UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Master 2023

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Publicité naturelle et servitudes

Perez Garcia, Laura

How to cite

PEREZ GARCIA, Laura. Publicité naturelle et servitudes. Master, 2023.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:171202

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

UNIVERSITÉ DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Publicité naturelle et servitudes

Un mémoire rédigé dans le cadre du séminaire « Droits réels limités : développements récents »

Date de dépôt : 02 juin 2023

Laura PEREZ GARCIA

Année académique 2022-2023
Semestre de printemps

Table des matières

Table des abréviations *3*

I. Introduction *4*

II. L'étendue d'une servitude *5*

A. Le fonctionnement de l'art. 738 CC **5**

B. La foi publique du registre foncier **6**

III. L'introduction de la publicité naturelle *7*

A. La situation avant 2006 ..... **8**

B. La jurisprudence pertinente **8**

C. Les conditions d'application **12**

D. Les zones d'ombre **13**

IV. Un concept qui ne convainc pas tout le monde *15*

A. Les critiques soulevées **16**

B. Les solutions envisagées **20**

V. Conclusion *24*

Bibliographie *26*

Table des abréviations

al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	arrêt publié au Registre officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BN	Le notaire bernois
BSK	Basler Kommentar (commentaire bâlois)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Code des obligations) (RS 220)
consid.	considérant(s)
CR	Commentaire romand
DC	Revue du droit de la construction et des marchés publics
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ff.	und folgende(n)
let.	lettre(s)
N	numéro(s) marginal(aux)
ORF	Ordonnance du Conseil fédéral du 23 septembre 2011 sur le registre foncier (RS 211.432.1)
PJA	Pratique Juridique Actuelle
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RNRF	Revue Suisse du notariat et du registre foncier
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
ss	et suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch von 10. Dezember 1907 (RS 210)
ZK	Zürcher Kommentar (commentaire zurichois)

I. Introduction

Parmi les règles suisses sur les droits réels, un principe fondamental est celui de la publicité. Au regard de ce dernier, les droits réels doivent être rendus apparents pour tout un chacun. Comme les droits réels sont des droits qui ont des effets *erga omnes*, c'est-à-dire opposables aux tiers, il est essentiel qu'ils puissent être rendus publics[1]. Le principe de publicité s'exprime à travers deux moyens de mise en œuvre. Les droits sur les biens immobiliers sont notamment rendus accessibles grâce au registre foncier. Concernant les droits sur les biens mobiliers, la possession est le principal moyen de publicité. Elle est parfois garantie par des registres pour certains meubles (registre des pactes de réserve de propriété, registre des bateaux, registre des aéronefs, etc.)[2].

Le principe de publicité poursuit deux objectifs majeurs. Le premier est, nous l'avons vu, de rendre reconnaissables par tous ces droits absolus que sont les droits réels. Le second est de rendre visibles les modifications d'un droit[3]. En matière de droits immobiliers, ce but est mis en œuvre par le principe de l'inscription : une inscription au registre foncier est en principe nécessaire pour créer et transférer des droits réels sur des immeubles[4]. Ces effets de la publicité sont encore renforcés par des dispositions légales (voir notamment les art. 930 ss. et 973 CC)[5]. En somme, le législateur suisse a tout mis en œuvre afin que les droits réels, tels qu'ils apparaissent, soient connus de tous.

Les servitudes, en tant que droits réels limités, ne font donc pas exception au principe de publicité. Pour les servitudes foncières en particulier, leur création est en principe subordonnée à une inscription au registre foncier, conformément à l'art. 731 al. 1 CC. Cette même inscription peut être déterminante au moment de se prononcer sur les effets de ladite servitude, notamment son contenu et son étendue. Toutefois, les modes d'interprétation ordinaires en matière de servitudes ont été relativisés ces dernières années. Un nouveau principe, introduit par la jurisprudence du Tribunal fédéral et qui fait l'objet du présent mémoire, a fait sa soudaine apparition dans le paysage des droits réels : le principe de publicité naturelle.

Avant d'aborder la problématique susmentionnée, il conviendra tout d'abord de poser le cadre juridique qui entoure les servitudes, plus précisément la détermination de leur étendue (*infra* II.). Nous entrerons ensuite dans le vif du sujet et présenterons les grandes lignes du principe au cœur de ce mémoire (*infra* III.). Nous finirons par aborder et discuter des critiques dont la publicité naturelle fait l'objet, afin de mieux déceler les solutions aux problèmes posés par son application (*infra* IV.).

---

[1] STEINAUER, tome I, N 130 ; CR CC II-FOËX, Intro. aux art. 641-645 CC N 5 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 606.
[2] STEINAUER, tome I, N 133 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 606.
[3] BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, ZGB Vor Art. 641 ff. N 56 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 607.
[4] BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, ZGB Vor Art. 641 ff. N 56 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 607.
[5] BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, ZGB Vor Art. 641 ff. N 58 ; STEINAUER, tome I, N 134.

II. L'étendue d'une servitude

Déterminer le contenu d'une servitude peut ne pas être une mince affaire. En effet, les servitudes sont parfois anciennes ou peu claires. Ces problématiques donnent régulièrement lieu à des litiges de droits réels. Heureusement, certaines règles donnent quelques indications sur la méthode à adopter pour interpréter ces servitudes (*infra* A.). Nous examinerons ensuite la foi publique du registre foncier, qui joue un rôle fondamental dans la détermination d'une servitude dans le cadre des relations avec un tiers (*infra* B.).

A. Le fonctionnement de l'art. 738 CC

Pour déterminer concrètement le contenu d'une servitude, il faut procéder à une interprétation dans l'ordre de l'art. 738 CC. L'alinéa premier prévoit que « [l]'inscription [au registre foncier] fait règle, en tant qu'elle désigne clairement les droits et les obligations dérivant de la servitude ». Le texte de l'inscription prime donc sur les autres moyens d'interprétation. Si l'inscription est claire, ces derniers ne peuvent être pris en considération[6]. Dans cette mesure, est décisive l'inscription au feuillet du fonds servant[7]. En pratique cependant, l'inscription n'est souvent constituée que d'un mot-clé (*cf.* art. 98 al. 2 let. c ORF), par exemple « droit de passage », de sorte que les droits et obligations n'en résultent pas clairement[8]. À noter encore que si ce sont les parties originaires qui sont en cause, le contrat constitutif de la servitude prime sur les autres moyens d'interprétation[9].

Il est prévu subsidiairement à l'art. 738 al. 2 CC que l'étendue d'une servitude « 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 ». Si l'inscription du registre foncier est peu claire, incomplète ou sommaire, on procédera donc en premier lieu à une interprétation, dans les limites de l'inscription, selon l'origine de la servitude[10]. On entend généralement par celle-ci le contrat constitutif de servitude et éventuellement le plan sur lequel est dessiné le droit[11]. Conformément aux principes généraux de droit civil, il s'agira d'abord d'établir la réelle et commune intention des parties au sens de l'art. 18 al. 1 CO[12]. S'il n'est pas possible de la déterminer, il faudra alors rechercher la volonté objective des parties selon le principe de la confiance[13]. On prendra notamment en compte des éléments comme le but poursuivi par les parties, la situation des fonds, la nature et les besoins du fonds dominant[14]. Afin d'être conforme au principe de l'identité de la servitude, on tiendra aussi compte du but

[6] HOHL, p. 73 ; ATF 123 III 461, consid. 2b ; ATF 128 III 169, consid. 3a.
[7] STEINAUER, tome II, N 3453 ; ATF 135 III 496, consid. 4.1.
[8] CR CC II-ARGUL, CC 738 N 7 ; BYLAND/KÜFFER, p. 241.
[9] STEINAUER, tome II, N 3457 ; CR CC II-ARGUL, CC 738 N 5 ; ATF 123 III 461, consid. 2c, JdT 1998 I 664.
[10] CR CC II-ARGUL, CC 738 N 7 ; HOHL, p. 74.
[11] STEINAUER, tome II, N 3461 ; CR CC II-ARGUL, CC 738 N 8 ; HOHL, p. 74.
[12] STEINAUER, tome II, N 3461 ; CR CC II-ARGUL, CC 738 N 9 ; HOHL, p. 74.
[13] STEINAUER, tome II, N 3461 ; CR CC II-ARGUL, CC 738 N 9 ; HOHL, p. 74.
[14] DAVID, p. 114 ; CR CC II-ARGUL, CC 738 N 9.

poursuivi par les parties lors de la constitution de la servitude[15]. En revanche, si le litige oppose un tiers acquéreur qui n'était pas partie au contrat constitutif de servitude, la foi publique du registre foncier l'emporte et l'art. 973 al. 1 CC s'applique (voir *infra*)[16].

Lorsque le contrat ne permet pas non plus de déterminer l'étendue de la servitude, on peut encore se référer à la manière dont celle-ci a été exercée « pendant longtemps, paisiblement et de bonne foi » (art. 738 al. 2 CC). La durée exigée n'est pas déterminée par la loi et doit être examinée selon les circonstances concrètes[17]. Un usage est considéré comme paisible lorsqu'il n'a pas été contesté ou qu'il l'a été mais sans succès[18]. La bonne foi est quant à elle présumée en vertu de l'art. 3 al. 1 CC. On peut encore ajouter que l'art. 740 CC prévoit d'autres moyens d'interprétation pour les droits de passage spécifiquement mentionnés à cet article. Il conviendra dès lors de se référer au droit cantonal et à l'usage des lieux pour déterminer l'étendue de ces servitudes.

B. La foi publique du registre foncier

Comme nous l'avons évoqué précédemment, lorsqu'un litige portant sur l'étendue d'une servitude concerne un tiers qui n'était pas partie au contrat constitutif, l'art. 973 al. 1 CC s'applique. Partant, nous allons désormais examiner le fonctionnement de cette disposition.

