la détermination du contenu de la servitude

A. Une servitude garantissant le droit de « passer »

- 670 Se référant à la définition issue du dictionnaire Le Robert, le Tribunal fédéral définit le terme de « passage » comme l'action de passer, de **se rendre d'un lieu à un autre**¹⁰⁴². Temporellement, cela signifie que la tolérance exigée du propriétaire grevé porte sur un comportement passager, temporaire, et non statique.

¹⁰⁴⁰ Sur l'admission d'un droit temporaire de passage, voir *supra* § 656.

¹⁰⁴¹ Voir *supra* § 655, premier tiret, au sujet d'une servitude de passage constituée sur la base d'une transaction judiciaire.

¹⁰⁴² TF 5C.137/2004 du 17 mars 2005, consid. 3.3. Voir en outre notre définition *supra* § 96.

Cette définition exclut l'action de s'arrêter ou de stationner sur l'assiette de la servitude¹⁰⁴³, y compris pour y effectuer des manœuvres de chargement ou de déchargement¹⁰⁴⁴. Exceptionnellement, l'interprétation de la servitude peut conduire à tolérer un **bref arrêt** sur un chemin, pour autant que cet arrêt soit directement lié à l'exercice du passage (par exemple, sortir du véhicule pour ouvrir, respectivement fermer, un portail d'entrée)¹⁰⁴⁵. 671

Selon les circonstances, la servitude doit aussi pouvoir être utilisée pour effectuer les **manœuvres** nécessaires à son exercice¹⁰⁴⁶, c'est-à-dire les manœuvres d'entrée ou de sortie nécessaires pour relier l'immeuble à la voie publique (par exemple, une sortie du garage en marche arrière sur l'assiette de la servitude, avant de poursuivre en marche avant vers la voie publique). 672

B. Une servitude en principe indéterminée

Une servitude de passage qui n'est **pas limitée fonctionnellement** est une servitude indéterminée¹⁰⁴⁷ (« *ungemessene Dienstbarkeit* », parfois aussi appelée « servitude illimitée »), dont le contenu et l'étendue sont déterminés, au gré de l'interprétation de la servitude, par les besoins du propriétaire du fonds dominant¹⁰⁴⁸. 673

Sauf si les parties ou le juge limitent l'usage de la servitude (par exemple, à un usage agricole), la servitude de passage nécessaire de l'art. 694 CC prend la forme d'une servitude indéterminée, en ce sens qu'elle permet un usage normal et non restreint du passage ; sauf disposition contraire, ni le nombre, ni les horaires de passage ne sont limités. De même, le droit de passage constitué à des fins d'habitation peut être exercé aussi bien par les habitants de l'immeuble que par les visiteurs, jardiniers, artisans, etc.¹⁰⁴⁹ 674

¹⁰⁴³ TC 5C.199/2002 du 12 décembre 2002, consid. 3.1 et 3.2 ; TC ZH du 18 octobre 2016 résumé *in* DC 2017 p. 385 no 816 ; TC VD du 18 mars 2014, résumé *in* DC 2014 p. 318 no 640.

¹⁰⁴⁴ TF 5C.137/2004 du 17 mars 2005, consid. 3.3 ; TC ZH du 18 octobre 2016 résumé *in* DC 2017 p. 385 no 816.

¹⁰⁴⁵ TC 5C.199/2002 du 12 décembre 2002, consid. 3.2 (cité comme exemple *in* TF 5C.137/2004 du 17 mars 2005, consid. 3.3) ; TC ZH du 18 octobre 2016 résumé *in* DC 2017 p. 385 no 816.

¹⁰⁴⁶ *Contra* : TC 5C.199/2002 du 12 décembre 2002, consid. 3.2, qui semble exclure que l'assiette de la servitude puisse consister en une place de manœuvre (« *Wendeplatz* »).

¹⁰⁴⁷ ATF 131 III 345 *in* JdT 2005 I 567, consid. 4.3.2 ; HOHL, Droit privé et droit public cantonal, p. 48.

¹⁰⁴⁸ ATF 139 III 404 *in* JdT 2014 II 407, consid. 7.3 ; ATF 131 III 345 *in* JdT 2005 I 567, consid. 4.3.2 ; 5C.199/2002 du 17 décembre 2002 *in* RNRF 84/2003, p. 305 ss, consid. 3.1 ; CR CC II-ARGUL, art. 739 CC n. 5.

¹⁰⁴⁹ TF 5D 103/2016 du 15 mars 2017 *in* RNRF 99/2018, consid. 4.

C. Quid d'une assiette imprécise ?

- 675 En principe, l'emprise locale d'une servitude de passage est fixée avec précision dans l'acte constitutif¹⁰⁵⁰. Il n'est toutefois pas exclu – notamment pour les servitudes constituées avant l'entrée en vigueur du nouvel art. 732 CC au 1^{er} janvier 2012 – que des imprécisions subsistent.
- 676 Contrairement à ce qu'il pourrait être tentant de croire, un droit de passage nécessaire non clairement localisé n'équivaut pas à un droit de passage avec une **assiette** « **flottante** » évoluant au gré des besoins du fonds dominant en terme de desserte. Une emprise locale fluctuante n'est pas admissible, notamment eu égard à l'obligation d'indemniser le propriétaire du fonds servant – indemnisation dont le calcul est précisément fonction de l'emprise de la servitude.
- 677 En présence d'une assiette imprécise, il convient dès lors d'interpréter la servitude de passage nécessaire selon les principes généraux d'interprétation¹⁰⁵¹, en recherchant prioritairement la réelle et commune intention des parties originaires. A cet égard, les écritures judiciaires ou les modalités de calcul de l'indemnité peuvent être utiles à la détermination de l'assiette. Si la volonté réelle des parties originaires ne peut être établie ou si celle-ci ne peut être opposée aux tiers acquéreurs, le contenu du passage nécessaire peut subsidiairement être fixé en tenant compte des critères usuels pour déterminer l'issue suffisante selon l'art. 694 al. 1 CC¹⁰⁵².

D. Quid des limitations au passage visibles sur le terrain ?

- 678 La portée de l'inscription et des pièces justificatives est parfois relativisée par le Tribunal fédéral, de plus en plus enclin à donner à la **situation de fait** un caractère décisif (principe de la publicité dite naturelle)¹⁰⁵³. Partant de la prémisse – justifiée – que selon l'expérience générale, une personne raisonnable n'achète pas un immeuble au bénéfice d'une servitude de passage sans visiter les lieux, le Tribunal fédéral en déduit que le tiers acquéreur ne peut ignorer de bonne foi les particularités d'un droit de passage non mentionnées dans l'inscription et pourtant reconnaissables sur le terrain (ouvrages existants sur l'assiette de la servitude, largeur rétrécie par endroits,

¹⁰⁵⁰ Sur l'assiette de la servitude en général, voir *supra* § 432 ss.

¹⁰⁵¹ Voir *supra* § 643 ss.

¹⁰⁵² Voir *supra* § 136 ss et § 314 ss.

¹⁰⁵³ MOOSER, Des servitudes, p. 428. Sur cette notion, voir notamment SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1281a ss.

etc.)¹⁰⁵⁴. Selon cette jurisprudence, l'acquéreur ne peut alors pas invoquer sa bonne foi, avec pour conséquence que les limitations visibles sur place déterminent prioritairement le contenu et l'étendue du droit de passage¹⁰⁵⁵.

Cette jurisprudence a été critiquée, non pas tant dans son résultat que dans son raisonnement basé sur l'art. 973 CC¹⁰⁵⁶ ; en effet, l'application de l'art. 973 CC suppose une inexactitude du registre foncier, soit une inscription ne correspondant pas à la réalité juridique¹⁰⁵⁷ – ce qui n'est nullement le cas lorsque des installations ne correspondent pas physiquement avec les indications portées au registre foncier¹⁰⁵⁸. 679

En tout état, cette jurisprudence ne saurait s'appliquer à l'acquéreur d'un immeuble au bénéfice d'un droit de passage nécessaire. En effet, cela reviendrait à reprocher à un propriétaire l'acquisition d'un immeuble mal desservi, là où la loi lui donne précisément un moyen pour pallier cette insuffisance¹⁰⁵⁹. A notre avis, une telle situation peut au mieux constituer un indice de la perte du caractère nécessaire du passage, ce d'autant plus si le nouvel acquéreur du fonds dominant s'est dans un premier temps accommodé d'un passage restreint par rapport à la servitude inscrite. 680

¹⁰⁵⁴ ATF 137 III 153 in JdT 2011 II 423, consid. 4.2.1 ; ATF 137 III 145 in JdT 2011 II 415, consid. 3.3.3 ; 5C.71/2006 du 19 juillet 2006, consid. 2.3.1 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3458 ; HOHL, Le contrôle de l'interprétation, p. 78 s ; PIOTET P., Le contenu d'une servitude, p. 288.

¹⁰⁵⁵ ATF 137 III 153 in JdT 2011 II 423, consid. 4.2.1 ; ATF 137 III 145 in JdT 2011 II 415, consid. 3.3.3 ; 5C.71/2006 du 19 juillet 2006, consid. 2.3.1 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1281a ; MOOSER, Des servitudes, p. 428.

¹⁰⁵⁶ Voir en particulier BSK ZGB II-SCHMID, art. 973 CC n. 32a ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1281b s. ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, nbp. 468. Voir également PIOTET/VERNAZ, p. 74 et KOLLER, PJA 2008 p. 475, qui proposent une application analogique de l'art. 674 al. 3 CC.

¹⁰⁵⁷ CR CC II-MOOSER, art. 973 CC n. 3 ; BSK ZGB II-SCHMID, art. 973 CC n. 32a ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 585 et n. 1281b.

¹⁰⁵⁸ BSK ZGB II-SCHMID, art. 973 CC n. 32a ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1281b s. ; PIOTET/VERNAZ, p. 74. A notre sens, on pourrait ici invoquer le comportement abusif de celui qui réclame le rétablissement du droit de passage tel qu'il est inscrit (étant toutefois rappelé le caractère restrictif de l'admission de l'abus de droit) ; dans ce sens également : SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1281c.

¹⁰⁵⁹ On peut ici dresser un parallèle avec nos développements *supra* § 263 ss (et en particulier *supra* § 271 ss), relatif à l'imputabilité de l'état de nécessité à celui qui réclame le passage nécessaire.

Chapitre 2 : Aspects choisis quant aux effets de la servitude de passage nécessaire

Sous ce chapitre, qui débutera par de brèves remarques liminaires (§ I.), nous nous arrêterons sur la question des frais relatifs au passage (§ II.). Nous examinerons ensuite ce qu'il advient en cas de besoins nouveaux du fonds dominant (§ III.), avant de conclure par quelques considérations sur la modification de la servitude (§ IV.). 681

§ I. Remarques liminaires

Après avoir traité de la constitution du droit de passage nécessaire, il sera ici question de la « vie » de cette servitude. Une fois régulièrement constituée, la servitude de passage nécessaire de l'art. 694 CC a quasiment les mêmes effets que n'importe quelle autre servitude foncière¹⁰⁶⁰ ; ses effets sont ainsi régis par les art. 737 à 743 CC¹⁰⁶¹. Nous nous limiterons dès lors à l'analyse de certains aspects choisis, là où la nature légale du droit suscite des interrogations ou emporte quelques spécificités. 682

Pour ces raisons, nous ne discuterons pas des droits et devoirs découlant de la servitude (art. 737 CC) et des autres obligations de faire pouvant être rattachées à la servitude (art. 730 al. 2 CC), ni encore de la protection de la possession ou du droit (par le biais de l'action en revendication de la servitude [art. 641 al. 2 CC] ou de l'action confessoire [art. 737 al. 3 CC]). Sur ces aspects en effet, le titulaire d'une servitude de passage nécessaire a exactement les mêmes droits et obligations que le titulaire d'une servitude foncière de passage ordinaire. 683

§ II. Les frais relatifs au passage

A. En général

L'art. 698 CC prévoit que les ouvrages nécessaires à l'exercice des droits de voisinage sont à la charge des propriétaires en raison de l'intérêt de chacun 684

¹⁰⁶⁰ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 37 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 9 ; LIVER, *Das Eigentum*, p. 274.

¹⁰⁶¹ Ces articles figurent en effet sous la note marginale « C. Effets des servitudes » du chapitre consacré aux servitudes foncières. Dans ce sens également : CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 37 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 9 (avec quelques réserves).

d'eux. Cette disposition traite en réalité **des frais relatifs à ces ouvrages**, comme le précisent les versions allemandes (« *Kosten des Vorrichtungen* ») et italiennes (« *spese per le opere* »).

- 685 **Le champ d'application de cette disposition est controversé** : l'art. 698 CC s'applique-t-il à la servitude légale de passage de l'art. 694 CC, en lieu et place des règles relatives aux servitudes foncières ? La question n'a à ce jour pas été tranchée par le Tribunal fédéral¹⁰⁶² ; quant à la doctrine, elle est divisée¹⁰⁶³.
- 686 La systématique du Code civil, qui place l'art. 694 CC quatre articles avant l'art. 698 CC, aurait tendance à faire pencher la balance en faveur d'une application de ce dernier à la servitude légale étudiée. Toutefois, la lecture de l'exposé des motifs d'E. HUBER relatif à l'art. 698 CC¹⁰⁶⁴ démontre une nette distinction dans l'appréhension des droits de passage directement établis par la loi (art. 696 CC) par rapport aux situations où la loi donne uniquement une créance en constitution d'un droit (art. 694 CC)¹⁰⁶⁵. Sans être explicite, cette différenciation plaide en faveur d'un régime légal distinct entre les passages de l'art. 696 CC (répartition des frais selon l'art. 698 CC) et ceux de l'art. 694 CC (répartition des frais selon les règles générales applicables aux servitudes foncières).
- 687 A cela s'ajoute que les règles sur les servitudes foncières doivent à notre sens être considérées comme ayant valeur de *lex specialis* par rapport aux règles générales du droit de voisinage : en effet, le droit de voisinage donne une créance dont la mise en œuvre aboutit à la constitution d'une servitude foncière, qui doit alors être appréhendée comme telle. Cette solution est en outre préférable pour des raisons pratiques : en effet, l'opposabilité aux tiers d'une convention dérogatoire à l'art. 698 CC est controversée¹⁰⁶⁶ ; à l'inverse,

¹⁰⁶² A notre connaissance, seul un arrêt du Tribunal cantonal des Grisons a eu à traiter d'un litige relatif à la répartition des frais d'entretien d'une servitude de passage nécessaire, alors résolue sous l'angle de l'art. 698 CC (voir TC GR du 21 avril 1965 *in* PKG 1965 p. 12, consid. 4).

¹⁰⁶³ En faveur de l'application de l'art. 698 CC aux servitudes légales : BSK ZGB II-REV/STREBEL, art. 698 CC n. 3 ; CHK-GÖKSU, art. 694 CC n. 15 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 17 ; en faveur, semble-t-il (l'application de l'art. 698 CC est préconisée en référence aux « chemins », mais sans renvoi explicite aux servitudes légales) : STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2753 ; OFK ZGB-VON FISCHER LEHMANN, art. 698 CC n. 2 ; ZK-HAAB, art. 698 CC n. 1 ; contre l'application de l'art. 698 CC aux servitudes légales : CR CC II-PIOTET, art. 698 CC n. 3 ; NEUENSCHWANDER, p. 372 s.

¹⁰⁶⁴ Dans l'avant-projet : art. 694 CC.

¹⁰⁶⁵ HUBER, p. 103 s. : « *Ähnlich verhält es sich mit den dauernden Wegrechten, den Wegen von bleibendem, ununterbrochenem Bestand. Auch sie bestehen von Gesetzes wegen [...]. Die Kosten trägt nach dem in Art. 694 aufgestellten Prinzip der Berechtigte, soweit nicht auch der Belastete ein Interesse am Wege hat. Davon sind dann die Wegrechte zu unterscheiden, bei denen das Gesetz überhaupt nur den Anspruch auf die Einräumung eines Weges aufstellt, wie beim Notweg* ».

¹⁰⁶⁶ Selon plusieurs auteurs, il ne pourrait être dérogé à la fixation de l'entretien selon l'art. 698 CC que par le biais de l'art. 680 al. 2 CC, qui prévoit une convention en la forme authentique et une

l'art. 741 al. 2 *in fine* CC autorise l'effet *propter rem* d'une convention dérogatoire, pour autant que celle-ci résulte des pièces justificatives du registre foncier¹⁰⁶⁷.

Pour l'ensemble de ces raisons, **il n'y a pas lieu de soustraire le traitement des frais relatifs au passage nécessaire aux règles générales applicables aux servitudes foncières**, notamment les art. 730 ss CC. Dès lors, nous analyserons brièvement le sort des frais d'entretien (B.) et des frais de construction (C.) du passage nécessaire sur la base de ces dernières. Par souci d'exhaustivité, nous démontrerons que le résultat aurait été identique en application de l'art. 698 CC. 688

B. Les frais d'entretien du passage

Selon l'art. 741 CC, la charge d'entretien des ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude incombe au propriétaire du fonds dominant (al. 1) ou, si ces ouvrages sont également utiles au propriétaire grevé, aux deux propriétaires en proportion de leur intérêt (al. 2). En matière de servitude de passage, les frais d'entretien du chemin sont ainsi à la charge de ceux qui en profitent, soit le propriétaire du fonds dominant et, suivant les situations, le propriétaire du fonds servant qui utilise également le chemin. Dans cette dernière hypothèse, il est conseillé aux parties de régler la répartition des frais d'entretien par le biais d'une convention, afin d'éviter les aléas d'une pondération des intérêts en équité (art. 4 CC)¹⁰⁶⁸. 689

A l'exception de la controverse sur l'opposabilité aux tiers d'une convention dérogatoire à l'art. 698 CC¹⁰⁶⁹, la question de l'application de l'art. 698 CC ou de l'art. 741 CC est ici purement théorique, puisque les deux dispositions aboutissent concrètement au même résultat. 690

inscription au registre foncier ; or, cette convention fixe une obligation de faire, et ne peut donc pas être inscrite comme servitude au registre foncier ; dès lors, une telle convention dérogatoire serait nécessairement dépourvue d'effet à l'égard des tiers (dans ce sens : CR CC II-PIOTET, art. 680 CC n. 17 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 680 CC n. 106 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2754 ; NEUENSCHWANDER, p. 374 ; *contra* : BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 698 CC n. 4 ; CHK-GÖKSU, art. 698 CC n. 5).

¹⁰⁶⁷ Voir *supra* § 457.

¹⁰⁶⁸ Voir *supra* § 457. Sur la distinction avec les obligations de faire, voir *supra* § 458.

¹⁰⁶⁹ Voir *supra* § 687 *in fine*.

C. Les frais de construction du passage

- 691 La répartition des frais de construction des ouvrages nécessaires à l'exercice d'une servitude n'est pas régie par les art. 730 ss CC; en particulier, l'art. 741 CC ne s'applique pas aux frais de construction¹⁰⁷⁰. Une servitude de passage en tant que telle n'oblige dès lors ni le propriétaire du fonds servant, ni le propriétaire du fonds dominant, à prendre à leur charge – partiellement ou entièrement – les frais de construction d'un chemin : tous deux peuvent le construire et le financer (en application de l'art. 737 al. 1 CC, respectivement de l'art. 641 al. 1 CC), mais **aucun n'y est tenu**¹⁰⁷¹. *A fortiori*, ce n'est pas parce que le propriétaire grevé profite également d'un passage qu'il est tenu de participer à ses frais d'aménagement et de construction¹⁰⁷². En cas de conclusion d'un contrat constitutif de servitude, les parties ont donc intérêt à anticiper cet aspect¹⁰⁷³.
- 692 L'application de l'art. 698 CC pourrait alors sembler intéressante : la doctrine, sans motiver son propos, énonce en effet que cet article s'appliquerait aussi bien aux frais d'entretien qu'aux frais de construction¹⁰⁷⁴, avec pour conséquence que ces derniers seraient à la charge des propriétaires en proportion des leurs intérêts respectifs. Cependant, si le texte de l'art. 698 CC semble ouvert, la note marginale fait exclusivement référence à l'entretien (cf. « Entretien des ouvrages », « *Unterhaltungspflicht* », « *Manutenzione* »). Il en va de même de l'exposé des motifs d'E. HUBER, dans lequel il est uniquement question d'« *Unterhaltungspflicht* »¹⁰⁷⁵. Aussi, il n'y a à notre avis **pas lieu d'étendre l'application de cette disposition aux frais de construction** des ouvrages nécessaires à la servitude.
- 693 Enfin, quand bien même l'art. 698 CC devrait malgré tout s'appliquer à la répartition des frais de construction des ouvrages liés à l'exercice du passage nécessaire (ce dont nous doutons fortement), la situation juridique des propriétaires concernés demeurerait identique : on voit effectivement mal ce qui justifierait de mettre à la charge du propriétaire grevé qui s'y oppose les coûts de construction d'un chemin sur son immeuble. L'opposition de ce

¹⁰⁷⁰ CR CC II-ARGUL, art. 741 CC n. 4 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 741 CC n. 8 ; CHK-GÖKSU, art. 741 CC n. 3 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3442 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1290b.

