

NE_GERICHTE CACIV.2020.78 vom 22. Januar 2021

NE Tribunal cantonal, 2021-01-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CACIV.2020.78

FR: NE_GERICHTE CACIV.2020.78 du 22 janvier 2021

IT: NE_GERICHTE CACIV.2020.78 del 22 gennaio 2021

Erwägungen

E. 1

Faire défense à la défenderesse de construire un immeuble d'habitation avec garage souterrain à la ruelle [bb] sur l'article [99999] du cadastre de Z._____ en tant que ledit immeuble viole les servitudes de limitation de bâtir grevant ledit article au profit des biens-fonds [55555] et [77777] propriété du demandeur. Subsidiairement

E. 2

Constater l'existence de servitudes de limitation de bâtir grevant l'article [99999] propriété de la défenderesse au profit des biens-fonds [55555] et [77777] propriété du demandeur ;

E. 3

Partant, faire défense à la défenderesse de construire un immeuble d'habitation avec garage souterrain à la ruelle [bb] sur l'article [99999] du cadastre de Z._____ en tant que ledit immeuble viole les servitudes de limitation de bâtir grevant ledit article au profit des biens-fonds [55555] et [77777] propriété du demandeur. En tout état de cause

E. 4

L'appelante soutient que la demande du 3 janvier 2018 aurait dû être déclarée irrecevable, faute pour le demandeur de disposer d'un intérêt actuel à la cause, respectivement d'un intérêt digne de protection au sens de l'article 59 al. 2 let. a CPC . S'il est vrai qu'une compétence admise au moment de statuer sur des mesures provisionnelles, soit sous l'angle de la vraisemblance, n'exclut pas forcément que la demande puisse être déclarée irrecevable lorsqu'il s'agit de l'examiner sur le fond, puisqu'un nouvel examen doit alors intervenir, la demande n'est pas en l'espèce irrecevable. Lorsqu'il existe des vellétés de construction sur le fonds servant, concrétisées par des plans mis à l'enquête, on doit considérer que le propriétaire du fonds dominant dispose d'un intérêt digne de protection à un examen du projet de construction au regard de la servitude dont il demande le respect, et ce même s'il n'est pas d'emblée exclu (et la présente procédure a vu se réaliser ce cas de figure) que le projet doit être modifié ou même soit annulé dans le cadre de l'examen de droit administratif. Dans le cas contraire, le propriétaire du fonds dominant serait réduit à n'agir qu'une fois le projet complètement avalisé dans la filière de droit des constructions, soit administrative, dont il ne connaît pas forcément le terme exact, ni l'issue (il peut ne pas y avoir eu d'opposition lors de la mise à l'enquête ou au contraire une longue procédure, à laquelle le propriétaire concerné peut ne pas être partie). Par ailleurs, le fait pour ce propriétaire d'attendre avant d'agir en protection d'une servitude qu'il sait potentiellement violée ou menacée pourrait, selon les circonstances, être contraire à la bonne foi (par exemple, laisser aller de l'avant un projet par hypothèse complexe, en ne faisant pas valoir d'emblée des objections dès qu'elles sont connues, avec le risque que l'écoulement du temps augmente le dommage de l'une ou l'autre des parties si le projet se trouve

compromis ; reproche d'un comportement contradictoire d'un propriétaire qui semble d'abord admettre que sa servitude ne s'oppose pas au projet puis, une fois que celui-ci est largement avancé ou même que les travaux ont débuté, en demande l'arrêt pour un motif connu de longue date). Il convient donc d'admettre que dans le cas présent, soit celui où un projet de construction concret existe, le propriétaire d'un fonds qui bénéficie d'une servitude qui pourrait faire obstacle au projet soit habilité à la faire valoir, même si, dans la filière administrative, le projet est contesté et n'est donc pas encore définitif. La demande était ainsi recevable, ce qui ne signifie pas d'emblée que le libellé du dispositif ne soit pas critiquable, ce que la Cour de céans peut examiner dans le cadre de son examen libre, en fait et en droit (art. 310 et 318 CPC).

E. 5

Les parties s'accordent pour dire que la première juge a fondé son examen de la compatibilité du projet de construction avec les servitudes sur les plans du projet C._____ et non pas sur ceux relatifs à la parcelle constituant le fonds servant. Le dossier permet de s'en convaincre à mesure que les plans concernant la parcelle de l'appelante, notamment en coupe transversale, montrent un immeuble comprenant deux étages sur rez-de-chaussée, surmontés d'un attique, puis encore d'une structure plus légère. Le grief tiré de la constatation inexacte des faits est à cet égard bien fondé. L'examen ci-dessous se fera donc sur la base des plans et croquis produits par les parties.