Avant tout, il convient d'évoquer l'art. 937 al. 1 CC qui énonce la règle suivante : « S'il s'agit d'immeubles immatriculés au registre foncier, la présomption du droit et les actions possessoires n'appartiennent qu'à la personne inscrite ». Cette disposition établit la présomption légale qu'un droit inscrit au registre foncier existe et que le titulaire et le contenu de ce droit sont déterminés par cette même inscription[19]. Cela a pour effet d'inverser le fardeau de la preuve : celui qui conteste ce droit doit prouver l'inexactitude du registre[20]. Cette protection est davantage étendue pour le tiers de bonne foi, car elle est élevée au rang de fiction grâce au mécanisme de l'art. 973 al. 1 CC[21]. En effet, ce dernier permet à l'acquéreur de la propriété ou d'autres droits réels, qui se fonde de bonne foi sur une inscription au registre foncier, d'être maintenu dans son acquisition. Il s'agit de la concrétisation d'un principe fondamental en matière de droits réels : le principe de la foi publique du registre foncier[22].

Au regard de son titre marginal, l'art. 973 al. 1 CC exige tout d'abord que l'acquéreur soit un tiers. Ainsi, la personne qui participe à l'acte juridique qui constitue la base de l'inscription du droit réel ou par lequel il est renoncé à un tel droit ne bénéficie d'aucune protection[23]. Il faut

[15] STEINAUER, tome II, N 3461 ; ATF 132 III 651, consid. 8, JdT 1962 I 237.
[16] DAVID, p. 115 ; CR CC II-ARGUL, CC 738 N 10 ; ATF 139 III 404, consid. 7.1, JdT 2014 II 407.
[17] DAVID, p. 117 ; CR CC II-ARGUL, CC 738 N 14.
[18] DAVID, p. 117 ; CR CC II-ARGUL, CC 738 N 14.
[19] STEINAUER, tome I, N 1220 ; CR CC II-MOOSER, CC 973 N 1.
[20] STEINAUER, tome I, N 1222 ; CR CC II-MOOSER, CC 973 N 1.
[21] STEINAUER, tome I, N 1261 ; CR CC II-MOOSER, CC 973 N 2.
[22] STEINAUER, tome I, N 711 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 609.
[23] BSK ZGB II- SCHMID/ARNET, ZGB 973 N 34 ; TF 5A_412/2009, 27 octobre 2009, consid. 5.1.

ensuite que ce tiers se soit fié de bonne foi à une inscription au registre foncier. Pour cela, il doit ignorer le caractère indu de l'inscription[24]. Ce dernier résulte dans le fait qu'il y ait un vice juridique, c'est-à-dire une différence entre l'inscription au registre foncier et la situation juridique effective[25]. La bonne foi du tiers doit exister au moment de l'acquisition[26]. En outre, l'acquéreur doit valablement acquérir un droit réel[27]. Il est finalement nécessaire que l'acquisition se trouve hors du champ de l'art. 973 al. 2 CC, c'est-à-dire qu'elle ne concerne pas les « limites des immeubles compris dans les territoires en mouvement permanents désignés comme tels par les cantons ».

Si toutes ces conditions sont réunies, la foi publique du registre foncier déploie à la fois un effet positif et un effet négatif[28]. L'effet positif a pour conséquence que le registre est réputé exact[29]. Le tiers peut se fier à l'existence des droits réels inscrits et le vice juridique existant est ainsi guéri par l'acquisition de bonne foi[30]. Il importe donc peu que l'inscription ait été opérée indûment, puisque le législateur a créé une fiction d'exactitude du registre. L'effet négatif implique quant à lui que le registre est réputé complet[31]. Cela signifie que l'acquéreur ne peut pas se voir opposer plus de charges que celles indiquées dans le registre foncier[32]. Au regard de l'art. 942 al. 2 CC, la foi publique du registre foncier s'étend au grand livre, aux documents complémentaires (plan, rôle, pièces justificatifs, état descriptif) ainsi qu'au journal, pour autant que le grand livre y fasse référence[33].

Nous l'avons évoqué, la foi publique du registre foncier est l'un des piliers fondamentaux des droits réels en Suisse. Mais malgré toutes ces considérations, la protection de la bonne foi du tiers acquéreur n'est pas absolue en pratique.

III. L'introduction de la publicité naturelle

Avant d'entrer au cœur de la problématique, nous verrons que le concept de publicité naturelle était déjà utilisé avant son introduction par le Tribunal fédéral (*infra* A.). Ce principe étant avant tout jurisprudentiel, il conviendra de s'attarder sur les décisions pertinentes rendues en la matière. L'idée ici est d'avoir un aperçu global de la casuistique (*infra* B.). Nous nous efforcerons ensuite de faire une synthèse des exigences posées par la jurisprudence (*infra* C.). Pour conclure cette partie, nous traiterons des points encore non précisés à ce jour par le Tribunal fédéral (*infra* D.).

[24] BSK ZGB II- SCHMID/ARNET, ZGB 973 N 28 ; STEINAUER, tome I, N 1266.
[25] SUTER, N 152 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1281b.
[26] STEINAUER, tome I, N 1266 ; CR CC II-MOOSER, CC 973 N 9.
[27] STEINAUER, tome I, N 1274.
[28] BSK ZGB II-SCHMID/ARNET, ZGB 973 N 37a ; STEINAUER, tome I, N 1297.
[29] BSK ZGB II-SCHMID/ARNET, ZGB 973 N 37a ; STEINAUER, tome 1, N 1298 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 613.
[30] BSK ZGB II- SCHMID/ARNET, ZGB 973 N 37a ; STEINAUER, tome I, N 1299.
[31] STEINAUER, tome I, N 1300 ; CR CC II-MOOSER, CC 973 N 36 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 613.
[32] BSK ZGB II- SCHMID/ARNET, ZGB 973 N 37a ; CR CC II-MOOSER, CC 973 N 37.
[33] BSK ZGB II- SCHMID/ARNET, ZGB 973 N 6 ; EBERHARD, p. 129.

A. La situation avant 2006

Avant l'introduction du principe par le Tribunal fédéral, la publicité naturelle n'était abordée que dans le cadre des servitudes de conduite. L'art. 676 al. 3 CC dispose que : « La servitude est constituée dès l'établissement de la conduite si celle-ci est apparente. Dans le cas contraire, elle est constituée par son inscription au registre foncier ». La servitude naît dès le moment où la conduite est perceptible de l'extérieur. Dans ce cas de figure, il n'est pas nécessaire de la faire inscrire au registre foncier (art. 731 al. 1 CC *a contrario*). Il est toujours possible de demander l'inscription, mais elle n'aura qu'un effet déclaratif[34]. Cette disposition constitue l'unique base légale expresse du Code civil en matière de publicité naturelle. À l'époque, P. LIVER critiquait déjà le fait que la publicité naturelle ne soit reconnue que pour les servitudes de conduite[35].

Il est intéressant de relever qu'une décision du 10 mai 2001 présentait déjà certaines caractéristiques reprises dans les arrêts examinés *infra*[36]. Il était question d'un droit de passage à pied et pour tout véhicule, pour lequel le nouveau propriétaire du fond dominant a ouvert une action en constatation de la servitude. Son recours a été rejeté par le Tribunal fédéral. Ce dernier a notamment considéré que le demandeur ne pouvait invoquer sa bonne foi dans l'inscription au registre foncier au sens de l'art. 973 al. 1 CC. En effet, s'il avait correctement consulté le registre ainsi que remarqué qu'une construction s'élevait désormais jusqu'à la limite de sa parcelle, il en aurait déduit une renonciation implicite à la servitude de passage[37]. Le deuxième argument soulevé par le Tribunal fédéral est celui qui nous intéresse ici. À ce moment-là, il considère (déjà) que l'état des lieux visible pour l'acquéreur peut lui être opposable et mettre à mal sa bonne foi. Nous allons le voir, ce raisonnement s'inscrit tout à fait dans le tournant que vont prendre les futures décisions du Tribunal fédéral. Cet arrêt de 2001 peut être donc perçu comme un précurseur de la publicité naturelle telle que nous la connaissons aujourd'hui.

B. La jurisprudence pertinente

Comme nous l'avons mentionné un peu plus tôt, la foi publique du registre n'est pas inconditionnelle. Bien que le concept était déjà connu des droits réels, le Tribunal fédéral a décidé, par le biais de ses jugements, d'étendre le principe de publicité naturelle à d'autres servitudes que les servitudes de conduite. Cette partie n'a pas pour objectif de recenser toute la jurisprudence rendue à ce jour, mais d'effectuer un tour d'horizon sur le sujet.

Un arrêt non publié du Tribunal fédéral datant de 2006 fut celui qui amorça l'introduction du principe[38]. Le litige opposait des époux demandeurs à une société de musique. Ces derniers

[34] STEINAUER, tome II, N 2335 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 618.
[35] LIVER, p. 12.
[36] ATF 127 III 440, JdT 2002 I 542.
[37] ATF 127 III 440, consid. 2c, JdT 2002 I 542.
[38] TF 5C.71/2006, 19 juillet 2006.

avaient acquis une parcelle au bénéfice d'une servitude de passage à véhicules de trois mètres de large, inscrite comme telle au registre foncier. Toutefois, quelques années avant leur acquisition, la société de musique propriétaire des parcelles grevées avait érigé un local de musique sur lesdites parcelles, de sorte que l'exercice de la servitude de passage par le fonds dominant s'en trouvait restreint. Les époux ont dès lors ouvert action contre la société de musique, afin de rétablir une situation conforme au registre foncier. Le Tribunal cantonal du Valais a rejeté leur demande. Les époux X. ont alors interjeté un recours en réforme au Tribunal fédéral.