¹⁰⁷¹ ATF 132 III 545 in JdT 2007 I 43, consid. 3.3.1 ; CR CC II-ARGUL, art. 741 CC n. 4 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3442 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1290b.

¹⁰⁷² ATF 132 III 545 in JdT 2007 I 43, consid. 3.3.1 ; TC FR du 6 septembre 1994 in RFJ 1995 p. 19 ss, consid. 3 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3442 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1290b.

¹⁰⁷³ Voir *supra* § 456 ainsi que notre proposition de modèle de contrat, en particulier § 483.

¹⁰⁷⁴ BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 698 CC n. 6 ; OFK ZGB-VON FISCHER LEHMANN, art. 698 CC n. 3 ; CHK-GÖKSU, art. 694 CC n. 15 et art. 698 n. 2 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 2754.

¹⁰⁷⁵ HUBER, p. 103 s.

dernier à la constitution d'une servitude sur son immeuble doit se comprendre comme une absence d'intérêt de sa part au sens de l'art. 698 CC, si bien que la loi ne saurait lui imposer, en sus de la constitution d'une servitude par le biais de l'art. 694 CC, la prise en charge financière de son aménagement par une application extensive de l'art. 698 CC. Cela reviendrait *in fine* à lui imposer une obligation supplémentaire par rapport au propriétaire grevé d'une servitude de passage volontaire, ce qui nous paraît difficilement justifiable.

§ III. Les besoins nouveaux du fonds dominant

A teneur de l'art. 739 CC, les besoins nouveaux du fonds dominant 694
n'entraînent aucune aggravation de la servitude¹⁰⁷⁶. Cet article appréhende la situation d'une servitude existante, constituée en faveur d'un fonds dominant dont les besoins se modifient avec effet sur la charge imposée au fonds servant.

A titre liminaire, il convient de se demander si la jurisprudence relative à 695
l'art. 739 CC – notamment sur ce qu'il faut entendre par « aggravation d'une servitude » – s'applique de la même manière pour une servitude légale que pour une servitude volontaire. Une lecture trop rapide de la doctrine et de la jurisprudence pourrait suggérer une réponse négative à cette question ; en effet, il a pu être affirmé de manière péremptoire que l'art. 739 CC ne s'appliquait pas au passage nécessaire de l'art. 694 CC¹⁰⁷⁷. Il faut en réalité comprendre cette affirmation comme signifiant que lorsque les conditions d'octroi du passage nécessaire sont remplies, le propriétaire du fonds dominant **peut obtenir l'extension d'une servitude de passage existante par ce biais-là, sans que le propriétaire grevé ne puisse s'opposer à cette aggravation**¹⁰⁷⁸.

En tant que **servitude foncière**, rien ne justifie de ne pas appliquer 696
l'art. 739 CC à une servitude de passage nécessaire existante¹⁰⁷⁹. Certes, en

¹⁰⁷⁶ La tournure du texte français de cette disposition, sous forme d'une simple affirmation, n'est pas très heureuse. Il faut comprendre : les besoins nouveaux du fonds dominant ne doivent entraîner aucune aggravation de la servitude (cf. la version allemande de l'art. 739 CC : « *Ändern sich die Bedürfnisse des berechtigten Grundstückes, so darf dem Verpflichteten eine Mehrbelastung nicht zugemutet werden* »).

¹⁰⁷⁷ TF 5C.312/2002 du 4 février 2002, consid. 5 : « Toutefois, l'art. 739 CC n'est pas applicable dans les cas ayant pour objet l'établissement d'un droit de passage nécessaire au sens de l'art. 694 CC ». Voir également : SUTTER-SOMM, n. 843 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 88 ; FLEISCHLI, p. 156 ; PITTET, p. 117. Plus nuancé mais niant tout de même dans son principe l'application de l'art. 739 CC : CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 37.

¹⁰⁷⁸ ATF 93 II 167 *in* JdT 1969 I 226, consid. 3 ; TF 5C.312/2002 du 4 février 2002, consid. 5.

¹⁰⁷⁹ Dans ce sens également : BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 48.

vertu du principe de l'identité de la servitude¹⁰⁸⁰, le but de la servitude de l'art. 694 CC ne peut être autre que celui de procurer à l'immeuble dominant une issue suffisante sur la voie publique, soit une notion susceptible de varier avec l'écoulement du temps (par exemple : un passage nécessaire constitué pour l'exploitation agricole d'une parcelle dorénavant destinée à être construite à des fins d'habitation). Il n'en demeure pas moins que la servitude de passage nécessaire n'a pas un contenu flottant et variable en fonction de l'évolution des besoins du fonds dominant¹⁰⁸¹, mais a au contraire été constituée au vu d'une situation factuelle arrêtée à un moment déterminé.

697 Par conséquent, si les besoins du fonds dominant augmentent, il faut **dans un premier temps** se demander si l'augmentation de la charge est licite en vertu de la casuistique développée en lien avec l'art. 739 CC – et ce peu importe que la servitude existante soit de nature légale ou volontaire. Ce n'est qu'en cas de réponse négative à cette question qu'il convient **dans un second temps** de regarder si l'extension de la servitude de passage existante peut être obtenue par le biais de l'art. 694 CC. Sur cette base, nous proposons de raisonner en **deux étapes** successives :

698 1° **La première étape** consiste à déterminer l'existence d'une aggravation non admissible au sens de l'art. 739 CC. En effet, toute augmentation de la charge n'est pas prohibée, tant il est normal que l'exercice d'une servitude soit soumis à des fluctuations au fil du temps¹⁰⁸². Ainsi, par « aggravation » au sens de cette disposition, il faut entendre une **augmentation notable de la charge** résultant de la servitude¹⁰⁸³. Pour juger de cela, il faut partir de l'intérêt que – selon les prévisions des parties¹⁰⁸⁴ – la servitude indéterminée¹⁰⁸⁵ avait pour le fonds dominant lors

¹⁰⁸⁰ Selon ce principe, une servitude ne peut pas être maintenue dans un autre but que celui pour lequel elle a été constituée (pour des références, voir *supra* nbp. 759).

Contra FLEISCHLI, p. 157, pour qui le principe de l'identité de la servitude, dans sa fonction de barrière à l'augmentation des charges, n'est pas applicable aux servitudes légales.

¹⁰⁸¹ Voir *supra* § 675.

¹⁰⁸² TF 5A_576/2008 du 9 septembre 2009 *in* RNR 93/2012 p. 229 ss, consid. 4.1 ; CR CC II-ARGUL, art. 739 CC n. 5 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 739 CC n. 4 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3465 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1283.

¹⁰⁸³ ATF 122 III 358 *in* JdT 1998 I 55, consid. 2 ; TF 5C.312/2002 du 4 février 2002, consid. 5 ; CR CC II-ARGUL, art. 739 CC n. 7 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 739 CC n. 4 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3465 ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 340 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1283 ; FLEISCHLI, p. 24 ss.

¹⁰⁸⁴ ATF 131 III 345 *in* JdT 2005 I 567, consid. 4.3.2 ; CR CC II-ARGUL, art. 739 CC n. 7 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 739 CC n. 5 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3468.

¹⁰⁸⁵ En effet, la question de l'aggravation se pose en présence de servitudes indéterminées (sur cette notion, voir *supra* § 673 s.), puisqu'en présence d'une servitude déterminée, toute augmentation de l'exercice au-delà de la limite fixée constitue une aggravation interdite par l'art. 739 CC, cf. CR CC

de sa constitution, et comparer cet intérêt avec son intérêt actuel, déterminé sur la base de critères objectifs¹⁰⁸⁶ : seule l'utilité de la servitude pour le fonds dominant entre en considération, à l'exclusion des besoins individuels, des goûts et des humeurs de l'ayant droit¹⁰⁸⁷. Le propriétaire du fonds servant doit en effet tolérer les modifications qui résultent d'un **changement objectif de circonstances**, comme par exemple l'évolution de la technique¹⁰⁸⁸ ; toutefois, en vertu du principe de l'identité de la servitude, il ne doit les supporter que dans les limites de l'inscription et du but originaire de la servitude¹⁰⁸⁹ – toute modification du but étant exclue¹⁰⁹⁰.

La jurisprudence admet restrictivement l'existence d'une aggravation¹⁰⁹¹, notamment lorsque l'usage accru est dû à la **densification du fonds dominant**¹⁰⁹². Les généralisations sont toutefois à proscrire, compte tenu du large pouvoir d'appréciation du juge en ce domaine¹⁰⁹³. **A titre exemplatif**, en matière de servitudes de passage, ont été considérées comme des augmentations licites de la charge (après interprétation de la servitude existante) :

- l'augmentation du nombre de véhicules utilisant le passage résultant de nouvelles constructions érigées sur le fonds dominant (une villa supplémentaire à celle existante¹⁰⁹⁴ ; trois appartements supplémentaires aux deux existants¹⁰⁹⁵ ; un garage souterrain pour sept voitures, destiné aux habitants en place et aux futurs habitants de trois appartements¹⁰⁹⁶ ; un parking de huit places au profit d'un

II-ARGUL, art. 739 CC n. 3 ss ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 342 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1282b.

¹⁰⁸⁶ TF 5C.312/2002 du 4 février 2002, consid. 5 ; CR CC II-ARGUL, art. 739 CC n. 7 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3466 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1283.

¹⁰⁸⁷ TF du 26 mai 1992 *in* SJ 1992 597, consid. 3b ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1283.

¹⁰⁸⁸ ATF 139 III 404 *in* JdT 2014 II 407, consid. 7.3 ; TF 5A_602/2012 du 21 décembre 2012, consid. 4 ; CR CC II-ARGUL, art. 739 CC n. 5 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3469 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1283.

¹⁰⁸⁹ TC VS du 3 décembre 2015 *in* RVJ 2017 p. 164, consid. 5.1.1 ; CR CC II-ARGUL, art. 739 CC n. 5 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 739 CC n. 2.

¹⁰⁹⁰ CR CC II-ARGUL, art. 739 CC n. 5 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 739 CC n. 1 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3467 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1284.

¹⁰⁹¹ CR CC II-ARGUL, art. 739 CC n. 2 ; STEINAUER, Servitudes, p. 9.

¹⁰⁹² Dans ce sens également : BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 739 CC n. 6.

¹⁰⁹³ Voir notamment ATF 122 III 358 *in* JdT 1998 I 55, consid. 2.

¹⁰⁹⁴ TF 5A_576/2008 du 9 septembre 2009 *in* RNRF 93/2012 p. 229 ss, consid. 4.2.

¹⁰⁹⁵ ATF 122 III 358 *in* JdT 1998 I 55, consid. 2.

¹⁰⁹⁶ TF du 26 mai 1992 *in* SJ 1992 597, consid. 3b.

restaurant¹⁰⁹⁷), de projets de constructions (construction d'un immeuble de douze logements¹⁰⁹⁸; construction de plusieurs maisons d'habitations rendue possible par suite d'un changement de zone et une parcellisation¹⁰⁹⁹) ou encore d'un changement d'exploitation du fonds dominant (exploitation d'une carrosserie en lieu et place d'une entreprise d'engraissement de porcs)¹¹⁰⁰;

- l'augmentation du nombre de piétons utilisant le passage résultant de l'ouverture d'un second débouché sur le chemin faisant l'objet de la servitude¹¹⁰¹;
- l'utilisation d'un droit de passage à char avec un véhicule à moteur, compte tenu des l'évolution de la technique¹¹⁰².

700 Ont à l'inverse été considérées comme des aggravations :

- la construction sur le fonds dominant d'une maison d'habitation en lieu et place d'une grange utilisée à des fins agricoles¹¹⁰³;
- la réunion d'un autre immeuble au fonds dominant¹¹⁰⁴ (la charge supplémentaire qui en découle quant à l'usage de la servitude peut

¹⁰⁹⁷ TC ZH du 10 novembre 1989 *in* RNRF 77/1996 p. 17.

¹⁰⁹⁸ TC FR du 28 novembre 2018, 101 2018 326, consid. 2.4.

¹⁰⁹⁹ TF 5A_602/2012 du 21 décembre 2012, consid. 4. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a notamment relevé que les parties au contrat constitutif du droit de passage (originellement destiné à l'exploitation agricole et à un usage résidentiel) n'avaient pas exclu que la servitude soit utilisée pour accéder à de nouvelles constructions, et que l'augmentation de la charge relevait d'un changement objectif de circonstances et non d'un changement de but.

¹¹⁰⁰ TF 5C.282/2005 du 13 janvier 2006, consid. 5, résumé *in* STEINAUER, Servitudes, p. 9.

¹¹⁰¹ ATF 88 II 252 *in* JdT 1963 I 166, consid. 6.

¹¹⁰² ATF 87 II 85 *in* JdT 1962 I 386, consid. 3; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3469; CARONI-RUDOLF, p. 70. Voir toutefois TF 5A_856/2014 du 26 janvier 2015, consid. 3.4.

En revanche, il serait exclu qu'un passage à pied puisse être converti en passage pour véhicules (dans ce sens également, CARONI-RUDOLF, p. 70).

¹¹⁰³ ATF 117 II 436 *in* DC 1993 p. 51, consid. 3.

¹¹⁰⁴ Voir ATF 114 II 426 *in* JdT 1989 I 640, consid. 2d; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3470. A noter qu'en cas d'aggravation de la charge, les propriétaires grevés de la servitude doivent consentir à la réunion (art. 974b al. 3 CC); sur cette question, voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1284a et PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 341.

alors en partie dépendre de l'accroissement de la surface du fonds dominant¹¹⁰⁵ ;

- l'extension (à raison de 9m²) de l'assiette de la servitude de passage¹¹⁰⁶ (en réalité, il s'agit là d'une modification de la servitude, et non d'une aggravation).

2° **La seconde étape** du raisonnement n'a de sens qu'après avoir constaté l'existence d'une aggravation de la servitude ; elle consiste à regarder si les conditions du droit au passage nécessaire sont remplies¹¹⁰⁷. Dans l'affirmative, le titulaire de la servitude de passage peut exiger l'aggravation de celle-ci par le biais de l'art. 694 CC, qui constitue un **correctif** bienvenu aux rigueurs de l'interdiction d'aggraver la servitude¹¹⁰⁸ : en effet, à défaut de droit au passage nécessaire, le juge ne peut pas imposer au grevé l'aggravation d'une servitude, y compris moyennant le versement d'une indemnité¹¹⁰⁹. 701

L'octroi du passage nécessaire de l'art. 694 CC pour étendre une servitude existante aux nouveaux besoins du fonds dominant pose potentiellement **deux problématiques**, lorsque l'assiette de la servitude de passage nécessaire vient **se juxtaposer** (entièrement ou partiellement) sur l'assiette d'une servitude de passage existante : 702

- **d'une part, la coexistence de deux servitudes de passage sur une même assiette** : en effet, à défaut d'accord entre les parties, il n'y a aucune raison d'« absorber » l'ancienne servitude au sein du droit de passage nécessaire nouvellement constitué ; en conséquence, l'ancienne servitude de passage garde son rang et coexiste avec la nouvelle servitude de passage nécessaire ;

¹¹⁰⁵ Voir également TC VS du 20 juin 1980 *in* RVJ 1981 222, consid. 2c : « [o]r, il saute aux yeux qu'en l'occurrence aggravation il y a et qu'elle est manifestement sensible. En effet, suite à la réunion, la surface du fonds dominant a pratiquement doublé ».

¹¹⁰⁶ TC VS du 3 décembre 2015 *in* RVJ 2017 p. 164, consid. 5.2.1.

¹¹⁰⁷ Nous renvoyons ici à l'analyse des conditions légales du droit au passage nécessaire, voir *supra* § 94 ss.

¹¹⁰⁸ TC VS du 20 juin 1980 *in* RVJ 1981 222, consid. 3.

¹¹⁰⁹ TF 5C.312/2001 du 4 février 2002, consid. 5b ; TC VS du 3 décembre 2015 *in* RVJ 2017 p. 164, consid. 5.1.2 ; CR CC II-ARGUL, art. 739 CC n. 9 ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 344 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3473. *Contra* ZK-LIVER, art. 739 CC n. 49, selon qui le juge devrait pouvoir condamner le propriétaire grevé à tolérer une aggravation moyennant indemnité. L'opinion de P. LIVER ne convainc pas, dans la mesure où il n'appartient pas au juge de modifier le contrat de servitude en dehors des cas expressément prévus par la loi.

- **d'autre part, la fixation de l'indemnité** : l'indemnité correspond à la dépréciation engendrée par la constitution de la servitude nécessaire, soit *in casu* un calcul complexe puisqu'une servitude de passage grève déjà le fonds servant avec la même emprise¹¹¹⁰ ; à notre avis, l'indemnité ne peut toutefois pas être égale à zéro, puisque cela reviendrait à admettre l'existence d'une aggravation sans caractère dommageable.

703 Pour finir, rappelons que la question de l'aggravation d'une servitude se pose souvent **en réponse à une action en cessation de trouble** (art. 641 al. 2 CC) intentée par le propriétaire du fonds grevé. Procéduralement, on conseillera alors au propriétaire du fonds dominant de conclure, principalement, au déboutement faute d'aggravation, reconventionnellement, à l'octroi du passage nécessaire. Par le passé, le Tribunal fédéral a pu se montrer clément à l'égard du propriétaire n'ayant pas formulé clairement de conclusions reconventionnelles en octroi du passage nécessaire : dans deux de ses arrêts, il a ainsi interdit le passage sur la base de l'action négatoire, tout en prévoyant que cette interdiction ne prendrait effet que si, dans les trente jours dès la notification de l'arrêt, aucune action en attribution du passage nécessaire n'était intentée¹¹¹¹. Le plaideur diligent ne saurait toutefois compter sur un dispositif aussi bienveillant.

§ IV. La modification de la servitude

A. Le changement de l'assiette de la servitude

704 Sous la note marginale « Transport de la charge », l'**art. 742 CC** prévoit que lorsque la servitude ne s'exerce que sur une partie du fonds servant, le **propriétaire grevé** peut, s'il y a intérêt et s'il se charge des frais, exiger qu'elle soit transportée dans un autre endroit où elle ne s'exercerait pas moins commodément. Il s'agit d'une conséquence du principe « *servitus civiliter exercenda* »¹¹¹².

¹¹¹⁰ Sur le calcul de l'indemnité lorsque la servitude se situe sur un chemin préexistant, voir *supra* § 353 *in fine* et § 354 *in fine*.

¹¹¹¹ TF du 1^{er} janvier 1997 *in* SJ 1998 287, consid. 3c ; TF 5A_732/2008 du 14 juillet 2009, consid. 4.4. A noter que ces deux arrêts concernent l'usage d'anciens chemins vicinaux de droit cantonal.

¹¹¹² ATF 88 II 150 *in* JdT 1963 I 12, consid. 4 ; CR CC II-ARGUL, art. 739 CC n. 1 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3484 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1292 et 1287.

Doctrines¹¹¹³ et jurisprudences¹¹¹⁴ s'accordent pour dégager de cette disposition **quatre conditions cumulatives** :

- la servitude ne s'exerce que sur **une partie du fonds** : tel est en principe le cas d'une servitude de passage¹¹¹⁵ ;
- le propriétaire du fonds servant dispose d'un **intérêt digne de protection** au changement d'assiette : cet intérêt peut être économique, esthétique ou immatériel¹¹¹⁶ ; s'agissant d'une servitude de passage, l'intérêt du grevé sera typiquement un aménagement plus rationnel de son immeuble¹¹¹⁷ ;
- la servitude ne s'exerce **pas moins commodément**¹¹¹⁸ à son nouvel emplacement¹¹¹⁹ : l'équivalence de commodité, qui est un critère flou, ne saurait être absolue, dans la mesure où le seul fait de changer une habitude de passage est souvent déjà en soi incommode¹¹²⁰ ; des **inconvenients mineurs** peuvent être imposés au propriétaire du fonds dominant¹¹²¹ (par exemple, un nouveau tracé un peu plus long à parcourir que l'ancien¹¹²², mais pas un nouveau tracé présentant une mauvaise visibilité et une pente de près de 12%¹¹²³) ;

¹¹¹³ Voir notamment : STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3485 à 3488 ; CR CC II-ARGUL, art. 742 CC n. 3 ss ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 742 CC n. 8 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1292.

¹¹¹⁴ Voir notamment l'énumération des conditions de l'arrêt TF 5A_178/2011 du 21 avril 2011 in RNRF 93/2012 p. 263, consid. 2.

¹¹¹⁵ CR CC II-ARGUL, art. 739 CC n. 3 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 742 CC n. 8 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3485.

¹¹¹⁶ TF 5A_178/2011 du 21 avril 2011 in RNRF 93/2012 p. 263, consid. 4.1 ; ATF 57 II 155 in JdT 1931 I 533, c. 1b ; CR CC II-ARGUL, art. 739 CC n. 4 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 742 CC n. 9 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1292.

¹¹¹⁷ BESSON, p. 279. Voir également CR CC II-ARGUL, art. 739 CC n. 4 et STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3486 qui citent l'exemple d'un propriétaire désireux de construire sur l'emplacement du passage.

¹¹¹⁸ Voir la version allemande de l'art. 742 al. 1 CC : « *nicht weniger geeignete Stelle* ».

¹¹¹⁹ CR CC II-ARGUL, art. 739 CC n. 5 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3487 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1292.

¹¹²⁰ BESSON, p. 280, qui critique à juste titre la notion de commodité au profit de celle d'utilité, cf. : « [...] l'utilité est une notion plus objective que la commodité, qui fait appel à la notion de confort égoïste ».

¹¹²¹ CR CC II-ARGUL, art. 739 CC n. 5 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 742 CC n. 10 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3487 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1292.

¹¹²² ATF 57 II 155 in JdT 1931 I 533, consid. 1b.

¹¹²³ TF 5C.91/2004 in RNRF 2005 p. 315, consid. 5.1

- le propriétaire du fonds servant se charge des **frais**¹¹²⁴ : ces frais comprennent les frais de géomètre, de notaire et de registre foncier ainsi que tous les autres frais occasionnés par le changement d'assiette (par exemple, l'aménagement d'un nouveau chemin)¹¹²⁵.

706 Ces conditions ne doivent pas être interprétées trop restrictivement¹¹²⁶. Si elles sont remplies, le propriétaire grevé peut exiger que la servitude s'exerce à un autre endroit ; il ne doit alors aucune indemnité au propriétaire du fonds dominant, dans la mesure où le nouvel emplacement ne cause aucun dommage à ce dernier¹¹²⁷.

707 Se pose alors la question suivante : **l'art. 742 CC doit-il être appliqué tel quel aux servitudes légales** ? La question n'a en réalité de sens qu'en rapport avec les servitudes légales de conduites (art. 691 ss CC) et les servitudes légales de passage (art. 694 CC) ; en effet, l'exercice du droit de fontaine nécessaire (art. 710 CC) se limite rarement à une partie de l'immeuble, alors que les empiètements (art. 684 CC) n'ont de raison d'être qu'en lien avec une construction déjà en place et ne sont donc par nature pas voués à se déplacer.

708 En matière de **servitudes légales de conduites**, l'art. 693 CC prévoit un régime différencié pour le transport de la charge. Cet article s'écarte du régime de l'art. 742 CC sur deux points : d'une part, si les choses se modifient, le propriétaire grevé peut exiger le déplacement des installations « conformément à ses intérêts » (art. 693 al. 1 CC), soit y compris à un endroit moins commode aux intérêts du titulaire de la servitude (pour autant qu'il n'en résulte pas un exercice excessivement difficile de la servitude sur la nouvelle assiette)¹¹²⁸ ; d'autre part, les frais de déplacement sont à la charge du titulaire de la servitude, sauf circonstances spéciales qui justifieraient une participation équitable des deux propriétaires (art. 693 al. 2 et 3 CC).

709 Ces deux aspects améliorent considérablement la situation du propriétaire grevé qui requiert une modification de l'emprise de la servitude de conduite sur son immeuble. Il serait dès lors tentant de faire profiter de ces améliorations au propriétaire grevé d'une servitude de passage nécessaire,

¹¹²⁴ CR CC II-ARGUL, art. 739 CC n. 7 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 742 CC n. 11 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3488 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1292. Sur demande, il doit en faire l'avance, voir BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 742 CC n. 14.

¹¹²⁵ CR CC II-ARGUL, art. 742 CC n. 7 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3488 ; BESSON, p. 282.

¹¹²⁶ TF 5C.91/2004 *in* RNRF 2005 p. 315, consid. 5.1 ; TF 5C.275/2000 du 7 septembre 2001, consid. 3a ; CR CC II-ARGUL, art. 742 CC n. 2 ; BESSON, p. 281 s.

¹¹²⁷ ATF 57 II 155 *in* JdT 1931 I 533, consid. 2 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3489.

¹¹²⁸ CR CC II-PIOTET, art. 691-693 CC n. 29 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 693 CC n. 6 ; CARONI-RUDOLF, p. 166.

dans la mesure où dite servitude résulte également d'une restriction légale indirecte à sa propriété¹¹²⁹.

Il n'y a toutefois pas lieu d'appliquer l'art. 693 CC à la modification de l'assiette du droit de passage nécessaire¹¹³⁰. Le législateur l'aurait expressément prévu si telle avait été sa volonté (en 1912 d'abord, en 2012 ensuite, lors de l'abrogation de l'art. 742 al. 3 CC¹¹³¹)¹¹³². Par ailleurs, l'analogie entre le droit légal de conduite et celui de passage trouve sa limite dans l'impact concret représenté par l'assiette de la servitude sur l'exploitation de l'immeuble dominant : d'une manière générale, l'assiette du passage dont un propriétaire bénéficie lui importe davantage que l'assiette des conduites, souvent souterraines ou aériennes, qui viabilisent son immeuble. Par conséquent, **rien ne justifie à notre avis que la servitude de passage nécessaire déroge à la règle générale de l'art. 742 CC.**

La nature légale du droit de passage amène toutefois les **trois remarques** suivantes :

1° Lorsqu'un propriétaire requiert le déplacement d'une servitude grevant son immeuble en un **endroit moins commode**, il est admis que le juge peut, conformément à l'adage « qui peut le plus peut le moins », ordonner ce déplacement au titre de libération partielle de la servitude selon **l'art. 736 al. 2 CC** : ainsi, selon le Tribunal fédéral : « [le déplacement] constitue alors une forme d'indemnité en nature qui doit être combinée avec une indemnité en argent destinée à compenser la moindre commodité de la nouvelle assiette de la servitude »¹¹³³. S'agissant du déplacement d'un passage nécessaire, du moment que la nouvelle assiette permet de garantir l'issue suffisante sur la voie publique, le juge ne saurait à notre avis se montrer trop restrictif dans l'analyse de la disproportion entre

¹¹²⁹ Plaide en ce sens : CARONI-RUDOLF, p. 166.

¹¹³⁰ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 37 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 91 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 693 CC n. 3 ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 350 ; PITTET, p. 117.

¹¹³¹ En effet, à la suite de nombreuses critiques, la révision du 1^{er} janvier 2012 a supprimé l'ancien art. 742 al. 3 CC, qui renvoyait à l'art. 693 CC pour le déplacement d'assiettes des servitudes de conduites (aussi bien légales que volontaires). Il en découle que l'exception de l'art. 693 CC ne s'applique désormais plus aux servitudes de conduite librement convenues, cf. CR CC II-PIOTET, art. 691-693 CC n. 2 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3488 et 2695 et SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1292 *in fine*.

¹¹³² Voir également l'analyse historique de C. BESSON, qui met en relation la charge des frais relatifs aux conduites avec les préoccupations nées de la loi fédérale de 1902 sur les installations électriques (BESSON, p. 285).

¹¹³³ TF 5C.287/2001 du 15 janvier 2002, consid. 3b ; voir également : ATF 43 II 29, consid. 2 ; CR CC II-ARGUL, art. 736 CC n. 17 et art. 742 CC n. 5 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 742 CC n. 6 ; CPra Actions-BOHNET, § 54 n. 2 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3493 ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 355 ; BESSON, p. 285.

l'utilité et la charge (soit une des conditions de l'art. 736 al. 2 CC). Rappelons en effet que le passage nécessaire doit être fixé au lieu qui présente le moins d'inconvénients pour le propriétaire tenu de l'accorder et non, en principe, à l'endroit le plus favorable à l'ayant droit¹¹³⁴. Dès lors, nous pensons que **le juge requis de déplacer le passage nécessaire à un endroit moins commode mais néanmoins suffisant au sens de l'art. 694 CC doit accepter cette requête** – en fixant l'indemnité due au propriétaire du fonds dominant – pour autant que les circonstances se soient modifiées depuis la constitution de la servitude et que l'intérêt dont se prévaut le grevé soit digne de protection¹¹³⁵ et proportionné par rapport aux inconvénients causés au titulaire de la servitude¹¹³⁶.

- 713 2° Quid du propriétaire grevé qui requiert le déplacement de la servitude **sur un autre immeuble** ? Le Tribunal fédéral a admis que l'art. 742 CC pouvait s'appliquer par analogie au déplacement d'une servitude de passage sur un autre immeuble (en principe, contigu au fonds servant) appartenant au **même propriétaire**, pour autant que ce déplacement ne compromette pas l'existence de la servitude (art. 812 al. 2 CC et art. 142 LP)¹¹³⁷. De manière étonnante, certains auteurs, s'appuyant sur la nature légale du passage nécessaire, ont soutenu que le grevé pouvait aussi exiger le déplacement de la servitude **sur l'immeuble d'un tiers**¹¹³⁸. Cette proposition doit être rejetée : dans ce cas en effet, le grevé dispose uniquement d'un intérêt à exiger l'extinction de la servitude sur son immeuble ; il ne lui appartient pas de décider où ce passage doit, le cas échéant, être reporté¹¹³⁹.
- 714 3° *De lege ferenda*, compte tenu du fait que la servitude de passage a été imposée au grevé, il serait juste que le juge puisse mettre une partie des frais de déplacement à charge du propriétaire du fonds dominant **lorsque l'équité l'exige**¹¹⁴⁰. En s'inspirant de la jurisprudence rendue sur l'art. 693 al. 3 CC (partage en équité en cas de « circonstances spéciales »), on peut

¹¹³⁴ Voir *supra* § 317 ss.

¹¹³⁵ Voir *supra* § 705, 2^{ème} tiret ; cela afin d'exclure que des motifs purement chicaniers n'ouvrent un droit à la modification du passage.

¹¹³⁶ Sur une éventuelle disproportion, voir *infra* § 733 ss.

¹¹³⁷ ATF 88 II 150 *in* JdT 1963 I 12. Voir également : STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3491 ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 353 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 742 CC n. 4 ; BESSON, p. 281 s.

¹¹³⁸ BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 93 ; BAUMGARTNER, p. 58. Dans ce sens également, pour le déplacement d'une servitude légale de conduite : BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 693 CC n. 5.

¹¹³⁹ Dans ce sens également : CARONI-RUDOLF, p. 163. Sur une possible libération de la servitude dans ce cas, voir *infra* § 737 ss.

¹¹⁴⁰ Plaide en faveur d'une imputation de la totalité des frais de déplacement au propriétaire du fonds dominant : BOSSHART, p. 112.

notamment citer les cas où l'assiette de la servitude a été originellement fixée en tenant compte des intérêts du propriétaire du fonds dominant, ou encore les situations où le déplacement sert aussi les intérêts de ce dernier¹¹⁴¹. En l'état, cette proposition va toutefois à l'encontre du texte clair de l'art. 742 al. 1 CC.

Enfin, lorsque **le propriétaire du fonds dominant** souhaite un déplacement de l'assiette de la servitude dans son intérêt, certains auteurs sont enclins à une application analogique de l'art. 742 CC¹¹⁴². A notre avis, cela ne se justifie pas en matière de droit de passage nécessaire : si l'issue fournie par la servitude n'est plus suffisante au sens de l'art. 694 CC, le propriétaire du fonds dominant dispose d'une prétention en octroi du passage nécessaire pour fixer le passage en un autre endroit, et non d'une prétention en transport de la charge. 715

B. La division d'un fonds

L'art. 743 CC traite du sort des servitudes existantes en cas de division d'un immeuble. A son alinéa premier, il pose le principe du report des servitudes (comme charge ou comme droit) sur toutes les parcelles issues de la division : cela conduit à une **multiplication des servitudes** de par la loi¹¹⁴³. Ce principe souffre toutefois d'exceptions, lorsque la servitude a perdu sa raison d'être sur un fonds issu de la division (art. 743 al. 2 et 3 CC ; art. 974a al. 1 CC)¹¹⁴⁴. 716

Le sort d'un droit de passage nécessaire en cas de division parcellaire est identique au sort réservé aux autres servitudes de passage, soit : 717

- **en cas de division du fonds servant** : la servitude de passage nécessaire – dont l'assiette est *a priori* clairement délimitée – est reportée sur les nouveaux fonds sujets au passage et radiée des fonds non sujets au passage ;

¹¹⁴¹ ATF 97 II 371 in JdT 1973 I 56, consid. 10. Voir également BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 693 CC n. 9.

¹¹⁴² CR CC II-ARGUL, art. 742 CC n. 1; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 742 CC n. 5 ; KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, art. 742 CC n. 4 ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 348.

¹¹⁴³ CR CC II-ARGUL, art. 743 CC n. 3 ; CR CC II-MOOSER, art. 974a CC n. 3 ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 299 ; MOOSER, Les modifications de limite, p. 176.

¹¹⁴⁴ STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3494 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 743 CC n. 5 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1295.

- **en cas de division du fonds dominant** : la servitude de passage nécessaire est inscrite en faveur des nouveaux fonds, sauf si les circonstances démontrent que la servitude se limite à la desserte d'une ou certaine(s) parcelle(s) (par exemple, un droit de passage nécessaire constitué afin de rendre accessible une partie déterminée d'un grand terrain en pente¹¹⁴⁵ ou un bâtiment précis situé sur l'une des parcelles nées de la division¹¹⁴⁶) ; on réservera ici les éventuels cas d'aggravation de la charge (art. 739 CC)¹¹⁴⁷.

718 Lorsque la servitude légale est « multipliée » par l'effet de l'art. 743 CC, il convient enfin de veiller à ce que l'inscription de la servitude sur les fonds issus de la division indique la nature légale du droit.

¹¹⁴⁵ Voir notamment *infra* § 145 ss.

¹¹⁴⁶ PROTET D., Les droits réels limités en général, n. 303.

¹¹⁴⁷ Sur cette notion, voir *supra* § 694 ss ; le cas échéant, le report pourra alors être obtenu aux conditions de l'art. 694 CC.

Chapitre 3 : L'extinction de la servitude de passage nécessaire

Sous ce chapitre, qui débutera par de brèves remarques liminaires (§ I.), il sera question des motifs d'extinction de la servitude (§ II.) et de son mode d'extinction (§ III.). Nous nous attarderons enfin sur la question d'une éventuelle restitution de l'indemnité versée en contrepartie de la constitution du droit de passage nécessaire (§ IV.). 719

§ I. Remarques liminaires

La principale différence entre une servitude de passage nécessaire et une servitude de passage constituée librement consiste dans son motif d'extinction. En effet, **le droit de passage nécessaire perd la justification de son existence aussitôt que cesse la situation de nécessité dans laquelle se trouve le propriétaire du fonds dominant**¹¹⁴⁸. Tel n'est pas le cas d'une servitude de passage ordinaire ; ainsi, selon le Tribunal fédéral : « [l]e fait qu'un bien-fonds bénéficiaire d'un droit de passage dispose d'une nouvelle voie d'accès ne permet pas de conclure sans autre à l'inutilité de la première servitude, une extinction n'étant envisageable que lorsque la servitude possède le caractère d'un droit de passage nécessaire au sens de l'art. 694 al. 1 CC¹¹⁴⁹ ». 720

Aussi, en présence d'une servitude de passage ordinaire, l'existence d'une nouvelle issue sur la voie publique ne permet pas en tant que telle au propriétaire grevé de solliciter la libération de la servitude de passage constituée sur son immeuble. Il convient dans ce cas d'examiner si la servitude permet une desserte plus avantageuse que la nouvelle issue ; dans l'affirmative, la servitude est maintenue¹¹⁵⁰. Il en découle qu'en pratique, **il est plus aisé, pour le propriétaire grevé, de se défaire d'un droit de passage nécessaire que d'une servitude volontaire**. Cela se justifie dans la mesure où 721

¹¹⁴⁸ ATF 130 III 554 *in* JdT 2004 I 245, consid. 3.3 ; TF 5A_924/2016 du 28 juillet 2017, consid. 5.2 ; TF 5D_176/2015 du 21 novembre 2016 *in* SJ 2017 I p. 193, consid. 2.1 ; TF 5A_740/2014 du 1^{er} février 2016, consid. 5.5.

¹¹⁴⁹ TF 5A_360/2014 du 28 octobre 2014, consid. 4.1.2.

¹¹⁵⁰ Voir par exemple : ATF 130 III 554 *in* JdT 2004 I 245 et TF 5A_360/2014 du 28 octobre 2014. Plus largement, en vertu du principe de l'identité des servitudes, il convient d'examiner les buts pour lesquels la servitude a été originairement constituée ; voir notamment TF 5C.152/2005 du 21 octobre 2005, où le Tribunal fédéral a considéré que la servitude avait non seulement pour but de relier le fonds dominant à la voie publique, mais également de permettre l'entretien d'un bosquet.

la servitude n'a pas été librement consentie, mais au contraire imposée au propriétaire du fonds servant.

- 722 A ce stade, il convient de rappeler le **préalable indispensable** que constitue la détermination, par le biais de l'interprétation de la servitude, de la nature légale ou non du droit de passage existant. Nous renvoyons ici à nos précédents développements¹¹⁵¹, et en particulier à notre proposition qui plaide pour une admission plus large de l'existence d'un droit de passage nécessaire par rapport à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral¹¹⁵².

§ II. Les motifs d'extinction

A. Généralités

- 723 Selon la formule consacrée, l'extinction du passage nécessaire dépend de la **disparition de l'état de nécessité** (« *Notlage* »)¹¹⁵³. Les exemples issus de la jurisprudence illustrent tous des situations où le fonds dominant s'est vu doté d'une nouvelle issue¹¹⁵⁴. La créance légale en constitution de la servitude nécessaire dépend toutefois de l'avènement de plusieurs conditions¹¹⁵⁵ ; dès lors, il est en réalité plus juste d'énoncer le principe selon lequel **la servitude s'éteint lorsque disparaît l'une des conditions inhérentes à sa constitution**.
- 724 Fort de ces considérations, les causes d'extinction du titre légal seront examinées en miroir des conditions de la naissance de la créance légale (cf. Première partie, Chapitre 3¹¹⁵⁶) ; par la force des choses, les développements à suivre comporteront donc de nombreux renvois internes.

B. L'existence d'une (nouvelle) issue suffisante sur la voie publique

- 725 Il arrive que **l'immeuble au bénéfice du passage nécessaire** se voie doté d'une nouvelle issue sur la voie publique. En général, ce changement découle soit

¹¹⁵¹ Voir *supra* § 654 ss.

¹¹⁵² Voir *supra* § 663 ss.

¹¹⁵³ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 38 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 29 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 95 ; CARONI-RUDOLF, p. 159.

¹¹⁵⁴ Voir par exemple : ATF 130 III 554 *in* JdT 2004 I 245 ; TF 5D_176/2015 du 21 novembre 2016 *in* SJ 2017 I p. 193 ; TF 5A_360/2014 du 28 octobre 2014 ; TF 5C.152/2005 du 21 octobre 2005.

¹¹⁵⁵ Voir *supra* § 94 ss.

¹¹⁵⁶ Voir *supra* § 94 ss.

d'une modification physique de l'état des lieux, soit d'un changement de loi, de pratique, voire de mentalité.