La décision rendue par le Tribunal fédéral a confirmé le raisonnement du Tribunal cantonal. En effet, notre Haute Cour a d'abord rappelé que le tiers acquéreur ne peut se fier à une inscription au registre foncier quant à des points qu'elle ne précise pas[39]. Elle en a profité pour établir le lien entre l'art. 973 al. 1 CC et l'art. 3 al. 2 CC : l'acquéreur ne peut pas se reposer sur sa bonne foi, si cette dernière est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui[40]. Partant de ce postulat, le Tribunal fédéral a précisé la portée pratique de cette affirmation. Tout d'abord, il a repris une formule utilisée par P. PIOTET[41] : « Or comme une personne raisonnable n'achète en principe pas un immeuble au bénéfice d'une servitude de passage sans visiter les lieux, le tiers acquéreur ne pourra ignorer de bonne foi - sauf dans des circonstances tout à fait particulières - les particularités non mentionnées dans l'inscription (assiette de la servitude, ouvrages, largeur rétrécie par endroits, etc.) qu'une telle visite pouvait lui révéler »[42]. Ainsi, lorsque l'exercice d'une servitude nécessite un ouvrage sur le fonds grevé, cet ouvrage détermine le contenu et l'étendue de la servitude pour le tiers acquéreur[43]. Reprenant finalement l'idée de P. LIVER[44], le Tribunal fédéral en conclut que le tiers acquéreur ne peut pas invoquer sa bonne foi vis-à-vis des limitations de la servitude dont il n'a pas pris connaissance mais qui étaient pourtant visibles sur le terrain.

Par conséquent, l'arrêt du 19 juillet 2006 a constitué une véritable nouveauté en ce qui concerne la détermination de la portée d'une servitude. Si on pouvait se demander dans quelle mesure le Tribunal fédéral allait maintenir cette jurisprudence, ces doutes ont été éclaircis par deux arrêts publiés aux ATF, tous les deux rendus la même année.

Le premier arrêt concernait des recourants qui avaient édifié une passerelle en extension de leur bâtiment, lésant ainsi la servitude de passage en faveur du défendeur[45]. Les demandeurs avaient fondé leur droit à construire leur passerelle sur la base de l'état originel des lieux, une surface couverte de gravier. Le Tribunal fédéral a cependant jugé que l'état du passage avec les installations, c'est-à-dire un chemin asphalté avec une bordure en pierre, existait déjà au moment de l'acquisition de l'immeuble par les recourants. Cet état du passage leur était par

[39] TF 5C.71/2006, 19 juillet 2006, consid. 2.3.1.
[40] TF 5C.71/2006, 19 juillet 2006, consid. 2.3.1.
[41] PIOTET, le contenu d'une servitude, p. 288.
[42] TF 5C.71/2006, 19 juillet 2006, consid. 2.3.1.
[43] TF 5C.71/2006, 19 juillet 2006, consid. 2.3.1.
[44] ZK-LIVER, ZGB 738 N 55.
[45] ATF 137 III 145, JdT 2011 II 415.

conséquent opposable[46]. L'intimé était donc légitimé à demander la destruction d'une partie de la construction des recourants, en vertu de l'art. 737 al. 2 et 3 CC[47]. Le Tribunal fédéral a rappelé à cet effet que le principe « *servitus civiliter exercenda* » ne doit pas conduire à une limitation matérielle des droits accordés par la servitude, mais seulement à l'interdiction d'un exercice abusif de ladite servitude[48]. La demande de rétablissement du défendeur n'était en outre pas constitutive d'un abus de droit, car il s'était déjà opposé au permis de construire au début de la procédure[49]. Cet arrêt est un cas particulier d'application de la publicité naturelle. En effet, cette dernière a bénéficié au propriétaire du fonds dominant et non au propriétaire du fonds grevé, contrairement à la plupart des décisions.

Le second arrêt concernait un droit de passage qui avait été déplacé dans les années 70 et empruntait dès lors un tunnel, limitant le droit de passage ainsi dans sa hauteur et sa largeur[50]. Cette modification n'avait pas été convenue par écrit, ni inscrite au registre foncier. En 2008, le tiers X. a acquis un des fonds dominants. Il a ensuite ouvert action contre le canton de Berne (propriétaire de la parcelle grevée) afin de rétablir la situation du droit de passage primitif tel qu'il résultait du contrat de servitude. À nouveau, le Tribunal fédéral a considéré que le recourant devait se laisser opposer la servitude résultant de l'état des lieux au moment de son acquisition[51]. Il ne pouvait en particulier pas se référer à l'inscription très rudimentaire « droit de passage », ni au contrat constitutif de la servitude[52].

Grâce à ces deux décisions publiées, le Tribunal fédéral a établi et maintenu sa position quant à la publicité naturelle. Il n'a cessé de réaffirmer ce principe dans des décisions ultérieures.

En 2011 toujours, le Tribunal fédéral a rendu un troisième arrêt sur le sujet. En l'espèce, les époux demandeurs s'étaient fiés à un plan cadastral numérisé, à teneur duquel un mur était mitoyen sur toute la longueur séparant deux parcelles, pour acquérir un bien-fonds[53]. Le plan originel, quant à lui, prévoyait que le mur n'était mitoyen que sur une partie de la longueur seulement. Ignorant que le plan cadastral numérisé était entaché d'une erreur lors de leur acquisition, les époux ont recouru au Tribunal fédéral afin d'obtenir la rectification du registre foncier, de sorte que le mur soit représenté comme étant mitoyen sur toute sa longueur. Notre Haute Cour a considéré qu'en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances (*cf.* art. 3 al. 2 CC), ils auraient pu constater la divergence entre les deux plans[54]. Leur bonne foi ne pouvait donc être retenue. L'arrêt est particulièrement singulier, à la fois dans son objet et dans son résultat. En effet, l'ouvrage litigieux ne concernait pas une servitude mais relevait

[46] ATF 137 III 145, consid. 4.3, JdT 2011 II 415.
[47] ATF 137 III 145, consid. 5.5, JdT 2011 II 415.
[48] ATF 137 III 145, consid. 5.5, JdT 2011 II 415.
[49] ATF 137 III 145, consid. 5.5, JdT 2011 II 145 ; SCHMID/BEELER-SUTA, p. 195.
[50] ATF 137 III 153, JdT 2011 II 423.
[51] ATF 137 III 153, consid. 4.3, JdT 2011 II 423.
[52] ATF 137 III 153, consid. 4.3, JdT 2011 II 423.
[53] TF 5A_431/2011, 2 novembre 2011.
[54] TF 5A_431/2011, 2 novembre 2011, consid. 4.2.4.

plutôt d'une question de propriété. Dans cette mesure, il est surprenant que le Tribunal fédéral ait estimé que la publicité naturelle puisse aussi intervenir dans ce genre de rapports.

Par la suite, un arrêt de 2014 a eu à traiter d'un droit de passage inscrit au registre foncier sous la dénomination floue « servitude de passage à char »[55]. Le contrat constitutif ne donnait pas non plus d'indications sur l'étendue de la servitude. Les demandeurs réclamaient le droit de pouvoir bénéficier de leur droit de passage au moyen de véhicules à moteur. Le Tribunal fédéral a jugé que la servitude litigieuse n'octroyait pas un tel droit aux recourants. Au moment d'acquérir l'immeuble, la servitude de passage présentait déjà un chemin limité dans sa largeur par un muret et une haie[56]. Cette configuration des lieux rendait difficilement praticable le passage avec un véhicule automobile[57]. Ces installations sur l'immeuble leur étaient dès lors opposables en vertu de la jurisprudence sur la publicité naturelle. En outre, pour ne pas améliorer leur situation, les recourants avaient admis qu'ils connaissaient les restrictions du terrain et l'impossibilité d'y accéder avec une voiture au moment de l'achat de la propriété[58]. Ils s'étaient accommodés de la situation de fait et avaient ainsi accepté volontairement de ne plus pouvoir exiger le rétablissement de la servitude par la suite[59].

Assez récemment, un arrêt du 19 mars 2020 avait trait à l'installation par le propriétaire grevé d'arbres fruitiers, d'une porte coulissante et d'un muret, le tout rendant l'exercice de la servitude de passage difficile[60]. Le Tribunal fédéral a jugé que ces constructions n'étaient pas nécessaires à l'exercice de la servitude[61]. Par conséquent, la bonne foi du recourant n'avait pas été détruite par la publicité naturelle. Le Tribunal fédéral avait, par ailleurs, déjà rendu un jugement assez similaire en 2018[62]. Dans ce dernier, les grevés avaient planté des arbres et mis en place des installations non nécessaires à l'exercice du droit de passage. Le Tribunal fédéral était déjà parvenu à la conclusion que ces ouvrages non nécessaires ne détruisaient pas la bonne foi de l'intimée[63]. En conclusion à ces deux cas, le Tribunal fédéral n'a pas admis l'application de la publicité naturelle et a donné raison aux propriétaires des fonds dominants.

Finalement, la dernière décision pertinente du Tribunal fédéral date de 2022[64]. Elle traitait d'époux qui exigeaient que le droit de passage du défendeur soit limité à une surface de trois mètres, conformément à l'inscription au registre foncier. Le Tribunal fédéral a jugé que, dans la mesure où il n'y avait pas d'ouvrage visible de l'extérieur et qui déterminait ainsi l'étendue du droit de passage, il serait arbitraire de se fonder sur le principe de publicité naturelle. Le chemin était simplement partiellement asphalté et pavé, mais il n'y avait aucune structure

[55] TF 5A_856/2014, 26 janvier 2015.
[56] TF 5A_856/2014, 26 janvier 2015, consid. 3.4.
[57] TF 5A_856/2014, 26 janvier 2015, consid. 3.4.
[58] TF 5A_856/2014, 26 janvier 2015, consid. 3.4.
[59] TF 5A_856/2014, 26 janvier 2015, consid. 3.4.
[60] TF 5A_873/2018, 19 mars 2020.
[61] TF 5A_873/2018, 19 mars 2020, consid. 5.6.
[62] TF 5A_361/2017, 1 mars 2018.
[63] TF 5A_361/2017, 1 mars 2018, consid. 3.4.2.
[64] TF 5A_472/2021, 29 mars 2022.

délimitant l'étendue du droit. Il a fait référence aux décisions précédentes, dans lesquelles il y avait effectivement des bâtiments ou des barrières visibles, faisant obstacle à la bonne foi de l'acquéreur[65]. L'arrêt est intéressant, en ce sens qu'il donne une importance toute particulière à la nécessité d'infrastructures visibles sur le terrain. Il s'agit manifestement d'une condition *sine qua non* pour admettre l'opposabilité de la publicité naturelle.