S'agissant des **modifications physiques**, on peut citer les exemples suivants – 726
lesquels s'apprécient au gré des circonstances concrètes du cas :

- la création d'une nouvelle voie d'accès¹¹⁵⁷ : construction d'une nouvelle route¹¹⁵⁸, aménagement d'un nouveau chemin public¹¹⁵⁹, ouverture de l'immeuble dominant sur le réseau public, etc. ;
- la sécurisation d'une issue précédemment jugée trop dangereuse pour servir de voie d'accès¹¹⁶⁰ ;
- la création de nouvelles places de stationnement à proximité de l'immeuble dominant¹¹⁶¹ ;
- l'aplanissement d'une forte pente par des travaux de terrassement¹¹⁶² ;
etc.

S'agissant des **modifications techniques ou juridiques**, elles influent sur des issues considérées comme insuffisantes à l'époque de la constitution du droit de passage nécessaire, mais devenues suffisantes par la suite d'un changement de paradigme. On peut citer les exemples suivants : 727

- l'évolution de la technique, permettant d'amoindrir les coûts de construction ou d'aménagement d'une issue sur le fonds dominant¹¹⁶³ ;
- la modification des normes d'accès (par exemple, des normes VSS) ;
- un changement de zone à bâtir en zone agricole.

¹¹⁵⁷ BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 29 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 95 ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 258 ; CARONI-RUDOLF, p. 160.

¹¹⁵⁸ ATF 130 III 554 in JdT 2004 I 245 ; TF 5A_412/2009 du 27 octobre 2009.

¹¹⁵⁹ TF 5C.152/2005 du 21 octobre 2005.

¹¹⁶⁰ Sur cette question, voir *supra* § 138.

¹¹⁶¹ Sur cette question, voir *supra* § 145.

¹¹⁶² Sur cette question, voir *supra* § 145 ss.

¹¹⁶³ Sur cette question, voir *supra* § 154 ss.

728 Il n'est enfin pas exclu que l'**évolution des mœurs** conduise à diminuer l'importance des véhicules à moteur (par exemple, au profit de la mobilité douce), de manière à amoindrir la nécessité d'un accès motorisé aux habitations¹¹⁶⁴. En l'état actuel de la situation, force est toutefois de constater que le taux de motorisation (soit un indicateur décrivant le nombre de véhicules individuels pour mille habitants) est globalement à la hausse en Suisse¹¹⁶⁵, révélant par là que la population reste pour l'heure attachée à l'usage des véhicules motorisés¹¹⁶⁶.

C. La fin de l'état de nécessité proprement dit

729 Il arrive que la **position personnelle du propriétaire du fonds dominant** se modifie au point que ce dernier ne se trouve plus dans une situation d'état de nécessité proprement dit¹¹⁶⁷.

730 A titre d'exemple, constituent en principe des causes d'extinction :

- l'octroi d'une nouvelle servitude de passage conventionnelle garantissant l'issue sur la voie publique¹¹⁶⁸ ;
- l'acquisition d'immeubles voisins reliés au réseau routier (par suite d'une acquisition à titre particulier¹¹⁶⁹, un héritage¹¹⁷⁰, une réunion parcellaire, etc.).

731 Ne devraient toutefois pas permettre l'extinction du passage nécessaire les situations suivantes :

¹¹⁶⁴ Rappelons qu'en l'état, dans un périmètre bâti où se trouvent des maisons d'habitations, un passage n'est suffisant que s'il peut être utilisé par des véhicules à moteur, pour autant que la situation topographique le permette, voir *supra* § 139 et références citées.

¹¹⁶⁵ Selon les données de l'Office fédéral de la statistique, il y avait en moyenne en Suisse 541 voitures de tourisme pour 1000 habitants en 2019. Ce taux était de 492 en 2000 et de 352 en 1980, cf. : [https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/mobilite-transport-vehicules/vehicules/vehicules-routiers-parc-taux-motorisation.html](https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/mobilite-transport/infrastructures-transport-vehicules/vehicules/vehicules-routiers-parc-taux-motorisation.html) (date de consultation : 31.01.2020).

¹¹⁶⁶ A noter toutefois que cet indicateur n'est qu'un indicateur parmi d'autres.

¹¹⁶⁷ Sur la distinction que nous avons opérée entre les conditions d'insuffisance de l'issue (s'examinant par rapport à l'immeuble) et d'état de nécessité (s'examinant par rapport au propriétaire), voir *supra* § 97 et 205.

¹¹⁶⁸ Exemple tiré de CARONI-RUDOLF, p. 160.

¹¹⁶⁹ Exemple tiré de CARONI-RUDOLF, p. 160. Voir également le cas de l'arrêt TF 5D_176/2015 du 21 novembre 2016 *in* SJ 2017 I p. 193, où le propriétaire du fonds dominant a été mis au bénéfice d'un accès à travers quatre autres parcelles, dont trois lui appartenant.

¹¹⁷⁰ Exemple tiré de BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 95.

- l'octroi d'un droit contractuel de passage, si sa durabilité n'est pas suffisamment garantie pour permettre l'exploitation rationnelle de l'immeuble dominant¹¹⁷¹ ;
- le refus d'une proposition d'un voisin, permettant de concrétiser une autre issue sur la voie publique¹¹⁷² (sous réserve de la question du changement d'assiette¹¹⁷³) – le propriétaire du fonds dominant devant en effet pouvoir compter sur la pérennité de la desserte de son immeuble, garantie par la servitude de passage ;
- le fait que le propriétaire du fonds dominant dispose d'un (nouveau) moyen de droit public pour solliciter l'équipement de son immeuble ;
etc.

L'idée sous-tendant ces exemples est celle d'une certaine retenue dans l'admission de la fin de l'état de nécessité en raison de changements intervenant dans la situation (juridique) personnelle du propriétaire du fonds dominant, afin de ne pas précariser un passage que le législateur a voulu garantir sous la forme d'un droit réel. Une remise en question continue de la position personnelle de ce dernier n'apparaît en effet pas propice à l'apaisement des conflits de voisinage. 732

D. La disproportion entre l'utilité et la charge

Nous avons soutenu *supra* que lorsque les inconvénients engendrés par la constitution de la servitude sur le fonds servant sont supérieurs aux avantages retirés par le fonds dominant, il convient de renoncer à l'octroi du droit de passage nécessaire¹¹⁷⁴. Aussi, lorsque cette disproportion apparaît **postérieurement** à la constitution de la servitude, le propriétaire grevé peut en demander la radiation pour ce motif. La disproportion doit être telle que si la même situation s'était présentée à l'époque de la constitution de la servitude, celle-ci n'aurait vraisemblablement pas été octroyée¹¹⁷⁵. 733

La disproportion ne saurait découler de la diminution de l'intérêt du titulaire de la servitude ; en effet, dite servitude conserve son caractère nécessaire (sans 734

¹¹⁷¹ Sur cette question, voir *supra* § 258 s.

¹¹⁷² Sur cette question, voir *supra* § 263 ss, notamment § 274 s.

¹¹⁷³ Voir *supra* § 704 ss, notamment § 712.

¹¹⁷⁴ Voir *supra* § 291 ss.

¹¹⁷⁵ Dans ce sens également : CARONI-RUDOLF, p. 161.

quoi, il existerait un autre motif d'extinction). Dès lors, la disproportion ne peut émaner que de l'**augmentation – licite – de la charge** pour le propriétaire du fonds servant.

- 735 Prenons l'exemple suivant : une petite parcelle située en zone agricole est grevée d'un droit de passage nécessaire ayant pour but de procurer une issue carrossable au fonds dominant. A la suite d'une modification de zone, le fonds servant devient constructible ; or, la servitude empêche *de facto* toute utilisation rationnelle de l'immeuble. Si l'intérêt du grevé à construire est supérieur à l'intérêt du titulaire de la servitude à bénéficier d'une issue carrossable, cette disproportion peut justifier l'extinction de la servitude¹¹⁷⁶. Dans l'appréciation des circonstances, il convient à notre avis de se montrer plus favorable à l'égard du propriétaire grevé que si celui-ci avait volontairement constitué une servitude de passage sur son immeuble¹¹⁷⁷.
- 736 La survenance d'une disproportion ne doit enfin **pas être imputable** au propriétaire qui s'en prévaut¹¹⁷⁸. Tel serait le cas du grevé procédant à la division de son bien-fonds en plusieurs petites parcelles, dont l'une supporterait l'entier de la charge de la servitude, de telle sorte à ne plus pouvoir être exploitée rationnellement.

E. Un autre immeuble à grever ?

- 737 Nous avons soutenu *supra* que le propriétaire grevé ne pouvait pas exiger le déplacement de la servitude sur l'immeuble d'un tiers¹¹⁷⁹. Qu'en est-il alors du grevé qui requiert la radiation de la servitude constituée sur son immeuble, **au motif qu'elle devrait être déplacée sur un autre immeuble** qui remplit mieux les conditions de la charge en vertu de l'art. 694 al. 2 CC ?

¹¹⁷⁶ Sur la pesée des intérêts dans une telle situation, voir notamment *supra* § 292.

¹¹⁷⁷ Voir par exemple les arrêts TF 5A_340/2013 du 27 août 2013 (consid. 5.3.2 et 5.4), ATF 107 II 331 (consid. 5b) et TF 5C.213/2002 du 7 février 2003 (consid. 3.2) portant sur des servitudes de non-bâtir constituées conventionnellement : une aggravation de la charge résultant d'un changement d'affectation ne constitue en principe pas un motif suffisant pour admettre une libération judiciaire fondée sur l'art. 736 al. 2 CC (exception faite des cas où le maintien de la servitude a pour conséquence d'empêcher toute utilisation rationnelle du fonds servant). Voir en outre la position restrictive de STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3429, selon qui le fonds grevé ne doit plus du tout pouvoir être utilisé rationnellement pour envisager l'application de l'art. 736 al. 2 CC.

¹¹⁷⁸ Pour un examen de l'imputabilité, voir ATF 107 II 331, consid. 4 et TF 5C.213/2002 du 7 février 2003, consid. 3c et 4a. Voir également l'arrêt TF 5C.287/2001 du 15 janvier 2002, consid. 3 et 4 : un accroissement de la charge, même important, ne permet pas de demander la libération de la servitude s'il est imputable aux propriétaires grevés en raison de la transformation de leur bâtiment.

¹¹⁷⁹ Voir *supra* § 713.

Cette cause d'extinction, inconnue des servitudes conventionnelles, est admise par une partie de la doctrine¹¹⁸⁰. Selon A. MEIER-HAYOZ et W. BAUMGARTNER, le propriétaire grevé pourrait ainsi exiger sa libération lorsque les circonstances ont à ce point changé qu'il y a lieu de conclure que le passage nécessaire aurait été constitué sur un autre immeuble si les mêmes circonstances avaient prévalu à l'époque de sa constitution¹¹⁸¹. 738

Il est exact que la loi désigne l'immeuble à grever du passage selon un **ordre de priorité** (art. 694 al. 2 CC)¹¹⁸². L'idée selon laquelle la restriction légale à la propriété se déplacerait sur un autre immeuble au gré de l'évolution des circonstances, permettant ainsi la libération du grevé, est dès lors attrayante. Cette éventualité doit cependant être rejetée pour **deux raisons** : 739

1° D'une part, c'est oublier que **les conditions d'existence de la créance légale ne sont plus remplies** dans une telle situation, puisque le propriétaire du fonds dominant dispose d'une issue suffisante sur la voie publique concrétisée par le droit de passage nécessaire existant en sa faveur. Il nous apparaît dès lors erroné de permettre l'extinction d'une servitude au motif qu'un autre propriétaire d'immeuble serait légalement tenu de céder un passage, en dehors de l'existence d'une obligation légale en ce sens. D'un point de vue systématique, l'art. 694 al. 2 CC se conçoit comme une suite de l'art. 694 al. 1 CC, et non comme une norme indépendante¹¹⁸³. 740

2° D'autre part, cette cause d'extinction n'est pas propice à la **sécurité du droit** et augmente le risque de **jugements contradictoires**. En effet, un premier juge pourrait estimer que l'extinction de la servitude se justifie au motif qu'elle devrait grever un autre immeuble ; dans une procédure ultérieure en octroi du droit de passage nécessaire intentée contre le propriétaire de cet autre immeuble, un second juge pourrait rejeter l'action au motif le propriétaire attrait n'est pas le bon. D'un point de vue pragmatique, cette possibilité est donc également à proscrire. 741

Quoi qu'il en soit, même à admettre l'opinion selon laquelle le grevé pourrait exiger l'extinction de la servitude au motif qu'elle devrait être déplacée sur un autre immeuble, le **critère d'antériorité** demeure le critère déterminant pour 742

¹¹⁸⁰ BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 93 ; LIVER, Das Eigentum, p. 273 ; CARONI-RUDOLF, p. 163 ; BAUMGARTNER, p. 58.

¹¹⁸¹ BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 93 ; BAUMGARTNER, p. 58.

¹¹⁸² Voir *supra* § 295 ss.

¹¹⁸³ Voir *supra* § 296.

désigner l'immeuble à grever (art. 694 al. 2 CC). En effet, le critère du moindre dommage ne prime que dans des situations exceptionnelles¹¹⁸⁴. Or, dans la présente situation, il existe un accès garanti sous la forme d'une servitude foncière (*i.e.* le droit de passage nécessaire). C'est dire que l'état antérieur des voies d'accès désigne *a priori* l'immeuble actuellement grevé du passage nécessaire. Aussi, on peine à voir ce qui justifierait de suivre les opinions de A. MEIER-HAYOZ et de W. BAUMGARTNER¹¹⁸⁵, en se replaçant elliptiquement au moment de la constitution de la servitude. En conséquence, il sera en tout état de cause peu probable d'aboutir à la conclusion que l'art. 694 al. 2 CC désigne un autre immeuble comme nouveau fonds servant que celui d'ores et déjà grevé du passage nécessaire¹¹⁸⁶.

§ III. L'extinction proprement dite

A. Généralités

743 L'extinction des servitudes foncières fait l'objet des art. 734 à 736 CC. D'autres modes d'extinction sont également possibles¹¹⁸⁷. D'une manière générale, on distingue l'extinction moyennant une radiation de la servitude au registre foncier (radiation dite extinctive) de l'extinction indépendante d'une radiation (radiation dite rectificative). L'objectif du développement à suivre n'étant pas de discuter individuellement de chaque mode d'extinction, seuls seront examinés les moyens à disposition du propriétaire grevé pour demander l'extinction du droit de passage nécessaire grevant son immeuble.

744 A titre liminaire, il convient encore de préciser que l'extinction de la servitude légale de passage ne dépend pas des modalités de sa constitution (sauf en cas de dispositions contractuelles prévoyant un régime particulier) ; ainsi, l'octroi

¹¹⁸⁴ Voir *supra* § 299.

¹¹⁸⁵ BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 93 ; BAUMGARTNER, p. 58.

¹¹⁸⁶ On pourrait toutefois penser à une situation où le critère du dommage devrait exceptionnellement primer sur celui de l'antériorité des voies d'accès (cf. *supra* § 299) : prenons l'exemple d'un immeuble A, situé en bordure de la route publique X, et grevé d'une servitude de passage nécessaire en faveur de l'immeuble Z, entièrement enclavé. L'immeuble B, également situé en bordure de la route publique X, est contigu aux immeubles A et Z. Dans le cadre d'un grand projet de développement urbain, il est prévu qu'une partie de l'immeuble B serve de chemin d'accès aux constructions projetées dans la zone de développement. Il serait alors concevable d'exiger l'extinction de la servitude de passage sur l'immeuble A, pour la constituer nouvellement sur l'immeuble B, dans la mesure où la servitude ne causerait alors quasiment aucun dommage.

¹¹⁸⁷ Pour un aperçu général, voir CR CC II-ARGUL, art. 734 CC n. 1 ss ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3378 ss ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 232 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1297 ss.

judiciaire ou conventionnel de la servitude légale est sans incidence sur son mode d'extinction¹¹⁸⁸.

B. Les solutions retenues en doctrine

En présence d'un motif d'extinction, la doctrine s'est interrogée sur la manière d'obtenir la radiation de la servitude légale, eu égard à ses particularités. Les **trois courants suivants** se dégagent :

1° Un premier courant plaide en faveur d'une **radiation d'office de la servitude légale sur la base de l'art. 976 CC**¹¹⁸⁹, au motif que l'inscription aurait perdu toute valeur juridique (cf. titre marginal de l'art. 976 CC : « inscriptions indubitablement sans valeur juridique »).

A noter que depuis l'entrée en vigueur de **l'art. 976a CC** au 1^{er} janvier 2012, le propriétaire grevé peut également requérir la radiation des inscriptions « très vraisemblablement dépourvues de valeur juridique ». La vraisemblance doit alors être qualifiée, la simple vraisemblance de la perte de valeur du droit étant insuffisante¹¹⁹⁰.

2° Un deuxième courant plaide en faveur d'une **action personnelle en radiation constitutive de la servitude**¹¹⁹¹. Cette action se fonderait sur l'extinction du titre légal de la servitude, compte tenu de la survenance d'une condition résolutoire (*i.e.* la fin de l'état de nécessité)¹¹⁹². L'avènement de la condition n'aurait pas d'effet réel, mais ouvrirait un droit personnel à la radiation judiciaire de la servitude¹¹⁹³.

Ce raisonnement, défendu par D. PIOTET, élude cependant la problématique de la base légale à l'action judiciaire : l'auteur exclut

¹¹⁸⁸ BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 29 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 95 ; SUTTER-SOMM, n. 846.

¹¹⁸⁹ Dans ce sens : BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 29 ; SUTTER-SOMM, n. 846.

¹¹⁹⁰ CR CC II-MOOSER, art. 976a CC n. 2 ; BSK ZGB II-SCHMID, art. 976a CC n. 4. Voir également la version allemande de l'art. 976a CC : « *höchstwahrscheinlich keine Bedeutung* ».

¹¹⁹¹ Dans ce sens : CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 38 ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 258.

¹¹⁹² CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 38 ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 258.

¹¹⁹³ Sur les effets de l'avènement d'une condition résolutoire, voir ATF 133 III 641, consid. 3. Voir encore : CR CO I-PICHONNAZ, art. 154 CO n. 17 ss, notamment n. 23 et 26 ; PIOTET/AMIGUET, p. 64. En général, sur la possibilité de la soumission des servitudes foncières à une condition résolutoire, voir PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 109 ss ; PRADERVAND-KERNEN, Les moyens, p. 575 ss et GALLAND, Le contenu, p. 23 ss.

expressément que dite action se fonde sur l'art. 975 CC ou sur l'art. 736 CC¹¹⁹⁴. Convient-il alors de requérir la radiation formatrice de la servitude sur la base d'une application analogique de l'art. 665 CC ? Convient-il de procéder par le biais d'une action visant à la constatation de l'extinction du titre légal (art. 88 CPC) ? L'auteur ne nous livre pas sa réponse.

750 3° Un troisième courant plaide enfin en faveur d'une **libération judiciaire selon l'art. 736 CC**¹¹⁹⁵. Selon cette disposition, le propriétaire grevé peut exiger la radiation d'une servitude qui a perdu toute utilité pour le fonds dominant (al. 1) ; il peut obtenir, contre indemnité¹¹⁹⁶, la libération totale ou partielle d'une servitude qui ne conserve qu'une utilité réduite, hors de proportion avec les charges imposées au fonds servant (al. 2)¹¹⁹⁷.

751 L'utilité pour le fonds dominant correspond à l'intérêt du propriétaire du fonds dominant à l'exercice de la servitude selon son objet et son étendue ; elle se définit conformément au **principe de l'identité de la servitude**, selon lequel une servitude ne peut être maintenue dans un autre but que celui pour lequel elle a été constituée¹¹⁹⁸.

752 A noter enfin que la **nature de l'action** tirée de l'art. 736 al. 1 ou al. 2 CC est controversée : certains l'appréhendent comme une action formatrice (art. 87 CPC) éteignant la servitude avec effet constitutif¹¹⁹⁹, d'autres comme une action déclaratoire (art. 88 CPC) visant à constater que la servitude s'est éteinte de par la loi¹²⁰⁰. A notre avis, dans la mesure où la

¹¹⁹⁴ PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 258 et 275.

¹¹⁹⁵ Dans ce sens : BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 97 ; CARONI-RUDOLF, p. 159 et 161 ; BAUMGARTNER, p. 58 s ; BESSON, p. 276. Plus nuancés : CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 40, en contradiction avec lui-même, semble-t-il, *in* PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 258 (« [s]i la servitude a pour titre la loi, qu'elle ait été constituée par jugement ou par convention exécutant le titre légal, l'art. 736 al. 1 CC est inapplicable ») ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 30.

¹¹⁹⁶ À noter que le texte français, contrairement aux textes allemand (« *gegen Entschädigung* ») et italien (« *mediante indennità* »), omet malencontreusement de se référer à l'indemnisation.

¹¹⁹⁷ Pour une analyse des éléments de l'action, voir notamment : STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3413 ss ; CPra Actions-BOHNET, § 52 n. 20 ss ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 736 CC n. 9 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1308 ss.

¹¹⁹⁸ ATF 132 III 651 *in* SJ 2007 I 165, consid. 8 ; ATF 130 III 554 *in* JdT 2004 I 252, consid. 2 ; TF 5A_770/1027 du 24 mai 2018, consid. 4.1 ; TF 5A_360/2014 du 28 octobre 2014, consid. 4.1.

¹¹⁹⁹ Dans ce sens, pour l'art. 736 al. 1 CC : BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 736 CC n. 23 ; pour l'art. 736 al. 2 CC : CR CC II-ARGUL, art. 736 n. 17 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 736 CC n. 23 ; CPra Actions-BOHNET, § 52 n. 7 ; ARGUL GROSSRIEDER, n. 544.

¹²⁰⁰ Dans ce sens, pour l'art. 736 al. 1 CC : CR CC II-ARGUL, art. 736 n. 171 ; CPra Actions-BOHNET, § 52 n. 7 ; ZK-LIVER, art. 736 CC n. 177 STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3424 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1314 ; ARGUL GROSSRIEDER, n. 773 ; pour l'art. 736 al. 2 CC : ZK-LIVER, art. 736 CC n. 177 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3432 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1314.

loi traite expressément de la « libération judiciaire » des servitudes, une extinction *ipso iure* de la servitude foncière ne se justifie pas (ce d'autant plus lorsque la libération est conditionnée à l'indemnisation du propriétaire du fonds dominant).

C. Notre avis

Le premier courant doctrinal en faveur d'une radiation hors procédure judiciaire ne saurait être approuvé. Le cas envisagé ne figure en effet pas dans l'énumération de l'art. 976 CC. En outre, il est douteux que le conservateur du registre foncier accepte de procéder à une telle radiation : le registre foncier n'est en effet pas armé pour constater de lui-même la réalisation d'un des motifs d'extinction de l'art. 694 CC (y compris sous l'angle de la vraisemblance qualifiée de l'art. 976a CC)¹²⁰¹. Il en découle une **obligation de saisir le juge** ; seul celui-ci dispose en effet des moyens d'investigation nécessaires pour constater l'existence d'une cause d'extinction. 753

Les deuxième et troisième courants doctrinaux appréhendent le motif d'extinction de deux manières différentes : en tant que condition résolutoire affectant le titre légal de la servitude pour l'un ; sur la base du principe de l'identité de la servitude pour l'autre. En réalité, ces deux raisonnements se confondent largement¹²⁰² et aboutissent au même résultat, à savoir celui d'une extinction de la servitude par la voie judiciaire. **La controverse étant purement théorique, la libération judiciaire de l'art. 736 CC doit être préférée** : en effet, on voit mal pourquoi complexifier la résolution d'une situation alors qu'existe une disposition légale claire dans les articles consacrés aux servitudes foncières permettant d'obtenir dite libération. 754

A cela s'ajoute que le Tribunal fédéral, dans un ATF 130 III 554 concernant la libération judiciaire d'une servitude de passage conventionnelle, s'est penché sur la notion de « perte de l'utilité » selon l'art. 736 al. 1 CC, à l'aune du principe de l'identité de la servitude. Dans un *obiter dictum*, il a affirmé qu'un droit de passage nécessaire perdait son utilité au sens de cette disposition lorsque la nécessité du passage prenait fin – même si le passage conservait une utilité réduite pour son ayant droit¹²⁰³. Cela revient à valider, sur le principe, la 755

¹²⁰¹ On peut rapprocher ce cas de la radiation d'une hypothèque dont la créance garantie a été remboursée : dans ce cas également, le conservateur ne peut pas procéder de son seul gré à la radiation de l'hypothèque. Voir notamment : CR CC II-MOOSER, art. 976 CC n. 15 et art. 976a CC n. 4 ; BSK ZGB II-SCHMID, art. 976a CC n. 9 ; ARGUL GROSSRIEDER, n. 909.

¹²⁰² Voir *supra* § 656.

¹²⁰³ ATF 130 III 555 in JdT 2004 I 245, consid. 3.3. Confirmé in TF 4A_412/2009 du 27 octobre 2009, consid. 6 ; TF 5D_176/2015 du 21 novembre 2016 in SJ 2017 I p. 193, consid. 2.1.

libération judiciaire d'un droit de passage nécessaire par le biais de l'art. 736 al. 1 CC.

756 Fort de ce qui précède, il convient d'appliquer l'art. 736 CC en lien avec l'art. 694 CC comme suit :

- lorsque le propriétaire du fonds dominant dispose d'une nouvelle issue sur la voie publique ou que l'état de nécessité prend fin (cf. motif d'extinction 2) et 3) *supra*¹²⁰⁴), le propriétaire grevé peut exiger la radiation de la servitude selon l'art. 736 al. 1 CC, au motif que la servitude a perdu toute utilité compte tenu de son but initial ;
- en cas de disproportion entre la charge imposée et la nécessité du passage (cf. motif d'extinction 4) *supra*¹²⁰⁵), le propriétaire grevé peut exiger la radiation de la servitude selon l'art. 736 al. 2 CC (soit moyennant indemnité¹²⁰⁶).

§ IV. Quid d'une restitution de l'indemnité ?

757 La question d'une éventuelle **restitution partielle** de l'indemnité versée au propriétaire de l'immeuble grevé du passage nécessaire fait débat. Pour rappel, la « pleine indemnité » prévue à l'art. 694 al. 1 CC a été définie comme une conséquence de l'existence de la créance légale en octroi du droit de passage nécessaire et une condition à la constitution dudit droit¹²⁰⁷.

758 Il est peu contestable qu'un dégrèvement augmente la valeur du fonds servant et que le propriétaire grevé retire donc un avantage de l'extinction de la servitude. Cela ouvre-t-il pour autant la voie à une **prétention indépendante de l'art. 736 al. 2 CC en restitution de l'indemnité** (*Rückforderungsanspruch*) ? En effet, l'argument des auteurs favorables à une restitution partielle de l'indemnité est propre aux servitudes légales et se fonde sur le constat que le dommage compensé par l'indemnité versée est finalement moins important qu'initialement envisagé¹²⁰⁸.

¹²⁰⁴ Voir *supra* § 725 ss et § 729 ss.

¹²⁰⁵ Voir *supra* § 733 ss.

¹²⁰⁶ Voir *infra* § 772 s.

¹²⁰⁷ Voir *supra* § 323 ss.

¹²⁰⁸ ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 24 ; ARGUL GROSSRIEDER, n. 771 ; TEMPERLI, p. 111 ss ; PITTET, p. 58 s.

La doctrine majoritaire semble favorable au principe d'une restitution partielle de l'indemnité versée en contrepartie de la constitution du droit¹²⁰⁹, parfois avec quelques nuances¹²¹⁰. A l'inverse, d'autres auteurs excluent l'existence d'une prétention en ce sens¹²¹¹, ou encore s'abstiennent d'un avis tranché sur la question¹²¹². 759

A notre sens, l'admission d'un droit à une restitution partielle de l'indemnité versée pose **trois problèmes** principaux : 760

1° **Un problème de calcul**¹²¹³ : l'indemnité prévue à l'art. 694 al. 1 CC se calcule selon les règles relatives à l'expropriation (non sans difficulté compte tenu de l'absence de valeur vénale propre de la servitude) ; elle vise à compenser la dépréciation de l'immeuble grevé, soit à réparer le dommage causé au propriétaire grevé par la constitution du droit de passage¹²¹⁴. Partant du postulat d'une servitude perpétuelle, la durée prévisible du droit n'est, sauf exception, pas prise en compte dans le calcul de l'indemnité. Or, **la durée d'existence du droit de passage est déterminante** pour fixer un hypothétique montant à restituer¹²¹⁵. 761

Se pose donc l'irrésoluble question de la **mise en adéquation de deux bases du calcul qui diffèrent fondamentalement**. P. PIOTET propose de restituer la « valeur capitalisée du droit supprimé pour le futur »¹²¹⁶ ; A. MEIER-HAYOZ suggère de restituer la différence entre, d'une part, le montant qui aurait été payé jusqu'à l'extinction de la servitude si l'indemnité avait été convenue sous forme de rente, et, d'autre part, l'indemnité versée en capital, déduction faite des coûts fixes¹²¹⁷ ; M. ARGUL GROSSRIEDER et M. PITTET se réfèrent quant à eux d'une manière générale 762

¹²⁰⁹ CR CC II-PIOTET, art. 694 CC n. 39 ; ZK-HAAB, art. 694, 695, 696 CC n. 24 ; SUTTER-SOMM, n. 846 ; PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 259 ; ARGUL GROSSRIEDER, n. 771 ; TEMPERLI, p. 111 ss ; PITTET, p. 58 s.

¹²¹⁰ BSK ZGB II-REV/STREBEL, art. 694 CC n. 31 ss ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 97.

¹²¹¹ BAUMGARTNER, p. 58 ; NEUENSCHWANDER, p. 419. Admet une exception pour le cas où le passage n'a encore été ni construit, ni utilisé : ZK-LIVER, art. 736 CC n. 180 ; LIVER, Das Eigentum, p. 273.

¹²¹² CARONI-RUDOLF, p. 164 s. ; BESSON, p. 276.

¹²¹³ Ce problème ne se pose pas si le versement de l'indemnité a été convenue sous forme de rente : dans ce cas, l'obligation de versement prend fin dès la radiation du droit de passage nécessaire (BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 97 ; PITTET, p. 58) ; c'est par ailleurs la solution du droit allemand, à teneur duquel l'indemnité est versée sous forme de rente et s'éteint à l'extinction de la servitude (§ 912 (2), 914 (1) et 917 (2) BGB).

¹²¹⁴ Voir *supra* § 330 ss.

¹²¹⁵ Dans ce sens : PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 259 ; ARGUL GROSSRIEDER, n. 771 ; PITTET, p. 58.

¹²¹⁶ CR CC II-PIOTET, art. 710 CC n. 12. Voir aussi, PIOTET D., Les droits réels limités en général, n. 259.

¹²¹⁷ BK-MEIER-HAYOZ, art. 694 CC n. 97.

aux critères de durée du droit et de dommage subi¹²¹⁸. C'est probablement à M. PITTET que l'on doit la meilleure synthèse de ce qui vient d'être exposé : « il faut convenir qu'il n'existe aucun système permettant de fixer la part qui doit être restituée¹²¹⁹ ».

763 A notre avis, un calcul prenant en compte la valeur du droit supprimé pour l'ancien propriétaire du fonds dominant est faux, puisque l'indemnité se rapporte à la dépréciation de l'immeuble grevé, et non à l'augmentation de valeur procurée au fonds dominant. Pour ce motif, la méthode suggérée par A. MEIER-HAYOZ emporte notre préférence, malgré le **caractère nécessairement aléatoire** qui découle d'un tel calcul rétrospectif.

764 Plus fondamentalement, on peut poser le principe que plus la durée d'exercice de la servitude est courte, plus la restitution de l'indemnité se justifie, et *vice versa* : alors qu'il semble à première vue inéquitable de renoncer au remboursement d'une indemnité si la servitude n'est exercée que pendant une brève durée, tel n'est pas le cas d'une servitude ayant servi pendant cinquante ou cent ans. Pour cette raison, P. LIVER suggère que la créance en restitution de l'indemnité soit en toute hypothèse consommée après un délai de trente ans¹²²⁰.

765 2° **Un problème de détermination du cercle des titulaires et des obligés** : ce problème découle du fait que l'obligation de tolérer le passage est durable et lie les propriétaires actuels des fonds voisins, alors que le paiement de l'indemnité a été effectué par les propriétaires en place à l'époque de la constitution du droit.

766 En cas de transfert à titre particulier de la **propriété du fonds dominant**, il semble peu justifié de « restituer » au propriétaire actuel du fonds dominant une indemnité qu'il n'a pas lui-même versée¹²²¹ ; de même, une restitution à l'ancien propriétaire du fonds dominant paraît inutilement compliquée : d'une part, ce dernier ne perd aucun avantage du fait de l'extinction du droit de passage en faveur d'un immeuble qui ne lui appartient plus ; d'autre part, il n'est probablement pas même informé de l'existence d'un motif d'extinction de la servitude.

¹²¹⁸ ARGUL GROSSRIEDER, n. 771 ; PITTET, p. 59.

¹²¹⁹ PITTET, p. 58.

¹²²⁰ P. LIVER, *Das Eigentum*, p. 274.

¹²²¹ Dans ce sens également : ZK-LIVER, art. 736 CC n. 180.

En cas de transfert à titre particulier de la **propriété du fonds servant**, il s'avère là encore inéquitable d'exiger du propriétaire grevé actuel la « restitution » d'une indemnité qu'il n'a pas lui-même reçue ; de même, il semble injuste d'exiger de l'ancien propriétaire du fonds servant qu'il restitue une partie de l'indemnité reçue à l'époque de la constitution du droit, alors qu'il ne retire aucun avantage de l'extinction de la servitude à charge d'un immeuble qui ne lui appartient plus. 767

Au vu de ce qui précède, une « restitution » à proprement parler n'a de sens que si les propriétaires n'ont pas changé entre le moment de la constitution de la servitude de passage et celui de son extinction¹²²². 768

3° **Un problème de base légale** : au contraire de certaines législations européennes¹²²³, le Code civil suisse ne contient aucune disposition prévoyant la restitution de l'indemnité en cas d'extinction d'une servitude légale. 769

Une construction juridique fondée sur l'**enrichissement illégitime**, au motif que la cause en vertu de laquelle a été faite la prestation (*i.e.* l'existence d'un état de nécessité) s'est éteinte, est boiteuse à plusieurs égards¹²²⁴. En effet, l'acte consistant dans le paiement de l'indemnité ne constitue pas un appauvrissement puisque le propriétaire du fonds dominant est simultanément mis au bénéfice d'un droit de passage qui augmente la valeur de son immeuble ; l'appauvrissement ne peut ainsi intervenir qu'au moment de la radiation de la servitude. Seul peut alors être appauvri le propriétaire du fonds dominant demeuré inchangé entre le moment de la constitution de la servitude et celui de sa radiation. Suivant la même logique, seul peut être enrichi le propriétaire grevé qui a touché une trop grande indemnité par rapport à la durée réduite de la charge ayant pesé sur son immeuble. Sauf à remettre en cause les conditions de l'art. 62 CO (*a fortiori*, celle du rapport de connexité entre 770

¹²²² Du même avis, semble-t-il : BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 694 CC n. 31.

¹²²³ En droit italien, voir l'art. 1055 du *Codice Civile* : « [...] Quest'ultimo deve restituire il compenso ricevuto ; ma l'autorità giudiziaria può disporre una riduzione della somma, avuto riguardo alla durata della servitù e al danno sofferto. ». En droit autrichien, voir § 24 *Gesetz vom 7. Juli 1896, betreffend die Einräumung von Nothwegen* : « Wird eine auf Grund dieses Gesetzes eingeräumte Nothwegeservitut in der Folge entbehrlich, so hat das Gericht auf Ansuchen der einen oder anderen Partei nach vorgenommener Prüfung der Sachlage hierüber ein Erkenntnis zu fällen und mit sorgfältiger Bedachtnahme auf alle maßgebenden Verhältnisse nach Billigkeit zu bestimmen, ob dem Eigenthümer des herrschenden Gutes ein Theil des seinerzeit entrichteten Entschädigungscapitales und in welcher Höhe von dem Eigenthümer der dienstbaren Liegenschaft zurückzuerstatten sei. [...] ». A noter que ces dispositions laissent une grande marge d'appréciation à l'autorité judiciaire.

¹²²⁴ Dans ce sens également, sans plus de développements : ZK-LIVER, art. 736 CC n. 180 ; PITTET, p. 58 s. ; BAUMGARTNER, p. 59.

l'appauvrissement de l'un et l'enrichissement de l'autre), il en découle que la prétention en enrichissement illégitime est **en tout état exclue lorsque l'un des propriétaires a changé** entre la constitution et la radiation du passage nécessaire.

- 771 A cela s'ajoute l'application de l'**art. 63 CC**, à teneur duquel lorsque l'enrichissement provient d'un paiement volontaire de l'appauvri, ce dernier n'a droit à répétition que s'il était dans l'erreur. Or, la preuve d'une erreur sera difficile à apporter, puisque la durée de la servitude légale est par nature liée à la durée de la nécessité. Cela est d'autant plus vrai lorsque le droit de passage nécessaire est constitué sur une base conventionnelle : il appartient en effet au propriétaire du fonds dominant qui le souhaite de prévoir un mécanisme de restitution de l'indemnité en cas d'extinction de la servitude¹²²⁵, sans quoi il lui sera difficile d'invoquer l'existence d'une erreur au moment du versement de l'indemnité.
- 772 L'exposé de ces trois problèmes (qui se recoupent en partie) plaide en faveur d'une **absence de droit propre à la restitution de l'indemnité fondé sur la nature légale de la servitude**. Il convient à notre avis de s'en tenir au mécanisme prévu par l'art. 736 CC : le propriétaire du fonds dominant n'a droit à aucune indemnité si la servitude est radiée en raison de la fin de l'état de nécessité (art. 736 al. 1 CC) ; cela se justifie, puisque la radiation ne le prive alors d'aucun avantage quant au désenclavement que le passage nécessaire visait à garantir¹²²⁶. En revanche, une indemnité est due si la servitude est radiée en raison de l'existence d'une disproportion (art. 736 al. 2 CC¹²²⁷) : l'extinction de la servitude fait alors renaître l'état de nécessité (et peut impliquer, pour le propriétaire précédemment au bénéfice de la servitude, de solliciter l'octroi d'un passage nécessaire envers un autre propriétaire, moyennant indemnité¹²²⁸).
- 773 L'**indemnité prévue à l'art. 736 al. 2 CC** se calcule alors selon les règles relatives à l'expropriation (à savoir selon la dépréciation du fonds dominant causée par la radiation de la servitude)¹²²⁹. En ce sens, le point de vue du calcul

¹²²⁵ Voir *supra* § 448 ss.

¹²²⁶ Dans ce sens : BESSON, p. 276.

¹²²⁷ L'art. 736 al. 2 CC prévoit en effet le versement d'une indemnité dans ses versions allemande (« *gegen Entschädigung* ») et italienne (« *mediante indennità* »), au contraire de la version française qui omet malencontreusement d'en faire état.

¹²²⁸ CARONI-RUDOLF, p. 164 s.

¹²²⁹ ATF 121 II 426 *in* JdT 1996 I 425, consid. 8a ; CR CC II-ARGÜL, art. 736 n. 16 ; BSK ZGB II-PETITPIERRE, art. 736 CC n. 19 ; ZK-LIVER, art. 736 CC n. 106 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, n. 3431 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1312 ; PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières, n. 261.

diffère de celui de l'indemnité prévue à l'art. 694 al. 1 CC, fondé sur la dépréciation du fonds servant. Cela ne devrait toutefois pas conduire à des résultats inéquitables, puisque l'art. 736 al. 2 CC ne s'applique qu'en cas d'augmentation de la charge imposée au fonds servant postérieurement à la constitution du droit¹²³⁰ ; partant, la dépréciation du fonds dominant du fait de la suppression du droit de passage ne devrait pas être supérieure à la dépréciation du fonds servant causé par l'existence du droit de passage.

Certes, l'absence d'un droit propre à la restitution de l'indemnité peut heurter le sentiment d'équité lorsque la nécessité du passage prend fin peu de temps après la constitution de la servitude : au gré des circonstances, l'indemnité payée par le propriétaire du fonds dominant en échange de la constitution du passage nécessaire semblera alors exagérément élevée. Cette situation n'est cependant pas propre aux servitudes légales ; il arrive également qu'une servitude volontaire soit radiée prématurément par l'application de l'art. 736 al. 1 CC. Rien ne justifie alors de construire une solution juridique boiteuse dans le seul but de favoriser la position du titulaire d'une servitude légale par rapport au titulaire d'une servitude volontaire. 774

¹²³⁰ Voir *supra* § 734.