Après cette vue d'ensemble des différentes jurisprudences, il convient d'en déduire les conditions d'application de la publicité naturelle.

C. Les conditions d'application

Malgré toutes ses décisions, le Tribunal fédéral n'a pas établi de champ d'application clair du principe de publicité naturelle. Néanmoins, B. FOËX s'est essayé à regrouper les éléments récurrents de la jurisprudence pertinente[66]. Ces éléments seront en partie repris ici, tout en y ajoutant certaines observations personnelles.

Le principe de la publicité naturelle semble tout d'abord s'appliquer à des servitudes, plus précisément aux droits de passage. Nous aborderons un peu plus loin la question d'un éventuel élargissement à d'autres servitudes (voir *infra* p. 13). Un tiers acquéreur, qui n'était donc pas partie à la convention de servitude originelle, est en principe en cause : à ce titre, il acquiert le fonds dominant ou le fonds servant à titre particulier[67]. En somme, les cas d'application relèvent de la situation prévue par l'art. 973 al. 1 CC. Dans les décisions rendues, l'exercice de la servitude nécessitait un ou plusieurs ouvrages, comme des chemins, murs, ponts, etc.[68]. Ces ouvrages deviennent litigieux parce qu'ils modifient la situation géographique du lieu, restreignant ou élargissant ainsi l'exercice de la servitude pour le bénéficiaire. Ils sont généralement l'œuvre du propriétaire du fonds grevé et sont antérieurs à l'acquisition par le tiers[69]. L'inscription au registre foncier peut diverger de la situation effective du terrain[70] ou être seulement rudimentaire, ne faisant pas mention des particularités dues aux ouvrages sur l'immeuble[71]. Cependant, et c'est précisément ce qui détruit la bonne foi pour le Tribunal fédéral, ces particularités sur le terrain étaient considérées comme visibles pour tout un chacun[72]. Cela ne signifie pas que l'acquéreur devait effectivement se déplacer sur le terrain ; il suffit qu'il ait « pu et dû » percevoir l'état des lieux réel en faisant preuve de la diligence requise[73]. En négligeant ainsi de visiter l'immeuble, il ne peut pas être de bonne foi et ne peut bénéficier de la fiction juridique de l'art. 973 al. 1 CC.

---

[65] TF 5A_472/2021, 29 mars 2022, consid. 4.2.
[66] FOËX, p. 232 ss.
[67] STEINAUER, DC 2012, p. 71.
[68] BYLAND/KÜFFER, p. 242.
[69] *Cf.* TF 5A_873/2018, 19 mars 2020 ; TF 5A_361/2017, 1 mars 2018 ; ATF 137 III 153 ; TF 5C.71/2006, 19 juillet 2006.
[70] TF 5C.71/2006, 19 juillet 2006, consid. 2.2.
[71] ATF 137 III 153, consid. 4.3, JdT 2011 II 423 ; ATF 137 III 145, consid. 4.1, JdT 2011 II 415.
[72] Voir dans ce sens : TF 5A_472/2021, 29 mars 2022.
[73] TF 5A_431/2011, 2 novembre 2011, consid. 4.2.3 ; ATF 137 III 153, consid. 4.1.3, JdT 2011 II 423.

Concrètement, il est possible de distinguer deux attitudes que l'acquéreur d'un bien-fonds peut adopter lorsque l'inscription diverge de la réalité[74]. Il peut tout d'abord acquérir l'immeuble comme tel. Il prend néanmoins le risque de ne plus pouvoir exiger le rétablissement de la servitude telle qu'elle figure au registre foncier[75]. À cause du principe de publicité naturelle, la situation sera désormais figée par l'état physique du bien-fonds. À l'inverse, il peut ne pas vouloir s'accommoder de cette situation. Il devra alors attendre avant d'acquérir l'immeuble et réclamer de l'aliénateur qu'il fasse respecter ses droits[76]. Il y a cependant un risque que l'aliénateur refuse de s'exécuter ou qu'il ait lui-même été déchu de faire valoir ses moyens de droit à cause de la publicité naturelle[77]. Dans tous les cas, que l'inscription soit erronée ou juste incomplète, il semble désormais évident qu'un acheteur devra impérativement se renseigner le plus largement possible et visiter l'immeuble qu'il convoite avant de signer l'acte authentique.

En revanche, lorsque les conditions d'application ne sont pas remplies, les ouvrages modifiant la servitude ne sont pas opposables à l'acquéreur. En d'autres termes, la publicité naturelle ne détruit pas la bonne foi du nouveau propriétaire et, par conséquent, la foi publique du registre foncier. Étant gêné dans l'exercice de son droit, l'acquéreur pourra normalement agir en action pour que l'ouvrage incompatible avec sa servitude soit retiré ou détruit : il pourra en principe le faire en vertu de l'*actio confessoria* de l'art. 737 al. 1 CC[78].

D. Les zones d'ombre

Malgré ces éléments récurrents dans les arrêts rendus jusqu'à présent, il n'en demeure pas moins que cette jurisprudence est encore trop équivoque. Certains aspects abordés ici ne manquent pas de soulever des interrogations sur des points pourtant centraux.

Assez souvent et sans que cela ne nécessite d'immenses aménagements, les droits de passage peuvent être altérés par des constructions sur le fonds faisant l'objet de la servitude. Cela s'explique par le fait que les droits de passage octroient un bénéfice qui dépend d'une situation géographique précise. Cependant, nous sommes en droit de nous demander si la jurisprudence de notre Haute Cour ne s'applique qu'aux droits de passage. Dans l'arrêt du 2 novembre 2011 par exemple (*cf. supra* p. 10), il ne s'agissait en réalité pas d'une servitude. Les acquéreurs s'étaient simplement fondés sur le plan cadastral numérisé pour demander que le mur longe toute la parcelle. Le principe de publicité naturelle s'applique-t-il donc à n'importe quel ouvrage sur un bien-fonds ? Le Tribunal fédéral n'a, de manière assez regrettable, jamais tranché cette question lors ses nombreux jugements. Il mentionne régulièrement le droit de passage comme l'un des cas d'application de la publicité naturelle (par l'emploi de la formule

[74] STEINAUER, DC 2012, p. 71.
[75] STEINAUER, DC 2012, p. 71.
[76] STEINAUER, DC 2012, p. 71.
[77] STEINAUER, DC 2012, p. 71.
[78] FOËX, p. 234 ; SCHMID/BEELER-SUTA, p. 195.

« en particulier »)[79]. Cependant, comme le relève B. FOËX, on ne voit pas ce qui ferait juridiquement obstacle à l'extension de cette jurisprudence à d'autres servitudes[80]. Théoriquement, il suffirait d'un ouvrage visible sur le fonds. Plus largement, la publicité naturelle pourrait de ce fait également s'appliquer à des servitudes personnelles. P. PIOTET faisait d'ailleurs déjà mention d'une applicabilité du principe à des servitudes de passage personnelles[81]. Prenons pour exemple un cas d'usufruit : un usufruitier a obtenu le droit d'encaisser tous les loyers d'un immeuble. À supposer qu'un des appartements ne puisse accueillir de locataire car il est inhabitable (travaux, installations encombrantes dans l'appartement, etc.) et que l'usufruitier s'en plaigne, peut-on dès lors lui reprocher de ne pas avoir visité l'immeuble avant de procéder à l'acquisition de la servitude ? Même si l'usufruit en tant que tel n'en serait pas restreint, on imagine très bien en quoi la situation est fâcheuse pour l'usufruitier. Il n'est pas excessif de penser que le Tribunal fédéral pourrait reprocher un manque de diligence à l'acquéreur, sachant qu'il s'est déjà montré relativement large quant au champ d'application du principe[82].

Le Tribunal fédéral a encore été particulièrement vague s'agissant de ce qu'il désigne comme « des circonstances particulières ». Il voit en ces circonstances un moyen pour le bénéficiaire de la servitude de se soustraire à l'obligation de visiter le bien-fonds avant de l'acquérir. Il n'a cependant jamais donné d'exemples de telles circonstances. On pourrait imaginer des cas de figure où les particularités des lieux ne sont pas convenablement visibles, par exemple à cause d'infrastructures de travaux ou des conditions météorologiques limitant l'accès ou la visibilité du terrain[83]. Peut-être que, par cette formule régulièrement utilisée mais malheureusement très abstraite, le Tribunal fédéral souhaitait se laisser une marge de manœuvre discrétionnaire pour des décisions ultérieures. Cela étant, il nous semble primordial que cette notion tout à fait vague soit précisée à l'avenir, car ces « circonstances particulières » constituent l'unique exception à l'application du principe. S'il est tout à fait compréhensible que le Tribunal fédéral ne veuille pas se risquer à établir une liste exhaustive de telles circonstances, il serait au moins appréciable de donner des exemples concrets de telles exceptions.

Il convient encore de se demander si la nécessité de l'ouvrage pour l'exercice de la servitude est une condition indispensable pour admettre la publicité naturelle. En effet, dans les arrêts TF 5A_361/2017 et TF 5A_873/2018, le Tribunal fédéral a rejeté une application de la publicité naturelle, car les ouvrages effectués par les grevés n'étaient pas nécessaires à l'exercice de la servitude. Cette condition n'avait jamais été aussi clairement exigée avant ces deux décisions. En outre, dans son dernier arrêt rendu, le Tribunal fédéral semble ne pas vouloir accorder au propriétaire du fonds dominant un droit plus étendu que ce qui est nécessaire : « *Auf der anderen Seite dürfe diese Fläche jedoch nicht über das hinausgehen, was für die Zufahrt zur*

[79] TF 5A_873/2018, 19 mars 2020, consid. 5.6 ; ATF 137 III 153, consid. 4.2.2, JdT 2011 II 423 ; ATF 137 III 145, consid. 3.3.3, JdT 2011 II 415.
[80] FOËX, p. 236.
[81] PIOTET, le contenu d'une servitude, p. 288.
[82] *Cf.* TF 5A_431/2011, 2 novembre 2011.
[83] FOËX, p. 235.