Chapitre 4 : Synthèse de la troisième partie

Par souci de lisibilité, il convient de récapituler les principaux points abordés dans nos trois précédents chapitres : 775

1° Cette troisième partie a débuté par quelques considérations sur l'interprétation de la servitude (**Chapitre 1**). 776

Après un rappel de la gradation établie à l'art. 738 CC (n. 643 ss), nous nous sommes interrogée sur la détermination de la nature légale d'une servitude de passage existante : adoptant une position différente que celle actuellement défendue par le Tribunal fédéral (n. 654 ss), nous avons soutenu que la nature légale d'une servitude de passage, en tant que précision à l'inscription, pouvait ressortir des seules pièces justificatives figurant au registre foncier – pièces justificatives dont le contenu était alors de première importance (n. 663 ss). Par souci de clarté, nous avons apporté quelques précisions sur la détermination du contenu de la servitude (n. 670 ss). 777

2° Notre analyse s'est ensuite portée sur l'examen de quelques aspects choisis quant aux effets de la servitude étudiée (**Chapitre 2**). 778

En substance, il a été démontré que la servitude de passage nécessaire obéissait aux règles générales des art. 730 ss CC, notamment concernant les frais relatifs au passage (n. 684 ss), les besoins nouveaux du fonds dominant (n. 694 ss) et la modification de la servitude (n. 704 ss) ; dans nos développements y relatifs, les art. 741, 739, 742 et 743 CC ont été successivement commentés en lien avec les servitudes de passage. Ce faisant, les controverses doctrinales ou imprécisions jurisprudentielles sur l'application de certaines dispositions légales ont été clarifiées (sur l'art. 698 CC, voir n. 684 ss ; sur l'art. 693 CC, voir n. 708 ss), avec pour souci principal celui de dresser un cadre juridique clair et prévisible. L'accent a en outre été mis sur quelques problématiques liées à l'extension d'une servitude de passage existante par le biais de l'art. 694 CC en tant que correctif à l'art. 739 CC (n. 702). Nous avons enfin plaidé pour une application généreuse de l'art. 736 al. 2 CC dans le cadre d'un déplacement de l'assiette d'un droit de passage nécessaire à un endroit moins commode pour le propriétaire du fonds dominant (n. 712). 779

3° Le dernier chapitre de cette partie s'est concentré sur l'extinction de la servitude de passage nécessaire (**Chapitre 3**). 780

781 Dite extinction est intrinsèquement liée à la disparition de l'une des conditions inhérentes à la constitution de la servitude (n. 723) ; dès lors, nous avons examiné plusieurs situations concrètes telles que l'existence d'une nouvelle issue sur la voie publique (n. 725 ss), la fin de l'état de nécessité proprement dit (n. 729 ss), l'augmentation disproportionnée de la charge (n. 733 ss) et la possibilité de grever un autre immeuble du passage (n. 737 ss) - situations dont l'incidence sur le droit à la libération de la servitude a été commentée avec le souci sous-jacent de la sécurité du droit. Discutant ensuite de certaines solutions retenues par la doctrine sur le mode d'extinction de la servitude étudiée (n. 745 ss), nous nous sommes opposée à l'idée d'une radiation d'office du droit de passage nécessaire et avons préconisé la voie d'une libération judiciaire en application de l'art. 736 CC (n. 753 ss). Pour séduisante qu'elle soit, nous avons enfin rejeté l'idée d'une prétention indépendante en restitution de l'indemnité versée en contrepartie de la constitution de la servitude, qui nous a paru sinon *contra legem*, à tout le moins inopportune (n. 757 ss).

Conclusion

Pour un résumé, nous renvoyons à nos synthèses récapitulatives clôturant les trois parties de cette étude (cf. § 375 ss ; § 633 ss ; § 775 ss). 782

Notre cheminement intellectuel s'est articulé autour de trois grands axes, 783
desquels émane l'essentiel de nos développements et propositions.

Le premier est un plaidoyer en faveur de plus de perméabilité entre le droit 784
privé et le droit public, dans un souci d'unité d'ordre juridique. Les
problématiques d'accès aux parcelles relèvent par nature du droit privé et du
droit public ; il convient alors de lutter contre un système dualiste, qui, sous
couvert de l'uniformité du droit privé érigé en rempart, dessert avant tout la
lisibilité du système, et, par voie de conséquence, les intérêts des particuliers.

Il convient en particulier d'insister sur l'actuelle incohérence – parfois teintée 785
d'opportunisme ? – des tribunaux civils à vouloir tenir compte des décisions
d'octroi d'autorisation de construire, mais non des décisions de refus
d'autorisation de construire. Les décisions administratives sont ainsi valorisées
lorsqu'elles peuvent servir de motif de refus d'un droit de passage nécessaire ;
à l'inverse, elles sont tout bonnement ignorées lorsqu'elles pourraient servir de
motif à l'octroi d'un droit de passage nécessaire.

C'est un fait : l'insuffisance d'une issue se mesure à l'utilisation de l'immeuble 786
conformément à sa destination, à savoir selon les normes de droit public. A
elle seule, cette affirmation non contestée détruit le postulat d'indépendance
du droit privé, puisque les conditions d'octroi du passage nécessaire font
intervenir des notions de droit public. Autant donc embrasser ce constat, et
adopter une approche globale dans laquelle les juridictions civiles seraient
fondées à octroyer une servitude de passage nécessaire au motif que l'issue
actuelle d'un bien-fonds fait obstacle à l'octroi d'un permis de construire.

Le deuxième axe vise à valoriser la mise en balance des intérêts des 787
propriétaires voisins et une certaine liberté d'appréciation. En effet, en
présence d'une disposition du droit de voisinage dont le but est de tenir
compte des intérêts réciproques des propriétaires, seule une pesée des intérêts
en présence permet parfois de trancher dans un sens ou dans un autre.

Le recours à la pesée des intérêts vient ainsi dénouer des cas situés en « zone grise », notamment lorsqu'existe un doute quant au caractère suffisant ou non d'une issue envisagée ou quant au caractère rationnel ou non d'une construction projetée. En outre, au-delà des conditions d'octroi du passage nécessaire, la mise en balance des intérêts joue également le rôle de modérateur lorsque plusieurs fonds sont susceptibles d'être grevés du passage ou lorsque plusieurs assiettes sont considérées pour ce dernier. Elle peut enfin venir servir ou desservir la cause du propriétaire qui requiert le déplacement ou la radiation de la servitude grevant son immeuble. Bien souvent, c'est au juge saisi d'une action en octroi du passage nécessaire que reviendra la tâche de trancher ces points ; il le fera en appréciant librement les preuves recueillies (notamment par un transport sur place). Lors de sa décision finale, le juge sera enfin encouragé à répartir les frais en équité lorsque les circonstances le justifient.

- 789 Notre confiance en des solutions pondérées n'équivaut pas à un blanc-seing donné aux juridictions civiles. Celles-ci devront confronter chaque cas concret à l'examen des conditions légales d'octroi du droit au passage nécessaire. Pour guider les praticiens – qu'ils soient juristes, avocats ou magistrats – dans cet exercice, nous avons pris le parti de proposer une méthodologie de résolution basée sur une casuistique, plutôt que de tenter d'établir des règles rigides. Ce faisant, nous espérons que notre lecteur ne sera pas déçu si notre thèse ne lui livre pas sur un plateau la solution à son problème. Comment pourrait-il toutefois en être autrement dans l'étude d'une disposition légale qui définit ce qui est nécessaire en fonction de ce qui est suffisant ?
- 790 Le troisième et dernier axe vient quelque peu tempérer nos précédentes prises de position, en postulant pour un certain formalisme au stade de la constitution proprement dite de la servitude, de ses effets et de son extinction. En effet, passé l'examen de la créance légale abstraite, la sécurité du droit exige que la concrétisation du droit de passage nécessaire, en sa qualité de servitude foncière, réponde à certains impératifs de rigueur et de lisibilité.
- 791 De rigueur, il en a notamment été question lorsque nous nous sommes prononcée en faveur du respect de la forme authentique pour le contrat constitutif de servitude de passage et à l'encontre de la nature formatrice du jugement en octroi du passage nécessaire (faute de moyens de garantir l'exécution simultanée de la constitution de la servitude d'une part et du paiement de l'indemnité d'autre part). Quant au souci de lisibilité, il nous a convaincue de nous opposer à l'appréhension du droit de passage (et plus largement, des servitudes légales) en tant qu'ovni juridique qui répondrait à des règles éparses et particulières. La servitude de passage nécessaire est avant tout une servitude foncière obéissant aux règles des art. 730 ss CC, que ce soit

en terme d'interprétation, de prise en charge des frais d'entretien (selon l'art. 741 CC et non selon l'art. 698 CC), d'aggravation, de modification et finalement d'extinction (selon l'art. 736 CC et non d'office, qui plus est sans restitution partielle de l'indemnité).

Ces trois axes forment un équilibre dans lequel évolue la servitude étudiée et qui nous incite à une dernière remarque : nous avons conscience qu'à l'issue de cette thèse, l'on sera peut-être tenté de nous reprocher une certaine bienveillance face au propriétaire privé d'issue suffisante sur la voie publique. Cette bienveillance est assumée, et cela pour deux principales raisons. 792

D'une part, elle répond au constat qu'il est à ce jour extrêmement difficile, pour un propriétaire, d'obtenir judiciairement un droit de passage nécessaire. Cette difficulté tend à l'impossibilité lorsque ledit passage est réclamé au vu d'un projet de construction. S'il est justifié que l'obtention du passage nécessaire obéisse à des conditions strictes, la lecture de certains arrêts laisse la désagréable impression que toutes les opportunités sont saisies pour refuser l'octroi du passage. Cette thèse se veut donc un frein aux solutions de facilité consistant à prendre à la lettre le premier motif venu pour refuser l'octroi du passage nécessaire. 793

D'autre part, cette bienveillance est compensée par l'idée qu'une servitude légale est, pour reprendre le terme utilisé par E. HUBER pour décrire l'effet de certaines servitudes¹²³¹, un « fléau » (*Plage*) moindre qu'une servitude de passage volontaire. D'un certain point de vue, le droit de passage nécessaire est en effet une entrave moindre à la liberté de la propriété qu'une servitude volontaire : d'abord, parce que son existence est précarisée par son conditionnement au maintien d'un état de nécessité ; ensuite et surtout, parce que si sa constitution correspond certes à une restriction imposée à la propriété du propriétaire grevé, elle équivaut parallèlement à une extension de la propriété du voisin – extension nécessaire, s'il faut encore le rappeler. 794

¹²³¹ HUBER, p. 143 : «Die Dienstbarkeiten stellen sich im ganzen gegenüber der Freiheit des Grundeigentums als Anomalien dar und können, wenn sie eine übermäßige Ausdehnung erfahren, zu einer Plage werden, der in irgend einer Weise abgeholfen werden muss».

Bibliographie

ABBET Stéphane / VEUILLET Ambre, La mainlevée de l'opposition, commentaire des articles 79 à 84 LP, Berne 2017.

AMOOS PIGUET Mihaela, Art. 712a-712t CC, *in* P. PICHONNAZ / B. FOËX / D. PIOTET (édit.), Code civil II. Commentaire romand, Bâle 2016 (cité : CR CC II-AMOOS PIGUET).

ARGUL Maria Consuelo, Art. 730-743 CC, *in* P. PICHONNAZ / B. FOËX / D. PIOTET (édit.), Code civil II. Commentaire romand, Bâle 2016 (cité : CR CC II-ARGUL).

ARGUL GROSSRIEDER Maria Consuelo, Les causes d'extinction des servitudes foncières, thèse (Université de Fribourg), Zurich Bâle Genève 2005.

AUER Claude, Les chemins vicinaux de l'ancien droit civil genevois, *in* SJ 1999 II p. 41-46.

BASTONS BULLETTI Françoise, Note *ad* TF 4A_635/2017, *in* CPC online, Newsletter du 25 octobre 2018.

BAUMGARTNER Walter, Das Notwegrecht und das Notbrunnenrecht nach dem schweizerischen ZGB, thèse (Université de Berne), Berne 1930.

BELLANGER François, Les droits à bâtir : une notion virtuelle pour une valeur réelle, *in* Direkte Demokratie Herausforderungen zwischen Politik und Recht: Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Berne 2013, p. 287-307.

BERNARD Frédéric, L'indemnisation du propriétaire en cas d'ouvrage souterrain, *in* La sphère privée du propriétaire, Genève Zurich Bâle 2019, p. 95-118.

BESSON Charles, La suppression et l'adaptation des servitudes par le juge, *in* Journal des Tribunaux 1969 I p. 258-288.

BOHNET François, Actions civiles, Volume I : CC et LP, Commentaire pratique, 2^e éd., Bâle 2018 (cité : CPra Actions-BOHNET).

BOHNET François, Art. 84-88, 248-279 CPC, *in* F. BOHNET / J. HALDY / N. JEANDIN / P. SCHWEIZER / D. TAPPY, Code de procédure civile. Commentaire romand, Bâle 2019 (cité : CR CPC-BOHNET).

BOHNET François, CPC annoté, Neuchâtel 2016 (cité : CPC annoté-BOHNET).

BORLA-GEIER Eva, Art. 70-71 CPC, *in* A. BRUNNER / D. GASSER / I. SCHWANDER (édit.), ZPO Kommentar, 2^e éd., Zurich 2016 (cité: DIKE ZPO-BORLA-GEIER).

BOSSHART Jean-Jacques, Les restrictions légales indirectes de la propriété foncière, thèse (Université de Fribourg), Fribourg 1954.

BOVET Christian / RICHA Alexandre, Art. 305-318 CO, *in* L. THÉVENOZ / F. WERRO (édit.), Code des obligations I. Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I-BOVET/RICHA).

BOVEY Grégory, Art. 679-679a CC, *in* P. PICHONNAZ / B. FOËX / D. PIOTET (édit.), Code civil II. Commentaire romand, Bâle 2016 (cité : CR CC II-BOVEY).

BOVEY Grégory, La propriété foncière, *in* La réforme des droits réels immobiliers, Genève Zurich Bâle 2012, p. 23-42 (cité : BOVEY, La propriété foncière).

BRÜCKNER Christian, Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufsrechts bzw. Rückkaufsrechts), *in* A. KOLLER (édit.), Das Grundstückkauf, 2^e éd., Berne 2001, p. 503-550.

BRUNNER Christoph / WICHTERMANN Jürg, Art. 646-651a CC, *in* T. GEISER / S. WOLF (édit.), Zivilgesetzbuch II. Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN).

BRUNNER Norbert, Art. 236-240 CPC, *in* K. SPÜHLER / L. TENCHIO / D. INFANGER (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-BRUNNER).

CARONI-RUDOLF Karin, Der Notweg, thèse (Université de Berne), Berne 1969.

DEFAGO GAUDIN Valérie, La propriété par étages en droit public, *in* La propriété par étages aujourd'hui, Genève Zurich Bâle 2016, p. 123-146.

DESCHENEUX Henri, Le titre préliminaire du Code civil, *Traité de droit privé suisse*, vol. II/1, 1^{ère} éd., Fribourg 1969 (cité : DESCHENEUX, Titre préliminaire).

DESCHENEUX Henri, Obligations propter rem, *in Jus et lex : Festschrift Gutzwiller*, Bâle 1959, p. 711-747 (cité : DESCHENEUX, Obligations propter rem).

DOLGE Annette, Art. 177-189 CPC, *in* K. SPÜHLER / L. TENCHIO / D. INFANGER (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar*, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-DOLGE).

DORSCHNER Sophie, Art. 84-86 CPC, *in* K. SPÜHLER / L. TENCHIO / D. INFANGER (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar*, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-DORSCHNER).

DROESE Lorenz, Art. 335-341 CPC, *in* K. SPÜHLER / L. TENCHIO / D. INFANGER (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar*, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-DROESE).

DUBOIS Thierry, Art. 812-823 CC, *in* P. PICHONNAZ / B. FOËX / D. PIOTET (édit.), *Code civil II. Commentaire romand*, Bâle 2016 (cité : CR CC II-DUBOIS).

DUBOIS Thierry, La modification du rang des droits de gage immobiliers ensuite de convention de postposition, thèse (Université de Lausanne), Lausanne 2003 (cité : DUBOIS, La modification du rang).

EGGS Raphaël, Les « autres préjudices » de l'expropriation, thèse (Université de Fribourg), Zurich 2013.

ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., Berne 1997.

FARINE FABBRO Alexandra, Quelques problèmes pratiques liés à l'usufruit immobilier, *in* RNRF 82/2001 p. 201-210.

FASEL Urs, *Kommentar zur Grundbuchverordnung (GBV)*, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : GBV Komm. FASEL).

FASEL Urs, Art. 216-216e CO, *in* C. WIDMER LÜCHINGER / D. OSER (édit.), *Obligationenrecht I. Basler Kommentar*, 7^e éd., Bâle 2019 (cité : BSK OR I-FASEL).

FASEL Urs, *Sachenrechtliche Materialien von den ersten Entwürfen bis zum Gesetz 1912*, Bâle Genève Munich 2005 (cité : FASEL, *Sachenrechtliche Materialien*).

FLEISCHLI Hans, *Die Mehrbelastung nach Art. 739 ZGB*, thèse (Université de Fribourg), Fribourg 1980.

FOËX Bénédicte, Art. 216-221 CO, *in* L. THÉVENOZ / F. WERRO (édit.), *Code des obligations I. Commentaire romand*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I-FOËX).

FOËX Bénédicte, Art. 641-645 CC, *in* P. PICHONNAZ / B. FOËX / D. PIOTET (édit.), *Code civil II. Commentaire romand*, Bâle 2016 (cité : CR CC II-FOËX).

FOËX Bénédicte, *La jurisprudence récente de la Cour de Justice de Genève en matière de droits réels immobiliers*, *in* *Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier*, Genève Zurich Bâle 2007, p. 23-38 (cité : FOËX, *La jurisprudence récente*).

FOËX Bénédicte, *Le contrat constitutif de droit de superficie*, *in* *Le droit de superficie, Questions pratiques et d'actualité*, Bâle Neuchâtel 2016, p. 23-61 (cité : FOËX, *Le contrat constitutif de droit de superficie*).

FOËX Bénédicte, *Le droit d'emption - Questions choisies*, *in* *Les droits d'emption, de préemption et de réméré, Questions pratiques et d'actualité*, Bâle Neuchâtel 2017, p. 1-36 (cité : FOËX, *Le droit d'emption*).

FOURNIER Jacques, *Questions choisies de l'équipement*, *in* *Journées suisses du droit de la construction 2019*, p. 183-209.

FREI Nina J., Art. 78-82 CPC, *in* K. SPÜHLER / L. TENCHIO / D. INFANGER (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar*, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-FREI).

FÜLLEMANN Daniel, Art. 29-30 CPC, *in* A. BRUNNER / D. GASSER / I. SCHWANDER (édit.), *ZPO Kommentar*, 2^e éd., Zurich 2016 (cité : DIKE ZPO-FÜLLEMANN).

GABELLON Adrien / DELALOYE Ludivine, *Quelles solutions face à l'échec d'une expertise-arbitrage*, *in* *PJA 2018*, p. 617-623.

GALLAND Cyril, L'intérêt des servitudes de même contenu que des restrictions légales à la propriété, *in* Not@lex 2013, p. 161-168 (cité : GALLAND, L'intérêt).

GALLAND Cyril, Le contenu des servitudes foncières, thèse (Université de Fribourg), Zurich 2013 (cité : GALLAND, Le contenu).

GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R. / SCHMID Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, vol. I, 10^e éd., Zurich 2014.

GÖKSU Tarkan, Art. 73-83 CPC, *in* A. BRUNNER / D. GASSER / I. SCHWANDER (édit.), ZPO Kommentar, 2^e éd., Zurich 2016 (cité : DIKE ZPO-GÖKSU).

GÖKSU Tarkan, Art. 667-712 CC, *in* P. BREITSCHMIDT / A. RUMO-JUNGO (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3^e éd., Zurich Bâle Genève 2016 (cité : CHK-GÖKSU).

GRABER Michael, Art. 83 CPC, *in* K. SPÜHLER / L. TENCHIO / D. INFANGER (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-GRABER).

GRAHAM-SIEGENTHALER Barbara, Verdichtung des Bodens und Sachenrecht, *in* La densification du territoire et son impact sur les transactions immobilières, Zurich 2019, p. 1-40.

GRODECKI Stéphane / DEFAGO-GAUDIN Valérie, La jurisprudence genevoise en matière d'aménagement du territoire et de droit public des constructions rendue en 2016, *in* RDAF 2017 I p. 1-33.

GUILLOD Olivier / STEFFEN Gabrielle, Art. 19-20 CO, *in* L. THÉVENOZ / F. WERRO (édit.), Code des obligations I. Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I-GUILLOD/STEFFEN).

HAAB Robert, Art. 694-696 CC, *in* R. HAAB / A. SIMONIUS / W. SCHERRER / D. ZOBL, Das Eigentum, Zürcher Kommentar, vol. IV.1, 2^e éd., Zurich 1929-1977 (cité : ZK-HAAB).

HALDY Jacques, Art. 1-45, 73-82 CPC, *in* F. BOHNET / J. HALDY / N. JEANDIN / P. SCHWEIZER / D. TAPPY, Code de procédure civile. Commentaire romand, Bâle 2019 (cité : CR CPC-HALDY).

HÄNNI Peter, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6^e éd., Berne 2016.

HERRLER Sebastian, § 917 BGB, *in* O. PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 79^e éd., Nördlingen 2020.

HITZ Flurina, Art. 655-666b CC, *in* P. BREITSCHMIDT / A. RUMO-JUNGO (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3^e éd., Zurich Bâle Genève 2016 (cité : CHK-HITZ).

HOHL Fabienne, Droit privé et droit public cantonal dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, *in* Propriété et liberté d'entreprendre, Genève Zurich Bâle 2016, p. 35-49 (cité : HOHL, Droit privé et droit public cantonal).

HOHL Fabienne, Droit privé fédéral et droit public cantonal : tendances actuelles de la jurisprudence en matière de droits réels, *in* Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Berne 2013, p. 35-45 (cité : HOHL, Tendances actuelles).

HOHL Fabienne, Le contrôle de l'interprétation des servitudes par le Tribunal fédéral, *in* RNR 90/2009 p. 73-80 (cité : HOHL, Le contrôle de l'interprétation).

HRUBESCH-MILLAUER Stephanie / GRAHAM-SIEGENTHALER Barbara / ROBERTO Vito, Sachenrecht, 5^e éd., Berne 2017.

HUBER Eugen, Schweizerisches Zivilgesetzbuch : Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, Vol. II, 2^e éd. Berne 1914.

HÜRLIMANN-KAUP Bettina, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, *in* Les servitudes et les cédulas hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil, Zurich 2012, p. 25-58 (cité : HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen).

JÄGGI Peter, Obligationenrecht Art. 1-17, Zürcher Kommentar, vol. V.1a, 3^e éd., Zurich 1973 (cité : ZK-JÄGGI).

JEANDIN Etienne, La profession de notaire, Genève Zurich 2017 (cité : JEANDIN E., La profession).

JEANDIN Etienne, Le devoir de conseil du notaire selon la loi genevoise sur le notariat : une « Genferei » exemplaire ? *in* La responsabilité pour l'information

fournie à titre professionnel, Genève Zurich Bâle 2009, p. 59-65 (cité : JEANDIN E., Le devoir de conseil).

JEANDIN Etienne, Les dispositions relatives aux servitudes et au droit de superficie, *in* La réforme des droits réels immobiliers, Genève Zurich Bâle 2012, p. 53-80 (cité : JEANDIN E., Les dispositions).

JEANDIN Nicolas, Art. 69-72, 83, 335-352 CPC, *in* F. BOHNET / J. HALDY / N. JEANDIN / P. SCHWEIZER / D. TAPPY, Code de procédure civile. Commentaire romand, Bâle 2019 (cité : CR CPC-JEANDIN).

JEANDIN Nicolas, L'arbitrage immobilier, *in* Propriété et liberté d'entreprendre, Genève Zurich Bâle 2016, p. 35-49 (cité : JEANDIN N., L'arbitrage immobilier).

JEANDIN Nicolas, La communauté et les copropriétaires en procédure, *in* La propriété par étages aujourd'hui, Genève Zurich Bâle 2016, p. 81-97 (cité : JEANDIN N., La communauté et les copropriétaires en procédure).

JEANDIN Nicolas, Le changement de légitimation en cours d'instance de lege lata et de lege futura, *in* RSPC 2009, p. 260-263 (cité : JEANDIN N., Le changement de légitimation).

JEANDIN Nicolas, Le contrat constitutif de servitude, *in* Les servitudes et les cédules hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil, Zurich 2012, p. 109-137 (cité : JEANDIN N., Le contrat constitutif de servitude).

JEANDIN Nicolas, Parties au procès : Mouvement et (r)évolution, Précis en vue du Code fédéral de procédure civile actuellement en préparation, Zurich Bâle Genève 2003 (cité : JEANDIN N., Parties au procès).

JEANDIN Nicolas / PEYROT Aude, Précis de procédure civile, Genève 2015.

JEANNERAT Eloi, Art. 19-20 LAT, *in* H. AEMISEGGER / P. MOOR / A. RUCH / P. TSCHANNEN (édit.), Commentaire pratique LAT : Planifier l'affectation, Zurich 2016.

JOMINI André, Art. 19 LAT, *in* H. AEMISEGGER / P. MOOR / A. RUCH / P. TSCHANNEN (édit.), Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Zurich 2010.

KELLERHALS Franz, Art. 335-346 CPC, *in* H. HAUSHEER / H. P. WALTER (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, vol. II, Berne 2012 (cité : BK ZPO-KELLERHALS).

KILLIAS Laurent, Art. 219-247 CPC, *in* H. HAUSHEER / H. P. WALTER (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, vol. II, Berne 2012 (cité : BK ZPO-KILLIAS).

KOLLER Alfred, Bemerkungen zum Urteil 5C.71/2006, *in* PJA 2008 p. 474-475 (cité : KOLLER, PJA 2008).

KOLLER Alfred, Erfüllung des Grundstückkaufvertrags und deren Sicherung, insbesondere in sachenrechtlicher Sicht, *in* A. KOLLER (édit.), Das Grundstückkauf, 3^e éd., Berne 2017, p. 131-160 (cité : KOLLER, Erfüllung).

KOLLER Alfred, Wegrechte - Auslegung, Ergänzung und verwandte Fragen, *in* Les servitudes et les cédulas hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil, J. SCHMID (édit.), Zurich 2012, p. 191-203 (cité : KOLLER, Wegrechte).

KRAMER Ernst A., Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Berner Kommentar, vol. VI.1.2., Berne 1991 (cité : BK- KRAMER).

KRAMER Ernst A. / SCHMIDLIN Bruno, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Berner Kommentar, vol. VI.1.1., Berne 1986 (cité : BK- KRAMER/SCHMIDLIN).

LACHAT David, Art. 253-273c CO, *in* L. THÉVENOZ / F. WERRO (édit.), Code des obligations I. Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I-LACHAT).

LIVER Peter, Das Eigentum, Schweizerisches Privatrecht, vol. V/1, Bâle 1977 (cité : LIVER, Das Eigentum).

LIVER Peter, Die Grunddienstbarkeiten, Zürcher Kommentar, vol. IV.2a.1, 3^e éd., Zurich 1980 (cité : ZK-LIVER).

LIVER Peter, Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen und Dienstbarkeiten in der Gesetzgebung und Lehre Frankreichs, Deutschlands, der Schweiz und Italiens, *in* Jus et lex : Festschrift Gutzwiller, Bâle 1959, p. 749 ss (cité : LIVER, Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen).

MARCHAND Sylvain, Art. 667-678, 793-811 CC, *in* P. PICHONNAZ / B. FOËX / D. PIOTET (édit.), Code civil II. Commentaire romand, Bâle 2016 (cité : CR CC II-MARCHAND).

MARCHAND Sylvain, La procédure d'instrumentation : droits réels, *in* La procédure d'instrumentation des actes authentiques, Zurich 2007, p. 147-167 (cité : MARCHAND, La procédure d'instrumentation).

MAURENBRECHER Benedikt / SCHÄRER Heinz, Art. 305-318 CO, *in* C. WIDMER LÜCHINGER / D. OSER (édit.), Obligationenrecht I. Basler Kommentar, 7^e éd., Bâle 2019 (cité : BSK OR I-MAURENBRECHER/SCHÄRER).

MEIER-HAYOZ Arthur, Das Eigentum, Berner Kommentar, vol. IV.1.1, 5^e éd., Berne 1981 (cité : BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil).

MEIER-HAYOZ Arthur, Grundeigentum I, Berner Kommentar, vol. IV 1.2, 3^e éd., Berne 1965 (cité : BK-MEIER-HAYOZ).

MEIER-HAYOZ Arthur, Grundeigentum II, Berner Kommentar, vol. IV 1.3, 3^e éd., Berne 1967-1975 (cité : BK-MEIER-HAYOZ).

MENGIARDI Reto, Die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten zugunsten und zu Lasten von Miteigentumsanteilen und Stockwerkeigentumseinheiten, thèse (Université de Berne), Berne 1972.

MERLINO Nicolas, Art. 21 LIFD, *in* Y. NOËL / F. AUBRY GIRARDIN (édit.), Impôt fédéral direct. Commentaire romand, Bâle 2017 (cité : CR LIFD-MERLINO).

MOOSER Michel, Art. 942-977 CC, *in* P. PICHONNAZ / B. FOËX / D. PIOTET (édit.), Code civil II. Commentaire romand, Bâle 2016 (cité : CR CC II-MOOSER).

MOOSER Michel, Des servitudes – une revue d'arrêts récents, *in* RNRF 88/2007 p. 420-438 (cité : MOOSER, Des servitudes).

MOOSER Michel, L'impact de la nouvelle ORF et de l'OAAE sur l'activité notariale, *in* RNRF 93/2012 p. 18-37 (cité : MOOSER, L'impact).

MOOSER Michel, La description de l'assiette d'une servitude, *in* RNRF 72/1991 p. 257-262 (cité : MOOSER, La description).

MOOSER Michel, Le droit notarial en Suisse, 2^e éd., Berne 2014 (cité : MOOSER, Le droit notarial).

MOOSER Michel, Les servitudes et les modifications de limites, *in* Les servitudes et les cédulas hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil, Zurich 2012, p. 169-189 (cité : MOOSER, Les modifications de limites).

MOOSER Michel, Présentation générale du sujet, *in* L'obligation d'informer du notaire, Zurich 2006, p. 45-63 (cité : MOOSER, Présentation générale).

MORIN Ariane, Art. 1-10 CO, *in* L. THÉVENOZ / F. WERRO (édit.), Code des obligations I. Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I-MORIN).

MÜLLER Pierre, Pièges et chausse-trappes en procédure civile, *in* SJ 2014 II p. 177-195.

NEUENSCHWANDER Urs, Die Leistungspflichten der Grundeigentümer im französischen Code Civil und im schweizerischen ZGB unter besondere Berücksichtigung des Nachbarrechts, thèse (Université de Berne), Zurich 1966.

PELLASCIO Michel, Art. 738 CC, *in* J. KREN KOSTKIEWICZ / S. WOLF / M. AMSTUTZ / R. FANKHAUSER (édit.), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3^e éd., Zurich 2016 (cité : OFK ZGB-PELLASCIO).

PERRUCHOUD Edmond, Art. 646-651a CC, *in* P. PICHONNAZ / B. FOËX / D. PIOTET (édit.), Code civil II. Commentaire romand, Bâle 2016 (cité : CR CC II-PERRUCHOUD).

PETER James T., Art. 29-30 CPC, *in* H. HAUSHEER / H. P. WALTER (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, vol. II, Berne 2012 (cité : BK ZPO-PETER).

PETITPIERRE Etienne, Art. 730-744 CC, *in* T. GEISER / S. WOLF (édit.), Zivilgesetzbuch II. Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-PETITPIERRE).

PFÄFFLI Roland, Das Bundesgericht und seine Praxis zum Dienstbarkeitsrecht, Jusletter du 22 janvier 2007 (cité : PFÄFFLI, Das Bundesgericht).

PFÄFFLI Roland, Dienstbarkeitsvertrag und grundbuchlicher Vollzug, *in* Les servitudes et les cédulas hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil, Zurich 2012, p. 79-108 (cité : PFÄFFLI, Dienstbarkeitsvertrag).

PFÄFFLI Roland, *Teilrevision des Sachenrechts : erste Erfahrungen*, in RNRF 93/2012 p. 372-396 (cité : PFÄFFLI, *Teilrevision*).

PICCININ Valentin, *La capacité et la qualité pour agir de la communauté des propriétaires d'étages en procédure de droit public*, in DC 2016 p. 317-319 (cité : PICCININ, DC 2016).

PICCININ Valentin, *La propriété par étages en procès*, thèse (Université de Fribourg), Zurich 2015 (cité : PICCININ, PPE en procès).

PICHONNAZ Pascal, Art. 151-157 CO, in L. THÉVENOZ / F. WERRO (édit.), *Code des obligations I. Commentaire romand*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I-PICHONNAZ).

PIOTET Denis, *Application en droit immobilier*, in *L'obligation d'informer du notaire*, Zurich 2006, p. 163-194 (cité : PIOTET D., *Application en droit immobilier*).

PIOTET Denis, Art. 8 CC, in P. PICHONNAZ / B. FOËX (édit.), *Code civil I. Commentaire romand*, Bâle 2010 (cité : CR CC I-PIOTET).

PIOTET Denis, Art. 680-712 CC, in P. PICHONNAZ / B. FOËX / D. PIOTET Denis (édit.), *Code civil II. Commentaire romand*, Bâle 2016 (cité : CR CC II-PIOTET).

PIOTET Denis, *Droit des successions et droits réels*, in *Journal des Tribunaux* 2010 I p. 51-57 (cité : PIOTET D. in JdT 2010 II).

PIOTET Denis, *Droit des successions et droits réels*, in *Journal des Tribunaux* 2011 II p. 147-154 (cité : PIOTET D. in JdT 2011 II).

PIOTET Denis, *Droit des successions et droits réels*, in *Journal des Tribunaux* 2016 II p. 147-153 (cité : PIOTET D. in JdT 2016 II).

PIOTET Denis, *L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : les principes*, in *Journal des Tribunaux* 2010 II p. 3-36 (cité : PIOTET D., *L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs*).

PIOTET Denis, *Le droit privé vaudois de la propriété foncière*, Lausanne 1991 (cité : PIOTET D., *Droit privé vaudois*).

PIOTET Denis, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, *Traité de droit privé suisse*, vol. V/2, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : PIOTET D., Les droits réels limités en général).

PIOTET Denis / AMIGUET Jean-Guillaume, Chronique de jurisprudence civile 2006 à 2007, *in Not@lex* 2008, p. 57-65.

PIOTET Denis / VERNAZ Matthieu, Chronique de jurisprudence civile et notariale, *in Not@lex* 2012, p. 71-74.

PIOTET Paul, Le contenu d'une servitude, sa modification conventionnelle et la protection de la bonne foi, *in RNRF* 81/2000 p. 284-288 (cité : PIOTET P., Le contenu d'une servitude).

PIOTET Paul, Le droit à l'hypothèque légale et le privilège de l'entrepreneur, notamment quand l'immeuble est acquis par un tiers ou réalisé dans une exécution forcée, *in RNRF* 49/1968 p. 193-215 (cité : PIOTET P., Le droit à l'hypothèque légale).

PIOTET Paul, Le droit de l'entrepreneur à une hypothèque légale en cas de réalisation forcée ou d'acquisition de bonne foi de l'immeuble, *in Contributions choisies*, Recueil offert par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de son 80^{ème} anniversaire, Zurich 2004, p. 519-533 (cité : PIOTET P., Le droit de l'entrepreneur).

PIOTET Paul, Les effets typiques des annotations au registre foncier, *in Contributions choisies*, Recueil offert par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de son 80^{ème} anniversaire, Zurich 2004, p. 455-488 (cité : PIOTET P., Les effets typiques).

PITTET Michel, Les servitudes légales, thèse (Université de Lausanne), Lausanne 1967.

PRADERVAND-KERNEN Maryse, Conflits de voisinage : vers une régulation par la médiation, *Jusletter* du 20 février 2017 (cité : PRADERVAND-KERNEN, Conflits de voisinage).

PRADERVAND-KERNEN Maryse, Développements récents en droits réels : aperçu des nouveautés introduites entre février 2015 et mai 2017, *in Revue de l'avocat* 2017, p. 325-330 (cité : PRADERVAND-KERNEN, Développements récents).

PRADERVAND-KERNEN Maryse, La valeur des servitudes foncières et du droit de superficie, thèse (Université de Fribourg), Zurich 2007 (cité : PRADERVAND-KERNEN, La valeur des servitudes foncières).

PRADERVAND-KERNEN Maryse, Les moyens de garantir la contre-prestation des servitudes, *in* Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Berne 2013, p. 563-578 (cité : PRADERVAND-KERNEN, Les moyens).

PRADERVAND-KERNEN Maryse, Les servitudes et la propriété par étages, *in* PPE 2015, Séminaire sur le droit du bail, Bâle 2015, p. 121-161 (cité : PRADERVAND-KERNEN, Les servitudes et la propriété par étages).

PRADERVAND-KERNEN Maryse, Obtention d'un accès suffisant en vue de la construction d'un immeuble : moyens de droit public et de droit privé, en particulier la constitution d'une servitude de passage nécessaire, *in* RNRF 97/2016 p. 377-400 (cité : PRADERVAND-KERNEN, Obtention d'un accès suffisant).

PRADERVAND-KERNEN Maryse, Propriété par étages et droit de voisinage, *in* PPE 2017, Séminaire sur le droit du bail, Bâle 2017, p. 133-167 (cité : PRADERVAND-KERNEN, Propriété par étages et droit de voisinage).

REY Heinz, Die Grunddienstbarkeiten, Berner Kommentar, vol. IV.2.1.1, 2^e éd., Berne 1981 (cité : BK-REY).

REY Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3^e éd., Berne 2007 (cité : REY, Sachenrecht).

REY Heinz, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1994 – Sachenrecht, *in* RJB 132/1996 p. 302-318 (cité : REY, RJB 1996).

REY Heinz / STREBEL Lorenz, Art. 664-712 CC, *in* T. GEISER / S. WOLF (édit.), Zivilgesetzbuch II. Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-REY/STREBEL).

RIEMER Hans Michael, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2^e éd., Berne 2000.

ROBICHON André, Les rapports de voisinage dans le Code civil suisse et la législation cantonale romande, thèse (Université de Fribourg), Lausanne 1914.

ROHNER Thomas, Art. 29-35 CPC, in M. GEHRI / I. JENT-SØRENSEN / M. SARBACH (édit.), ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd., Zurich 2015 (cité : OFK ZPO-ROHNER).

RUGGLE Peter, Art. 70-72 CPC, in K. SPÜHLER / L. TENCHIO / D. INFANGER (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-RUGGLE).

SCHMID Jörg, Das Dienstbarkeitsrecht im Lichte der Revision des Immobiliarsachenrechts, in RNRF 93/2012 p. 154-169 (cité : SCHMID, Das Dienstbarkeitsrecht).

SCHMID Jörg / HÜRLIMANN-KAUP Bettina, Sachenrecht, 5^e éd., Zurich 2017.

SCHMID Jürg, Art. 942-977 CC, in T. GEISER / S. WOLF (édit.), Zivilgesetzbuch II. Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-SCHMID).

SCHMID-TSCHIRREN Christina, Aktuelle Tendenzen im Grunddienstbarkeitsrecht, in Le notaire bernois, Berne 1999, p. 1-31 (cité : SCHMID-TSCHIRREN, Aktuelle Tendenzen).

SCHMID-TSCHIRREN Christina, Art. 730-792 CC, in A. BÜCHLER / D. JAKOB (édit.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kurzkommentar, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN).

SCHMID-TSCHIRREN Christina, Art. 793-823 CC, in T. GEISER / S. WOLF (édit.), Zivilgesetzbuch II. Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-SCHMID-TSCHIRREN).

SCHNYDER Bernhard, Vertragserfüllung und deren Sicherung in sachenrechtlicher Sicht, in A. KOLLER (édit.), Das Grundstückkauf, 2^e éd., Berne 2001, p. 131-174.

SCHWANDER Daniel, Art. 81-82 CPC, in T. SUTTER-SOMM / F. HASENBÖHLER / C. LEUENBERGER (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürcher Kommentar, 3^e éd., Zurich 2016 (cité : ZK ZPO-SCHWANDER).

SCHWEIZER Philippe, Art. 168-196 CPC, in F. BOHNET / J. HALDY / N. JEANDIN / P. SCHWEIZER / D. TAPPY, Code de procédure civile. Commentaire romand, Bâle 2019 (cité : CR CPC-SCHWEIZER).