Garage wirklich erforderlich sei »[84]. *A contrario*, dans l'arrêt fondateur[85], on ne voit pas en quoi la construction du local de musique (plus concrètement l'avant-toit dépassant sur la route) était nécessaire à l'exercice du droit de passage. Il semblerait donc que le Tribunal fédéral ait décidé de préciser – et surtout restreindre – le champ d'application de sa jurisprudence. À notre avis, ce choix doit être salué, étant donné la grande marge de manœuvre dont dispose déjà la publicité naturelle. En revanche, il faut également relever que l'exigence d'un ouvrage nécessaire va à l'encontre du raisonnement pragmatique que recherchait initialement le Tribunal fédéral. Bien avant l'arrêt du 19 juillet 2006, P. LIVER avait déjà énoncé que la publicité naturelle permettrait à notre Haute Cour de tempérer le formalisme excessif lié au registre foncier, afin de remettre au centre du débat « la raison, la bonne foi, la justice et l'équité » lors la mise en œuvre d'une servitude[86]. En différenciant l'application du principe selon si l'ouvrage est nécessaire ou non à l'exercice de la servitude, la solution perd de son pragmatisme initial.

Finalement, même si ce cas de figure ne s'est pas encore présenté, il serait intéressant de savoir dans quelle mesure le Tribunal fédéral se montrerait plus clément envers une personne qui acquiert un immeuble à titre gratuit[87]. *Quid* de l'obligation de diligence dans une telle configuration ? En effet, le donataire qui reçoit un immeuble entreprend des démarches moins actives que celui qui souhaite acheter l'immeuble. Ce n'est généralement pas lui qui est à l'initiative du transfert de propriété. De plus, il n'est pas soumis à autant d'obligations contractuelles qu'un acheteur. En somme, les implications ne sont pas les mêmes qu'en cas de vente. Peut-on dès lors reprocher au donataire de ne pas avoir visité préalablement le bien-fonds pour s'assurer qu'il n'y ait aucune irrégularité ? Par un raisonnement inverse, on pourrait tout à fait considérer que celui qui acquiert un droit réel gratuitement ne mérite pas la même protection que celui qui l'acquiert à titre onéreux. Quelle que soit l'opinion défendue, il serait très discutable d'exiger le même degré de diligence qu'en cas de vente immobilière.

IV. Un concept qui ne convainc pas tout le monde

Il serait un euphémisme de dire que la publicité n'a pas fait l'unanimité auprès des spécialistes du droit. En effet, le principe essuie de nombreuses critiques depuis son introduction en 2006. Nous traiterons et discuterons de ces critiques dans la présente partie de ce mémoire (*infra* A.). Nous terminerons en examinant les différentes solutions proposées par la doctrine (*infra* B.).

[84] TF 5A_472/2021, 29 mars 2022, consid. 3.3.2.
[85] TF 5C.71/2006, 19 juillet 2006.
[86] LIVER, p. 13 ; voir également BYLAND/KÜFFER, p. 245.
[87] FOËX, p. 235.

A. Les critiques soulevées

Une considération dont il est primordial de tenir compte est que les arrêts rendus par le Tribunal fédéral sont régulièrement classés en deux catégories par la doctrine[88]. Dans la première catégorie se situent les décisions dans lesquelles l'inscription au registre foncier n'était pas claire. Il s'agit notamment des arrêts ATF 137 III 145 et TF 5A_856/2014 vus précédemment. Dans ces jugements, l'inscription n'était constituée que d'un mot-clé (typiquement : « droit de passage ») ou était floue. Dans ces cas de figure, il a été jugé que les particularités des lieux visibles de l'extérieur devenaient des éléments constitutifs de la servitude. En d'autres termes, les installations ont précisé ce qui n'est pas précisé dans le registre foncier. La solution retenue pour ces arrêts n'a pas posé de problème dogmatique : dans ce contexte, la publicité naturelle se contente de compléter le contenu de la servitude, sans pour autant le modifier[89]. A. KOLLER parle à ce titre de fonction « complémentaire » à l'art. 738 CC[90]. Dans la deuxième catégorie, figurent les décisions dans lesquelles, soit l'inscription au registre foncier était claire (par exemple : « servitude passage à véhicule, larg. 3m »), soit elle était rudimentaire mais le tracé exact était alors consigné dans un plan. Ces deux descriptions correspondent respectivement aux arrêts TF 5C.71/2006 et ATF 137 III 153.

Concernant la première décision, la doctrine a semblé assez convaincue par la solution de la renonciation partielle[91], même si la question d'une renonciation partielle informelle à la servitude a tout de même suscité le désaccord de A. KOLLER à l'époque[92]. Selon lui, cette renonciation partielle aurait nécessité une modification écrite du contrat de servitude et une modification de l'inscription au registre foncier[93]. Il n'y aurait pas de raison de requérir des conditions de forme différentes, qu'il s'agisse d'une renonciation partielle ou d'une modification du contenu de la servitude[94]. Il a également soutenu que le raisonnement de cet arrêt allait à l'encontre de la règle de l'art. 738 CC, laquelle exige de procéder dans un ordre d'interprétation précis[95]. Ne s'inscrivant pas dans l'ordre déjà prévu par cet article, il n'y aurait aucune raison de prendre en considération la publicité naturelle, sous réserve des cas expressément prévus par la loi, notamment l'art. 676 al. 3 CC[96]. Dans une mesure tout à fait similaire, T. GÖKSU estime qu'une inscription claire ne doit pas se laisser contredire par les conditions locales et qu'il est donc exclu d'appliquer l'art. 738 al. 2 CC[97].

---

[88] Voir EBERHARD, p. 136 ss ; FOËX, p. 231 ; SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, p. 10 ss.
[89] EBERHARD, p. 137 ; SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, p. 11.
[90] KOLLER, Das Prinzip der natürlichen Publizität, p. 2.
[91] SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, p. 11 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1281b.
[92] KOLLER, PJA 2008, p. 475.
[93] KOLLER, PJA 2008, p. 475.
[94] KOLLER, PJA 2011, p. 945.
[95] KOLLER, PJA 2008, p. 474.
[96] KOLLER, PJA 2008, p. 474.
[97] CHK-GÖKSU, ZGB 738 N 4.

À l'inverse, il a été assez largement admis que l'ATF 137 III 153 posait des problèmes dans son traitement par le Tribunal fédéral[98]. Tout d'abord, il a été soutenu que le contrat de servitude pouvait tout à fait être pris en compte en vertu de l'art. 738 al. 2 CC, rien ne laissant penser qu'il ne correspondait pas la volonté des parties à l'époque[99]. La doctrine objecte surtout à cet égard que l'art. 973 al. 1 CC nécessite un vice juridique, c'est-à-dire une différence entre l'inscription au registre foncier et la situation juridique effective. Or, sous l'empire de l'ancien art. 732 CC, la modification du contrat de servitude ne pouvait s'effectuer qu'en la forme écrite[100]. Pour ces auteurs, il est inadmissible que la publicité naturelle permette de contourner l'obligation de passer par le notaire et l'inscription au registre foncier[101]. De ce fait, ils se rallient à l'opinion déjà exprimée par A. KOLLER sur les questions de formalisme. De plus, sans ces démarches, la modification ne peut pas avoir d'effet réel, mais uniquement des effets *inter partes*[102]. Ainsi, la violation de ces règles formelles ferait qu'il n'y a en réalité pas de vice juridique : le fait qu'une servitude (qui a été à l'origine correctement inscrite) soit modifiée par des changements factuels ultérieurs, sans se conformer aux exigences formelles et donc sans déployer d'effets réels, ne peut pas créer de divergence entre l'inscription du registre foncier et la situation juridique effective[103].

La publicité naturelle étant un principe jurisprudentiel, l'absence de base légale a également été un des points soulevés par la doctrine[104]. Il semble en effet évident que tout principe qui n'est pas concrétisé dans une source juridique formelle nuit à la sécurité du droit. De plus, nous l'avons constaté avec sa jurisprudence : le Tribunal fédéral n'a pas l'air d'être tout à fait clair quant aux conditions d'application de la publicité naturelle. Il semble d'autant plus douteux, comme cela a été soutenu par la doctrine, qu'une procédure qui ne repose sur aucune base légale fasse échec à des conditions formelles légales, comme celles régissant la modification d'une servitude.

La doctrine s'est également demandé si le Tribunal fédéral n'allait pas trop loin dans son principe. Plusieurs auteurs mentionnent une « *Büsche der Pandora* » ouverte par les juges. Que cela soit par une possible application à d'autres servitudes que le droit de passage[105], ou par la possibilité que des constructions ne modifient *de facto* une servitude sans respecter les conditions de forme[106], il y a cette crainte que le Tribunal fédéral ne commence à appliquer la

[98] SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, p. 11 ; HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2013, p. 362 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 616 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1281c.

[99] HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2013, p. 362 ; de l'avis contraire : CHK-GÖKSU, ZGB 738 N 4.

[100] HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2013, p. 362.

[101] SUTER, p. 79 ; BYLAND/KÜFFER, p. 245 ; HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2013, p. 362 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 616.

[102] MOSHE/KÄSER/MÜHLEMATTER, p. 285 ; HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2013, p. 362 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 616 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1281c.

[103] MOSHE/KÄSER/MÜHLEMATTER, p. 285 ; HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2013, p. 362 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 616 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1281c.

[104] MOSHE/KÄSER/MÜHLEMATTER, p. 285 ; HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2013, p. 363 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1281c ; KOLLER, PJA 2008, p. 475.

[105] FOËX, p. 238.

[106] BYLAND/KÜFFER, p. 244.

publicité naturelle de manière trop étendue. Cela aurait pour conséquence de réduire encore la portée du principe de foi publique du registre foncier.