SCHWENZER Ingeborg / FOUNTOULAKIS Christiana, Art. 11-17 CO, *in* C. WIDMER LÜCHINGER / D. OSER (édit.), *Obligationenrecht I. Basler Kommentar*, 7^e éd., Bâle 2019 (cité : BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS).

SIEGRIST Jean-Marc, *L'estimation des biens expropriés*, *in* *La maîtrise publique du sol : expropriation formelle et matérielle, préemption, contrôle du prix*, Genève Zurich Bâle 2009, p. 41-60.

SOMMER Monika, *Nachbarrecht*, 2^e éd., Zurich 2007.

SPRECHER Thomas, Art. 261-269 CPC, *in* K. SPÜHLER / L. TENCHIO / D. INFANGER (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar*, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-SPRECHER).

STAEHELIN Adrian / STAEHELIN Daniel / GROLIMUND Pascal, *Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 3^e éd., Zurich 2019.

STAEHELIN Daniel, Art. 81 LP, *in* T. BAUER / D. STAEHELIN (édit.), *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. Auflage*, Basler Kommentar, Bâle 2017 (cité : BSK SchKG EB-STAEHELIN).

STAEHELIN Daniel, Art. 335-346 CPC, *in* T. SUTTER-SOMM / F. HASENBÖHLER / C. LEUENBERGER (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürcher Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2016 (cité : ZK ZPO-STAEHELIN).

STAEHELIN Ernst / SCHWEIZER Silvia, Art. 66-77 CPC, *in* T. SUTTER-SOMM / F. HASENBÖHLER / C. LEUENBERGER (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürcher Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2016 (cité : ZK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER).

STEINAUER Paul-Henri, Art. 655-666a CC, *in* P. PICHONNAZ / B. FOËX / D. PIOTET (édit.), *Code civil II. Commentaire romand*, Bâle 2016 (cité : CR CC II-STEINAUER).

STEINAUER Paul-Henri, *Le titre préliminaire du code civil, Traité de droit privé suisse*, vol. II/1, 2^e éd., Bâle 2009 (cité : STEINAUER, Titre préliminaire).

STEINAUER Paul-Henri, *Les droits réels, Tome I*, 6^e éd., Berne 2019 (cité : STEINAUER, Droits réels, tome I).

STEINAUER Paul-Henri, Les droits réels, Tome II, 5^e éd., Berne 2020 (cité : STEINAUER, Droits réels, tome II).

STEINAUER Paul-Henri, Les droits réels, Tome III, 4^e éd., Berne 2012 (cité : STEINAUER, Droits réels, tome III).

STEINAUER Paul-Henri, Questions choisies en rapport avec la propriété par étages, *in* RVJ 1991 p. 285-316 (cité : STEINAUER, Questions choisies).

STEINAUER Paul-Henri, Servitudes foncières et droit de superficie : développements récents, *in* Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier, Genève Zurich Bâle 2007, p. 1-22 (cité : STEINAUER, Servitudes).

STEINAUER Paul- Henri / SCHMID Jörg / HÜRLIMANN-KAUP Bettina, Droits réels – Sachenrecht, *in* DC 2012 p. 92-96.

STREBEL Lorenz, Art. 655-663 CC, *in* T. GEISER / S. WOLF (édit.), Zivilgesetzbuch II. Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-STREBEL).

SUTTER-SOMM Thomas, Eigentum und Besitz, Schweizerisches Privatrecht, vol. V/1, 2^e éd., Bâle 2014.

SUTTER-SOMM Thomas / LÖTSCHER Cordula, Art. 29 CPC, *in* T. SUTTER-SOMM / F. HASENBÖHLER / C. LEUENBERGER (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürcher Kommentar, 3^e éd., Zurich 2016 (cité : ZK ZPO-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER).

TANQUEREL Thierry, Manuel de droit administratif, Zurich 2011.

TEMPERLI Alfred, Die Problematik bei der Aufhebung und Ablösung von Grunddienstbarkeiten, thèse (Université de Zurich), Zurich 1975.

TENCHIO Luca, Art. 29-30 CPC, *in* K. SPÜHLER / L. TENCHIO / D. INFANGER (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-TENCHIO).

TERCIER Pierre / BIERI Laurent / CARRON Blaise, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Zurich 2016.

TERCIER Pierre / PICHONNAZ Pascal, Le droit des obligations, 6^e éd., Zurich 2019.

- TERRÉ François / SIMLER Philippe, *Droit civil – Les biens*, 10^e éd., Paris 2018.
- TEVINI Sylvia, Art. 17 CO, *in* L. THÉVENOZ / F. WERRO (édit.), *Code des obligations I. Commentaire romand*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I-TEVINI).
- TREZZINI Francesco / BOHNET François, *L'expertise privée selon l'ATF 141 III 433 – Une preuve imparfaite issue d'un concept imparfait*, *in* RDS 2017 I, p. 367-374.
- TUOR Peter / SCHNYDER Bernhard / SCHMID Jörg / JUNGO Alexandra, *ZGB – Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14^e éd., Zurich 2015.
- VENTURA Damien, *L'abandon d'un droit réel*, thèse (Université de Lausanne), Zurich 2009.
- VISIONI-MEYER Claudia, Art. 347-352 CPC, *in* K. SPÜHLER / L. TENCHIO / D. INFANGER (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar*, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-VISIONI-MEYER).
- VON FISCHER LEHMANN Marie, Art. 680-703 CC, *in* J. KREN KOSTKIEWICZ / S. WOLF / M. AMSTUTZ / R. FANKHAUSER (édit.), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 3^e éd., Zurich 2016 (cité : OFK ZGB-VON FISCHER LEHMANN).
- WALTER Hans Peter, Art. 8 CC, *in* H. HAUSHEER / H. P. WALTER (édit.), *Einleitung, Berner Kommentar*, vol. I.1, Berne 2012 (cité : BK-WALTER).
- WERMELINGER Amedeo, *Das Stockwerkeigentum, Zürcher Kommentar*, vol. IV.1.c, Zurich 2010 (cité : ZK-WERMELINGER).
- WERMELINGER Amedeo, *La propriété par étages*, 3^e éd., Rothenburg 2015 (cité : WERMELINGER, *La propriété par étages*).
- WITZIG Aurélien, *Les droits réels limités sur les biens en copropriété*, *in* PJA 2020, p. 3-18.
- WOLF Stephan / WIEGAND Wolfgang, Art. 641-645 CC, *in* T. GEISER / S. WOLF (édit.), *Zivilgesetzbuch II. Basler Kommentar*, 6^e éd., Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND).

ZELLWEGER-GUTKNECHT Corinne, Einl. vor Art. 1, Art. 1-10 CO, *in* C. WIDMER LÜCHINGER / D. OSER (édit.), *Obligationenrecht I. Basler Kommentar*, 7^e éd., Bâle 2019 (cité : BSK OR I-ZWELLWEGER-GUTKNECHT).

ZEN-RUFFINEN Piermarco, *L'équipement des terrains en zone à bâtir, La priorité du droit public et les rapports entre le droit public fédéral, cantonal et communal*, *in* *Mélanges en l'honneur de Pierre MOOR*, Berne 2005.

ZEN-RUFFINEN Piermarco / GUY-ECABERT Christine, *Aménagement du territoire, construction, expropriation*, Berne 2001.

ZINSLI Gian Reto, Art. 342-346 CPC, *in* K. SPÜHLER / L. TENCHIO / D. INFANGER (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar*, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-ZINSLI).

ZUFFEREY Jean-Baptiste, *L'expert : clé des procédures dans l'immobilier et la construction*, *in* BORGHI (édit.), *Le Perizie giudiziarie, Acte de la journée du 29 mai 2008*, Bellinzone 2008, p. 17-51 (cité : ZUFFEREY, *L'expert*).

ZUFFEREY Jean-Baptiste, *L'expertise-arbitrage / Das Schiedsgutachten*, Zurich 2013 (cité : ZUFFEREY, *L'expertise-arbitrage*).

ZÜRCHER Richard, *Die Wegrechte des Schweizerischen Privatrechts*, thèse (Université de Zurich), Zurich 1947.



Collection
Genevoise

<http://www.unige.ch/droit/CG.html>

Derniers ouvrages parus

Collection générale

- | | | | |
|--|------|--|------|
| <i>Irène Martin-Rivara</i> | 2021 | <i>Schmidt, Tanja</i> | 2019 |
| La servitude de passage nécessaire | | Les clauses pour solde de tout compte
Ou la renonciation définitive à se prévaloir de prétentions ultérieures | |
| <i>Egger, Florian</i> | 2021 | <i>Liégeois, Fabien</i> | 2018 |
| L'équilibre inachevé du régime juridique du tatouage, du piercing et des pratiques associées en droit public | | La disponibilité du revenu : le moment de l'acquisition en droit fiscal suisse | |
| <i>Philippe, Arnaud</i> | 2021 | <i>Avramov, Philippe</i> | 2018 |
| Droit des sociétés cotées à l'actionnariat concentré – Une approche structurelle | | L'omission fautive : la violation d'un devoir juridique ou moral.
Une analyse historique et dogmatique | |
| <i>Meriboute, Nadia</i> | 2020 | <i>Villard, Katia</i> | 2017 |
| La traite d'êtres humains à des fins d'exploitation du travail | | La compétence du juge pénal suisse à l'égard de l'infraction reprochée à l'entreprise
Avec un regard particulier sur les groupes de sociétés | |
| <i>Cellina, Eva</i> | 2020 | <i>Jubin, Oriana</i> | 2017 |
| La commercialisation des données personnelles
Aspects de droit contractuel et de protection des données | | Les effets de l'union libre
Comparaison des différents modes de conjugalités et propositions normatives | |
| <i>Karametaxas, Xenia Elisa</i> | 2019 | <i>Neri-Castracane, Giulia</i> | 2016 |
| L'engagement des investisseurs institutionnels : enjeux et perspectives de la prise de décisions collectives | | Les règles de gouvernance d'entreprise comme moyen de promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise –
Réflexions sur le droit suisse dans une perspective internationale | |
| <i>Hänni, Dominique</i> | 2019 | <i>Hohl-Chirazi, Catherine</i> | 2016 |
| Vers un principe d'intégrité de l'administration publique
La prévention de la corruption en droit administratif | | La privation de liberté en procédure pénale suisse : but et limites | |

Dan, Adrian 2015
Le délit de commission par omission –
éléments de droit suisse et comparé

Mirfakhraei, Kaveh 2014
Les indemnités de fin de contrat dans le
contrat d'agence et le contrat de distribu-
tion exclusive

Sigrist, Alexandra 2013
Les pouvoirs de la police:
le cas de la délinquance juvénile

Pavlidis, Georgios 2012
Confiscation internationale:
instruments internationaux, droit de
l'Union européenne, droit suisse

Rubido, José-Miguel 2012
L'exercice du droit de préemption
immobilier au regard du droit privé

Gonin, Luc 2011
L'obsolescence de l'Etat moderne
Analyse diachronique et contextuelle
à l'exemple de l'Etat français

Marti, Ursula 2011
Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
Am Beispiel der internationalen,
europäischen und schweizerischen
Rechtsordnung

Alberini, Adrien 2010
Le transfert de technologie en droit
communautaire de la concurrence
Mise en perspective avec les règles
applicables aux accords de recherche
et développement, de production
et de distribution

Bernard, Frédéric 2010
L'Etat de droit face au terrorisme

Donatiello, Giuseppe 2010
Responsabilité du débiteur:
de la délégation à l'organisation
de l'exécution des obligations
Codifications supranationales récentes
(CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes
européens) et Code des obligations suisse

Droit international

Samson Mwin Sôg Mé Dabiré 2021
La dérogation aux droits de l'homme
en Afrique
Le droit africain des droits de l'homme et
des peuples à l'épreuve des circonstances
exceptionnelles

Adeline Michoud 2021
The accountability of transnational
corporations for the adverse impacts of
their business activities: an international
and comparative law study

Espinosa Salas, Luis 2021
Legal, political and diplomatic impli-
cations in the elaboration of an inter-
national legally binding instrument on
transnational corporations and other
business enterprises with respect to
human rights

Rosset, Sébastien 2020
Les contre-mesures à travers
le prisme du principe de proportionnalité
Étude en droit de la paix et
en droit international humanitaire

de Moerloose, Stéphanie 2020
World bank environmental and social
conditionality as a vector of sustainable
development

- Kouassi, Akossia Rachelle* 2019
Programmes de réparations, justice transitionnelle et droit international
Analyse à la lumière du droit individuel à réparation
- Graf-Brugère, Anne-Laurence* 2019
La « menace contre la paix » dans la pratique du Conseil de sécurité des Nations Unies – Réflexions sur un concept de droit international
- Fardel, Mélissa* 2019
La participation des victimes aux procédures pénales internationales et les droits de l'accusé
- Le Fort, Olivia* 2018
La preuve et le principe de non-refoulement
Entre droit international des réfugiés, protection des droits humains et droit suisse des migrations
- Thalman, Vanessa* 2018
Reasonable and effective universality
Conditions to the exercise by national courts of universal jurisdiction over international crimes
- Sangbana, Komlan* 2017
La protection des eaux douces transfrontières contre la pollution : dimensions normatives et institutionnelles
- Marquis, Julien* 2017
La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme
- Riondel, Ghislaine* 2016
La prise en charge des soins de santé dans un contexte transfrontalier européen – Problématique générale en Europe et propositions pour la Région franco-valdo-genevoise
- Rodriguez Ellwanger, Maria* 2016
Les instruments juridiques de la planification territoriale transfrontalière dans le bassin de vie franco-valdo-genevois
- Herren, Pascal* 2016
L'intervention internationale au nom des droits de l'homme – L'autorité de l'approche finaliste
- Christófolo, João Ernesto* 2016
Solving Antinomies Between Peremptory Norms in Public International Law
- Carron, Djemila* 2016
L'acte déclencheur d'un conflit armé international
- Sossou Biadja, Cassius Jean* 2015
L'acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale
Approche comparée de droit international privé
- McGregor, Eleanor* 2015
L'arbitrage en droit public suisse
Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement
- Reymond, Michel* 2015
La compétence internationale en cas d'atteinte à la personnalité par Internet
- de María Palaco Caballero, Flor* 2015
La Cour internationale de justice et la protection de l'individu
- Romano, Gian Paolo* 2014
Le dilemme du renvoi en droit international privé
La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse
- Granges, Mathieu* 2014
Les intérêts moratoires en arbitrage international

Grignon, Julia 2014
L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire

Bulak, Begüm 2014
La liberté d'expression face à la présomption d'innocence
Justice et médias en droit italien et suisse à l'aune de la convention et de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme

Johannot-Gradis, Christiane 2013
Le patrimoine culturel matériel et immatériel : quelle protection en cas de conflit armé ?

Chatton, Gregor T. 2013
Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels

Ludwiczka, Maria 2013
La délégation internationale de la compétence pénale

Petry, Roswitha 2013
La situation juridique des migrants sans statut légal
Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations

Redalié, Lorenzo 2013
La conduite des hostilités dans les conflits armés asymétriques : un défi au droit humanitaire

Tran, Laurent 2013
Le régime uniforme de responsabilité du transporteur aérien de personnes

Recueils de textes

Trigo Trindade, Rita / Bahar, Rashid / Neri-Castracane Giulia (éds) 2019
Vers les sommets du droit
Liber amicorum pour Henry Peter

Hottelier, Michel / Hertig Randall, Maya / Flückiger, Alexandre (éds) 2019
Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel
Entre droit constitutionnel et droit administratif : questions autour du droit de l'action publique

Bernard, Frédéric / McGregor, Eleanor / Vallée-Grisel, Diane (éds) 2017
Études en l'honneur de Tristan Zimmermann
Constitution et religion
Les droits de l'homme en mémoire

Foëx, Bénédicte / Hottelier, Michel (éds) 2016
Propriété et liberté d'entreprendre
De la liberté de contracter à l'arbitrage immobilier

Wyler, Rémy / Meier, Anne / Marchand, Sylvain (éds) 2015
Regards croisés en droit du travail :
Liber Amicorum pour Gabriel Aubert

Bellanger, François / de Werra, Jacques (éds) 2012
Genève au confluent du droit interne et du droit international
Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève
à la Société Suisse des Juristes à l'occasion du Congrès 2012

<i>Hottelier, Michel (éd.)</i>	2011	<i>Foëx, Bénédicte (éd.)</i>	2012
Albert Cohen		Les rénovations d'immeubles	
L'écrivain au service de l'Etat de droit			
Actes du colloque organisé le 18 février		<i>Foëx, Bénédicte (éd.)</i>	2012
2011 par la Faculté de droit et la Fondation		La réforme des droits réels immobiliers	
Mémoire Albert Cohen		Les modifications du Code civil entrées en	
		vigueur le 1 ^{er} janvier 2012	
<i>Flückiger, Alexandre (éd.)</i>	2010	<i>Foëx, Bénédicte (éd.)</i>	2011
Emouvoir et persuader pour		Droit de superficie et leasing	
promouvoir le don d'organes ?		immobilier	
L'efficacité entre éthique et droit		Deux alternatives au transfert	
		de propriété	
<i>Trigo Trindade, Rita / Peter, Henry /</i>		<i>Foëx, Bénédicte / Hottelier, Michel</i>	2009
<i>Bovet, Christian (éds)</i>	2009	La garantie de la propriété à l'aube	
Economie Environnement Ethique		du XXI ^e siècle	
De la responsabilité sociale et sociétale.		Expropriation, responsabilité	
Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain		de l'Etat, gestion des grands projets	
		et protection du patrimoine	

Droit de la propriété

Hottelier, Michel / Foëx, Bénédicte (éds) 2019
La sphère privée du propriétaire

Foëx, Bénédicte / Hottelier, Michel (éds) 2018
Imprescriptibilité, contrôle et
responsabilité
Les effets du droit de propriété dans le
temps

Foëx, Bénédicte / Hottelier, Michel (éds) 2016
La propriété immobilière face aux
défis énergétiques
Du statut juridique de l'énergie au
contrôle des loyers

Foëx, Bénédicte (éd.) 2016
La propriété par étages aujourd'hui
Une alerte cinquantenaire

Foëx, Bénédicte (éd.) 2013
Planification territoriale
Droit fédéral et spécificités cantonales

Droit civil

Leuba, Audrey / Papaux van Delden,
Marie-Laure / Foëx, Bénédicte (éds) 2017
Le droit en question
Mélanges en l'honneur de la Professeure
Margareta Baddeley

Geissbühler, Grégoire 2016
Le recouvrement privé de créances
Aspects contractuels et protection du
débiteur

Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédicte /
Leuba, Audrey / Papaux van Delden,
Marie-Laure (éds) 2014
Facettes du droit de la personnalité
Journée de droit civil 2013 en l'honneur
de la Professeure Dominique Manai

Marchand, Sylvain 2012
Droit de la consommation

*Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédicte /
Leuba, Audrey / Papaux Van Delden,
Marie-Laure (éds)* 2012

Le droit civil dans le contexte
international
Journée de droit civil 2011

*Baddeley, Margareta /
Foëx, Bénédicte (éds)* 2009

La planification du patrimoine
Journée de droit civil 2008 en l'honneur
du Professeur Andreas Bucher

*Perrin, Jean-François /
Chappuis, Christine* 2008
Droit de l'association
3^e édition

Baddeley, Margareta (éd.) 2007
La protection de la personne
par le droit
Journée de droit civil 2006 en l'honneur
du Professeur Martin Stettler

Droit de la responsabilité

*Chappuis, Christine /
Winiger, Bénédicte (éds)* 2019

Responsabilité civile et nouvelles
technologies
(Journée de la responsabilité civile 2018)

*Chappuis, Christine /
Winiger, Bénédicte (éds)* 2018

La responsabilité du fait des produits
(Journée de la responsabilité civile 2016)

*Chappuis, Christine /
Winiger, Bénédicte (éds)* 2015

Responsabilité civile – Responsabilité
pénale
(Journée de la responsabilité civile 2014)

*Chappuis, Christine /
Winiger, Bénédicte (éds)* 2013

Le tort moral en question
(Journée de la responsabilité civile 2012)

*Chappuis, Christine /
Winiger, Bénédicte (éds)* 2011

La preuve en droit de la responsabilité
civile
(Journée de la responsabilité civile 2010)

*Chappuis, Christine /
Winiger, Bénédicte (éds)* 2009

La responsabilité pour l'information
fournie à titre professionnel
(Journée de la responsabilité civile 2008)