À ce stade, il peut être intéressant de relever que les solutions retenues dans les arrêts du Tribunal fédéral n'ont majoritairement pas convaincu la doctrine, au moins dans le raisonnement adopté. En particulier, la doctrine majoritaire trouve contestable que la publicité naturelle fasse barrage à une inscription claire du registre foncier[107]. Il nous semble juste de contester une application de la publicité naturelle qui contredirait une inscription du registre foncier. Cette dernière est effectivement censée être prioritaire à tout autre moyen d'interprétation (*cf*. art. 738 al. 1 CC). On ne comprend dès lors pas bien pourquoi l'effet dit « positif » du registre foncier serait contredit par des constructions visibles sur le terrain. Partant, l'ordre établi par l'art. 738 al. 1 CC est bouleversé par l'introduction d'un quatrième mode d'interprétation[108].

Plus généralement, il serait essentiel de clarifier la relation entre une inscription claire du registre foncier et la bonne foi de l'acquéreur. Dans la mesure où cette inscription est complète et correcte, le tiers peut en toute logique se fier à elle. Demander à l'acquéreur de remettre en doute un état de fait qui n'est précisément pas supposé être sujet à divergence, c'est finalement remettre en doute le principe même de foi publique du registre foncier. Désormais, l'acquéreur ne peut plus uniquement se baser sur sa consultation du registre. Il en résulte une insécurité juridique, qui se reflète dans le nombre d'affaires portée devant le Tribunal fédéral jusqu'à maintenant[109].

L'arrêt du 3 décembre 2018 a également fait l'objet de critiques. Certains auteurs estiment que le fait qu'un ouvrage soit nécessaire ou non à l'exercice de la servitude ne joue aucun rôle[110]. Au contraire, toute modification de la servitude en dehors du registre foncier qui est visible de l'extérieur est susceptible de détruire la bonne foi au sens de l'art. 973 al. 1 CC[111]. Cependant, le résultat auquel est finalement parvenu le Tribunal fédéral semble tout de même convaincre, car il n'y avait pas de vice juridique en l'espèce[112]. Comme déjà exprimé *supra*, une limitation de la publicité naturelle à des ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude nous semble au contraire la bienvenue au vu du large champ d'application du principe.

Pour ce qui concerne le critère de diligence, P-H. STEINAUER trouve qu'il serait assez excessif de demander à chaque acquéreur d'un bien-fonds de mandater un géomètre afin de s'assurer qu'il n'y ait pas de divergence entre la situation locale et le registre foncier[113]. Lorsque le terrain

---

[107] BSK ZGB II-SCHMID/ARNET, ZGB 973 N 32a ; MOSHE/KÄSER/MÜHLEMATTER, p. 286 ; DAVID, p. 113 ; CR CC II-ARGUL, CC 738 N 5, note de bas de page 18 ; BYLAND/KÜFFER, p. 245 ; CHK-GÖKSU, ZGB 738 N 4 ; PIOTET, les droits réels limités, N 317, note de bas de page 468 ; SCHMID/BEELER-SUTA, p. 195.

[108] MOSHE/KÄSER/MÜHLEMATTER, p. 286.

[109] EBERHARD, p. 137.

[110] KOLLER, Das Prinzip der natürlichen Publizität, p. 3 ; HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2021, p. 527.

[111] KOLLER, Das Prinzip der natürlichen Publizität, p. 3 ; HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2021, p. 527.

[112] HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2021, p. 527.

[113] STEINAUER, DC 2012, p. 71.

est vaste ou en pente, on peut parfaitement imaginer que seuls des connaissances et des outils particuliers puissent mesurer les dimensions exactes d'une servitude. Il est vrai que tant que le Tribunal fédéral n'aura pas éclairci ses exigences quant au degré de diligence requis, il est prudent de considérer que l'acquéreur doit se montrer le plus méticuleux possible lors de sa visite de l'immeuble[114]. Dans cette mesure, il n'est pas excessif de penser que l'acquéreur aurait tout intérêt à solliciter l'expertise d'un professionnel. Il va sans dire qu'une telle expertise engendre des coûts supplémentaires, s'additionnant à ceux du notaire. Cette conséquence indirecte pourrait s'avérer relativement décourageante pour les futurs acquéreurs de servitude.

Dans tous les arrêts où le Tribunal fédéral a examiné l'application du principe de publicité naturelle, force est de constater qu'il ne s'est jamais trop attardé sur les circonstances qui ont mené à une modification de la servitude[115]. Par exemple, il ne se demande pas si les spécificités du terrain sont intervenues lors de la constitution de la servitude ou ultérieurement[116]. Il ne cherche pas non plus à savoir par qui ces ouvrages ont été installés, que ce soit le propriétaire du fonds dominant ou du fonds servant[117]. Il ne semble s'être que récemment intéressé à la question de savoir si l'ouvrage est nécessaire à la servitude[118]. Cependant, ces circonstances peuvent avoir de l'importance, notamment lors de l'examen de la bonne foi de l'acquéreur. Par exemple, la situation serait différente si le responsable de la modification de la servitude était le propriétaire du fonds dominant. En théorie, ce dernier est censé avoir mieux informé l'acquéreur sur les particularités de l'immeuble, qui ne figurent justement pas dans l'inscription au registre foncier. À supposer que l'on puisse démontrer que le vendeur a effectivement renseigné l'acheteur, il serait ainsi plus compliqué de faire valoir la bonne foi de ce dernier, puisqu'il a pu bénéficier d'un entretien direct avec l'auteur de l'ouvrage. Cela pourrait donc constituer une circonstance aggravante pour l'acquéreur. Il serait donc pertinent que le Tribunal fédéral commence à s'intéresser aux circonstances qui ont mené à une altération de la servitude.

Les résultats qu'engendre la publicité naturelle ne sont pas non plus exempts de critiques. Lorsqu'elle est admise, le Tribunal fédéral n'exige pas que la situation soit régularisée par la suite. Il n'y a pas d'obligation de rectifier l'inscription au registre foncier, notamment par le dépôt d'un nouveau plan de servitude au sens de l'art. 732 al. 2 CC[119]. Étant donné que l'étendue de la servitude est désormais figée par l'état physique des lieux, il n'y aurait en théorie pas de nécessité à formaliser la nouvelle situation juridique. Néanmoins, l'entorse aux exigences de forme pourrait là encore être discutée. En outre, on pourrait également trouver cette situation assez préjudiciable pour l'avenir : le propriétaire au bénéfice de l'opposabilité de la publicité naturelle prend le risque qu'un prochain tiers acquéreur, plus attentif cette fois, soit considéré de bonne foi et reconstitue la servitude telle qu'elle figure au registre foncier[120]. À notre avis, laisser inchangée l'inscription au registre foncier contribue dangereusement à une plus grande

[114] FOËX, p. 241.
[115] FOËX, p. 235.
[116] FOËX, p. 235.
[117] FOËX, p. 235.
[118] *Cf.* TF 5A_361/2017, 1 mars 2018 et TF 5A_873/2018, 19 mars 2020.
[119] FOËX, p. 234.
[120] FOËX, p. 234.

insécurité juridique. Au surplus, l'absence d'indemnisation du propriétaire lésé a aussi été évoquée[121]. Le manque total de compensation financière nous semble quelque peu sévère, sachant que le tiers a « perdu » une partie de la servitude dont il croyait bénéficier. Afin d'y remédier, le Tribunal fédéral aurait pu prévoir une indemnité équitable, en tenant compte, par exemple, des circonstances qui ont mené à cette altération ou en faisant une pesée des intérêts en cause.

Résumons brièvement toutes ces critiques émises par la doctrine au cours des dernières années. Nous avons d'abord remarqué qu'elles se concentraient principalement sur les arrêts où l'inscription au registre foncier était claire. À ce titre, la doctrine soutient que la publicité naturelle ne doit pas permettre de contourner les règles formelles de modification des servitudes. Ensuite, la légitimité de la publicité naturelle a été remise en doute, notamment parce qu'elle contrevient à l'art. 738 CC et, plus généralement, au principe de foi publique du registre foncier. De plus, la publicité naturelle est dépourvue de fondement légal. Concrètement, le Tribunal fédéral semble faire reposer tout son raisonnement à partir du seul postulat qu'une personne raisonnable n'achète pas un immeuble au bénéficie d'une servitude sans se rendre préalablement sur place[122]. Il ne s'intéresse cependant pas aux autres circonstances du cas d'espèce, comme savoir qui est l'auteur de l'ouvrage ou encore connaître le moment de la modification. Il ne prend pas non plus en compte les intérêts des parties au litige. Au vu de tout ce qui précède, le Tribunal fédéral aurait peut-être tout intérêt à reconsidérer un certain pan de sa jurisprudence et à restreindre le champ d'application du principe[123]. Dans tous les cas, il est invité à mieux délimiter les deux modes d'action, « complémentaire » et « correctif », qu'il attribue à la publicité naturelle, afin de montrer plus de cohérence dans ses décisions[124].

B. Les solutions envisagées

Malgré les nombreuses critiques avancées par la doctrine, cette dernière a également proposé quelques solutions qu'elle estime davantage satisfaisantes que celles du Tribunal fédéral. Il sera question ici de les examiner plus attentivement.

Nous l'avons vu, une des critiques majeures de la doctrine concerne le recours au principe de la publicité naturelle dans des cas où l'inscription au registre foncier était pourtant claire. Face à cette problématique, plusieurs auteurs ont suggéré une application analogique de l'art. 674 al. 3 CC[125]. Cet article permet la constitution de servitudes dites d'empiétement. À teneur du troisième alinéa : « Lorsque le propriétaire lésé après avoir eu connaissance de l'empiétement, ne s'y est pas opposé en temps utile, l'auteur des constructions et autres ouvrages peut

[121] FOËX, p. 242.
[122] FOËX, p. 235.
[123] FOËX, p. 244 ; HÜRLIMANN-KAUP, BN 2013, p. 134 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 617.
[124] KOLLER, Das Prinzip der natürlichen Publizität, p. 3.
[125] PIOTET, les droits réels limités, N 317, note de bas de page 468 ; KOLLER, Wegrechte, p. 202 ; KOLLER, PJA 2011, p. 945 ; KOLLER, PJA 2008, p. 475 ; voir également : FOËX, p. 242 ; BYLAND/KÜFFER, p. 243, note de bas de page 25 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1281b, note de bas de page 117 ; de l'avis contraire : CR CC II-MARCHAND, CC 674 N 9.

demander, s'il est de bonne foi et si les circonstances le permettent, que l'empiétement à titre de droit réel ou la surface usurpée lui soient attribués contre paiement d'une indemnité équitable ». Contrairement aux deux premiers alinéas qui reposent sur une convention des parties, cette servitude est établie en vertu de la loi. Le demandeur doit faire une demande en justice et formellement conclure à l'attribution de la servitude[126]. Les conditions cumulatives d'attribution de la servitude peuvent être définies comme il suit.

Il faut tout d'abord que le propriétaire lésé ne se soit pas opposé à l'ouvrage en temps utile, c'est-à-dire aussi longtemps que les travaux peuvent être interrompus sans dommage excessif pour le constructeur[127]. Contrairement à ce que laisse penser la loi dans sa traduction française, ce n'est pas la connaissance subjective de l'empiétement qui est déterminante[128]. En effet, il importe peu que le lésé ait eu connaissance ou non de la violation de son droit : l'opposition doit avoir lieu dès lors que l'empiètement était objectivement reconnaissable[129]. Il faut ensuite que l'auteur de l'empiétement ait été de bonne foi. Il le sera, par exemple, s'il se trompe sur le tracé de la limite, croit qu'il respecte une distance légale ou encore pense, sans avoir été gravement négligent, qu'il a obtenu le consentement du lésé[130]. Enfin, il faut que l'attribution soit justifiée par les circonstances. Partant, le juge va effectuer une pesée des intérêts en présence[131]. Des éléments tels que la facilité ou la difficulté de supprimer l'empiétement, la durée, l'intensité de la dégradation subie par le fonds servant et l'usage de la construction seront pris en compte[132].

En cas d'application analogique de l'art. 674 al. 3 CC à des ouvrages limitant une servitude, le propriétaire du fonds servant deviendrait titulaire d'une prétention tendant au maintien de l'ouvrage et à la modification de la servitude[133]. Le propriétaire du fonds dominant aurait quant à lui droit à une indemnité équitable pour la restriction à sa servitude[134]. Par rapport à la publicité naturelle, une telle solution aurait l'avantage d'être plus équitable pour le propriétaire du fonds dominant, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, les conditions d'attribution d'une servitude d'empiétement ne seraient pas toujours remplies, du fait notamment que la bonne foi de l'auteur de la construction ne serait pas forcément reconnue. Cela limiterait ainsi les risques pour le lésé de voir (quasi-)systématiquement sa servitude être dépréciée. Par la même occasion, le juge serait obligé de s'intéresser aux circonstances entourant l'édification

[126] CR CC II-MARCHAND, CC 674 N 16.

[127] STEINAUER, tome II, N 2313 ; CR CC II-MARCHAND, CC 674 N 22 ; TF 5A_349/2011, 25 janvier 2012, consid. 5.3.

[128] STEINAUER, tome II, N 2313; CR CC II-MARCHAND, CC 674 N 23 ; voir à cet égard les versions allemande et italienne qui sont considérées comme plus correctes par la doctrine. À notre avis, ce critère objectif doit néanmoins être relativisé en pratique, car il pourrait aboutir à des conséquences trop sévères pour le lésé.

[129] STEINAUER, tome II, N 2313 ; CR CC II-MARCHAND, CC 674 N 22.

[130] STEINAUER, tome I, N 2317 ; Tribunal cantonal VS, 26 juin 2012, *in* RVJ 2013 p. 273, consid. 5bb ; ATF 103 II 326, consid. 5, JdT 1978 I 596.

[131] STEINAUER, tome II, N 2318 ; CR CC II-MARCHAND, CC 674 N 26.

[132] STEINAUER, tome II, N 2318 ; Tribunal cantonal VS, 26 juin 2012, *in* RVJ 2013 p. 273, consid. 5cc ; ATF 78 II 131, consid. 6, JdT 1952 I 546.

[133] FOËX, p. 243 ; KOLLER, Wegrechte, p. 202.

[134] FOËX, p. 243 ; KOLLER, Wegrechte, p. 203.

de l'ouvrage. Deuxièmement, pour se déterminer sur le maintien justifié de la construction, le juge devrait procéder à une pesée des intérêts respectifs des parties. Là encore, un tel examen nous semble plus juste, en particulier pour le titulaire du fonds dominant qui est souvent celui qui souffre le plus de la publicité naturelle[135]. Troisièmement, à supposer que les conditions de l'art. 674 al. 3 CC soient remplies, le propriétaire lésé serait dédommagé par une indemnité équitable. Cette solution est plus convaincante qu'un simple rejet de la demande, auquel le Tribunal fédéral semble pourtant régulièrement aboutir[136].

Il faut encore ajouter que le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se prononcer sur une application analogique de l'art. 674 al. 3 CC à des ouvrages empiétant sur une servitude. En 1957, il a totalement rejeté cette possibilité[137]. Il a été notamment jugé que l'art. 737 al. 3 CC devait s'appliquer à ce genre de cas et qu'aucune lacune ne justifiait d'application par analogie de l'art. 674 al. 3 CC[138]. En 2006, il a laissé cette question ouverte car les conditions de l'article n'étaient de toute évidence pas remplies[139]. Il serait intéressant qu'un prochain cas se profile à nouveau devant les tribunaux et que la question fasse l'objet un examen approfondi. Néanmoins, à teneur de sa jurisprudence récente sur le principe de publicité naturelle, il y a lieu de penser que le Tribunal fédéral ne trancherait pas nécessairement dans le sens voulu par ceux qui adhèrent à cette solution.

À propos de l'art. 737 al. 3 CC, A. KOLLER était d'ailleurs d'avis que l'action de l'arrêt du 19 juillet 2006 aurait dû être admise par le biais de cette disposition, sous réserve de l'art. 674 al. 3 CC et l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)[140]. Penchons-nous donc sur cette dernière hypothèse.

La solution de l'abus de droit a été évoquée par plusieurs auteurs de doctrine[141]. Il s'agissait initialement du raisonnement adopté par l'instance cantonale bernoise dans l'ATF 127 III 153[142]. Plus précisément, le recourant avait fait valoir un intérêt pour obtenir plus de places de stationnement[143]. Or, l'*Obergericht* bernois avait jugé que cet intérêt ne pouvait être respecté, même en rétablissant le droit de passage[144]. La demande pouvait dès lors être qualifiée d'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC. Il y avait en l'espèce une disproportion flagrante entre les intérêts des parties[145]. Cette disproportion pouvait être notamment admise lorsque la réinstallation, coûteuse pour le défendeur, n'apporterait finalement que peu d'avantages au

[135] FOËX, p. 243.
[136] FOËX, p. 243 ; KOLLER, Wegrechte, p. 203.
[137] ATF 83 II 201, consid. 2, JdT 1958 I 108.
[138] ATF 83 II 201, consid. 2, JdT 1958 I 108.
[139] TF 5C.307/2005, 19 mai 2006, consid. 7.3.
[140] KOLLER, Wegrechte, p. 202.
[141] KOLLER, Das Prinzip der natürlichen Publizität, p. 4. ; SUTER, N 153 ; SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, p. 13 ; HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2013, p. 363 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1281c.
[142] TF 5A_60/2011, 1 avril 2011, consid. 3.
[143] PFÄFFLI/BYLAND, N 14.
[144] PFÄFFLI/BYLAND, N 14.
[145] HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2013, p. 363.

demandeur[146]. Cependant, le Tribunal fédéral a décidé de ne pas trancher la question de l'abus de droit dans cet arrêt, car l'application de la publicité naturelle permettait déjà de rejeter la demande du recourant[147].

Cette manière de résoudre les litiges ne changerait donc pas le résultat pour le propriétaire du fonds dominant : dans la mesure où le rétablissement de la servitude serait en disproportion avec les intérêts du propriétaire du fonds servant, sa demande serait rejetée pour cause d'abus de droit. Il n'en demeure pas moins que la doctrine estime qu'une telle manière de procéder serait plus correcte que la solution adoptée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 137 III 153, c'est-à-dire le recours à l'opposabilité de la publicité naturelle[148]. Nous l'avons vu, l'octroi d'effets réels à une modification de servitude, indépendamment du respect des règles de forme, n'a pas tout à fait convaincu la doctrine (*cf. supra* p. 16). *De lege lata*, l'art. 2 al. 2 CC serait le seul moyen de permettre une « correction » de la situation juridique de la servitude[149]. À nouveau et ce pour plusieurs raisons, l'utilisation de ce principe général nous semble assez convaincante. Tout d'abord, on aboutirait sans doute à des résultats moins radicaux qu'avec le principe de publicité naturelle, car il faudrait prouver une disproportion flagrante entre les intérêts des parties. La balance entre les intérêts en cause serait ainsi remise au cœur du débat, d'une manière assez similaire à la solution de la servitude d'empiètement. Il faudrait en revanche limiter l'application du principe aux inscriptions claires du registre foncier. L'idée est de tempérer l'opposabilité des ouvrages visibles sur l'immeuble par rapport à l'inscription claire du registre foncier, que contredit justement la présence de ces mêmes ouvrages. Au surplus, il est vrai que le recours à l'interdiction de l'abus de droit aurait l'avantage de contrecarrer l'absence de base légale de la publicité naturelle. Néanmoins, toutes ces considérations exigent que la situation soit tout de même régularisée par la suite, à travers une rectification du registre foncier (*cf. supra* p. 19).

Une solution qui, à notre sens, réduirait drastiquement le mécontentement de la doctrine serait simplement de limiter l'application du principe de publicité naturelle aux inscriptions au registre foncier trop rudimentaires. Nous l'avons vu, ce sont principalement ces décisions qui ont suscité le moins de réactions. Par exemple, l'arrêt du 26 janvier 2015[150] ne suscite, à juste titre, aucune critique. Les recourants étaient parfaitement au courant des aménagements restreignant la servitude de passage. Le notaire ainsi qu'un architecte les avaient mis en garde sur l'impossibilité d'y circuler avec un véhicule automobile. Ils s'en sont accommodés, profitant même de la baisse de prix qui en découlait[151]. Par conséquent, un état de fait comme celui-ci est particulièrement approprié à une application de la publicité naturelle. En restreignant le champ d'application de son principe à ce genre de cas, le Tribunal fédéral ne contreviendrait pas à l'ordre progressif de l'art. 738 CC. La publicité naturelle permettrait tout au mieux de compléter l'inscription rudimentaire du registre foncier. Il n'y aurait pas non plus

[146] SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1281c ; BYLAND/PFÄFFLI, N 15.
[147] ATF 137 III 153, consid. 5, JdT 2011 II 423.
[148] SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, p. 13 ; HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2013, p. 363.
[149] SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1281c.
[150] TF 5A_856/2014, 26 janvier 2015.
[151] TF 5A_856/2014, 26 janvier 2015, consid. 3.4.

d'inobservation des règles de forme, notamment pour la modification du contrat de servitude ou l'inscription au registre foncier. Comme il n'y aurait pas de modification du droit mais plutôt une précision sur l'étendue de ce dernier, les principes fondamentaux du registre foncier ne seraient pas reniés. À l'inverse, en cas d'inscription claire, le Tribunal fédéral pourrait se contenter d'appliquer l'art. 738 al. 1 CC.

V. Conclusion

L'introduction de la publicité naturelle a bouleversé la manière de déterminer l'étendue d'une servitude. À travers sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a décidé de réduire la protection accordée par l'art. 973 al. 1 CC pour les tiers acquéreurs d'un immeuble. Ils ne peuvent plus uniquement se fier à une inscription du registre foncier. Pour que leur bonne foi soit admise par les tribunaux, ils doivent désormais s'adonner à un degré de diligence particulièrement élevé. Cela implique notamment de visiter l'immeuble faisant l'objet de la servitude avant de l'acquérir. Ce n'est qu'ainsi qu'ils peuvent constater si des ouvrages altèrent l'exercice de leur servitude et, cas échéant, les contester avant d'effectuer leur achat. Sans ces démarches, ils scellent l'état de la servitude tel qu'il était visible de l'extérieur et ne pourront plus en demander le rétablissement : la publicité naturelle aura eu pour effet de rendre opposables ces particularités du terrain dont le tiers n'avait pas connaissance.

Le concept de publicité naturelle n'est cependant pas encore tout à fait limpide. Malgré certains éléments récurrents des décisions rendues, quelques points demeurent néanmoins encore flous. La publicité naturelle ne s'applique-t-elle qu'à des servitudes de passage ? Quels sont les exemples de ces « circonstances particulières » auxquelles le Tribunal fédéral fait régulièrement mention ? Ces questions, ainsi que d'autres encore, mériteraient d'être soulevées et éclaircies par notre plus haute instance.

En sus de ces zones d'ombre, de nombreuses critiques ont émergé, et ce dès l'introduction du principe en 2006. Si les résultats de ces arrêts semblent plutôt satisfaire la doctrine, les différents raisonnements adoptés par le Tribunal fédéral laissent encore dubitatifs. Il a notamment été reproché à cette juridiction de contrevenir à l'ordre prévu par l'art. 738 CC et de nuire aux exigences formelles établies en matière de servitudes et de registre foncier. Plus généralement, la publicité naturelle atténue violemment le principe de foi publique du registre foncier. Si le concept venait à être maintenu (et il y a de bonnes raisons de penser qu'il le sera), il serait judicieux de le clarifier une fois pour toute dans les décisions à venir. Il serait en particulier important que le Tribunal fédéral ne commence pas à davantage élargir le champ d'application de la publicité naturelle. Le principe fait déjà l'objet de nombreuses décisions et n'a visiblement pas encore conquis les réfractaires.

Des solutions ont été proposées par différents auteurs cités dans ce travail, comme le recours à la servitude d'empiètement ou à l'interdiction de l'abus de droit. À défaut d'être très nombreuses, elles ont le mérite de se fonder sur des bases légales préexistantes. Elles présentent

également l'avantage de ne pas impacter les résultats auxquels est parvenu le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence, mais de simplement rendre la justification de ses jugements peut-être plus cohérente. Il en découlerait également une meilleure prise en compte des intérêts des parties au litige. Comme souvent, le travail de la doctrine est et continuera d'être primordial dans la recherche et la discussion de tels sujets. Il y a également lieu d'espérer que le Tribunal fédéral ne manquera pas d'apporter des précisions sur sa jurisprudence et d'écouter les remarques émises par la doctrine, afin d'arriver aux résultats les plus satisfaisants possibles.

Bibliographie

BREITSCHMID Peter/JUNGO Alexandra (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3e éd., Zurich 2016 (cité : CHK-AUTEUR).

BYLAND Daniela/KÜFFER Errol, Natürliche Publizität contra Grundbucheintrag, *in* BN 2014, p. 235 ss.

DAVID Viviane, Les servitudes collectives – Conséquence de la division d'un fonds selon l'art. 743 CC, thèse Lausanne, Lausanne 2021.

EBERHARD Philipp, Die Rechtsfigur der « natürlichen Publizität », *in* RSJ 117/2021, p. 128 ss.

FOËX Bénédict, La publicité naturelle (du registre foncier), *in* B. FRANZ, M. MOOSER (édit.), Succession et registre foncier, Zurich 2021, p. 223 ss.

GEISER Thomas/WOLF Stephan (édit.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7e éd., Bâle 2023 (cité : BSK ZGB II-AUTEUR).

HOHL Fabienne, Le contrôle de l'interprétation des servitudes par le Tribunal fédéral, *in* RNRF 90/2009, p. 73 ss.

HÜRLIMANN-KAUP Bettina, Die Änderung von Dienstbarkeiten – ausgewählte Fragen *in* BN 2013, p. 103 ss (cité : HÜRLIMANN-KAUP, BN 2013).

HÜRLIMANN-KAUP Bettina, Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, *in* RJB 149/2013, p. 331 ss (cité : HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2013).

HÜRLIMANN-KAUP Bettina, Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2020, *in* RJB 157/2021, p. 522 ss (cité : HÜRLIMANN-KAUP, RJB 2021).

KOLLER Alfred, Bemerkung zum Urteil 5C.71/2006, *in* PJA 2008, p. 474 ss (cité : KOLLER, PJA 2008).

KOLLER Alfred, Das rechtliche Schicksal von Überbauten, *in* PJA 2011, p. 939 ss (cité : KOLLER, PJA 2011).

KOLLER Alfred, Wegrechte – Auslegung, Ergänzung und verwandte Fragen, *in* J. SCHMID (édit.), Les servitudes et les cédules hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil, Zurich 2012, p. 191 ss (cité : KOLLER, Wegrechte).

KOLLER Alfred, Das Prinzip der natürlichen Publizität und die Stufenordnung von Art. 738 ZGB, *in* RNRF 103/2022, p. 1 ss (cité : KOLLER, Das Prinzip der natürlichen Publizität).

LIVER Peter, Entstehung und Ausbildung des Eintragungs- und des Vertrauensprinzips im Grundstücksverkehr, *in* RNRF 60/1979, p. 1 ss.

LIVER Peter, Die Grunddienstbarkeiten, Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch vol. IV. Band 2a Teil 1, 3e éd., Zurich 1980 (cité : ZK-AUTEUR).

MOSHE Amir Noah/KÄSER Christoph/MÜHLEMATTER Adrian, Die Unverzichtbarkeit von akkuraten Dienstbarkeitsplänen und -grenzen sowie deren freie Zugänglichkeit durch die obligatorische Aufnahme in die amtliche Vermessung, *in* RNRF 102/2021, p. 265 ss.

PFÄFFLI Roland/BYLAND Daniela, Aktuelles aus dem Bundesgericht: Der gute Glaube des Grundbuchs und dessen Auswirkungen auf die Auslegung eines Wegrechts, *in* Jusletter du 27 juin 2011.

PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédict/PIOTET Denis (édit.), Commentaire romand, Code civil II, Bâle 2016 (cité : CR CC II-AUTEUR).

PIOTET Denis, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, Traité de droit privé suisse, vol. V/2, 2e éd., Bâle 2012 (cité : PIOTET, les droits réels limités).

PIOTET Paul, Le contenu d'une servitude, sa modification conventionnelle et la protection de la bonne foi, *in* RNRF 81/2000, p. 284 ss (cité : PIOTET, le contenu d'une servitude).

SCHMID Jörg/HÜRLIMANN-KAUP Bettina, Sachenrecht, 4e éd., Zurich 2012.

SCHMID-TSCHIRREN Christina, Aspekte des sachenrechtlichen Publizitätsprinzips – Insbesondere zu Anwendungen und Auswirkungen dieses Prinzips im Dienstbarkeitsrecht, *in* A. RUMO-JUNGO, P. PICHONNAZ, B. HÜRLIMANN-KAUP, C. FOUNTOULAKIS (édit.), Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Berne 2013, p. 605 ss.

SCHMID-TSCHIRREN Christina/PFÄFFLI Roland, Einzelfragen zum Sachenrecht und Grundbuchrecht, *in* BN 2019, p. 1 ss.

STEINAUER Paul-Henri, Ouvrir l'œil, et le bon !, *in* DC 2012, p. 70 ss (cité : STEINAUER, DC 2012).

STEINAUER Paul-Henri, Les droits réels, tome I, 6e éd., Berne 2019 (cité : STEINAUER, tome I).

STEINAUER Paul-Henri, Les droits réels, tome II, 5e éd., Berne 2020 (cité : STEINAUER, tome II).

SUTER Christian, Ausgewählte Rechtsprobleme bei Dienstbarkeiten, insbesondere im Grundbuchverkehr, Zurich 2015.