E. 6

a) Aux termes de l'article 730 al. 1 CC, la servitude est une charge imposée sur un immeuble en faveur d'un autre immeuble et qui oblige le propriétaire du fonds servant à souffrir, de la part du propriétaire du fonds dominant, certains actes d'usage, ou à s'abstenir lui-même d'exercer certains droits inhérents à la propriété. S'agissant de ses effets, la loi mentionne, à l'article 738 al. 1 CC, que l'inscription (au registre foncier) fait règle, en tant qu'elle désigne clairement les droits et obligations dérivant de la servitude. Comme l'inscription est très sommaire, il est souvent nécessaire de recourir à d'autres éléments pour déterminer le contenu de la servitude. Selon l'article 738 al. 2 CC, ce contenu peut alors être précisé soit par l'origine de la servitude, à savoir, en général, le contrat constitutif (et l'interprétation doit alors chercher à établir la réelle et commune intention des parties ou, si cela n'est pas possible, déterminer la volonté des parties conformément au principe de la confiance [ATF 137 III 145 cons. 3.2.1 ; 130 III 554 cons. 3.1]), soit, lorsque le titre d'acquisition ne permet pas de déterminer le contenu de la servitude, en tenant compte de la manière dont celle-ci a été exercée, paisiblement et de bonne foi. Ce « long usage paisible et de bonne foi » n'a pas le caractère d'une prescription acquisitive ; il s'agit simplement d'un moyen d'établir la portée que les parties ont voulu donner à la servitude (ATF 137 III 145 cons. 2.3.2). En outre, si le litige n'oppose pas les parties au contrat constitutif, mais des tiers acquéreurs des immeubles, l'interprétation du contrat est limitée par la protection de la bonne foi (Hohl , Le contrôle de l'interprétation des servitudes par le Tribunal fédéral, in RNR 2009/2, p. 73 ss). D'éventuels processus internes qui pourraient avoir influencé les parties à l'acte constitutif mais qui n'apparaissent pas dans celui-ci ne sont donc pas opposables à un tiers acquéreur. Toute servitude doit par ailleurs être interprétée restrictivement et ne doit limiter les droits du propriétaire du fonds servant que dans la mesure nécessaire à son exercice normal (arrêt du TF du 30.08.2010 [1C_237/2010] cons. 2.5.1) . Dans le doute, le contenu d'une servitude doit être interprété restrictivement, soit en faveur du fonds servant (BSK ZGB II - Petitpierre , 5 e éd. 2015, art. 738 N. 11). b) Les

servitudes d'interdiction/de restriction de bâtir peuvent poursuivre différents objectifs, tels la limitation du volume des constructions, la préservation de la vue, de l'ensoleillement et de la lumière, voire encore la protection contre les immissions (arrêt du TF du 03.02.2015 [5D_136/2014] cons. 5.3.2 ; arrêt du TF du 27.08.2013 [5A_340/2013] cons.4.3.1.2). Une servitude, aux termes de laquelle la hauteur de la construction autorisée sur le fonds servant est exprimée dans une cote précise, doit se concevoir de façon absolue, conformément à son sens. C'est pourquoi elle doit être respectée indépendamment du point de savoir si en l'espèce une construction plus élevée porterait effectivement atteinte aux besoins du fonds dominant ; si le but d'une telle servitude est d'améliorer la qualité de l'habitat sur le fonds dominant, il ne se limite pas raisonnablement à la préservation de la vue, de l'ensoleillement et de la lumière ; il tend également à la limitation du volume de la construction sur le fonds voisin (ATF 115 II 434 , JT 1991 I 88).

E. 7

Deux éléments ressortent à tout le moins tout à fait clairement – sans interprétation nécessaire sous l'angle de l'article 738 al. 2 CC – de la lettre des servitudes litigieuses : l'interdiction d'ériger sur le fonds servant, d'une part, un « bâtiment comprenant plus de 2 étages sur rez-de-chaussée (atelier) avec combles non habitables » et, d'autre part, un bâtiment dont la hauteur dépasserait « 13 mètres depuis le terrain jusqu'au faite du toit, hauteur prise dans l'axe de l'immeuble ». Les explications données par l'appelante elle-même permettent de se convaincre que l'immeuble ne respecte pas, à tout le moins, la condition de ne pas avoir plus que deux étages sur rez-de-chaussée et des combles non habitables puisqu'est précisément prévu, en plus de deux étages sur rez-de-chaussée, un logement en attique au-dessus du 2^e étage, surmonté encore d'une structure occupant une partie d'étage. Il est clair que sous cet angle et sans qu'il soit nécessaire d'examiner la condition de la hauteur, le projet figurant au dossier ne respecte pas la servitude. Le fait que, selon les affirmations de l'appelante, le projet tel qu'elle l'a remanié suite à et dans le cadre de la procédure administrative qui l'oppose à C._____ serait désormais « plus léger et moins haut » n'y change rien. D'une part, cette affirmation concerne la hauteur du bâtiment et, d'autre part, elle n'est documentée par aucune pièce, si bien qu'on se basera sur les plans figurant au dossier de première instance. A elle seule, cette issue pouvait conduire – sous réserve de ce qui suit – à ce que la première juge prononce une interdiction à l'encontre de l'appelante de construire l'immeuble envisagé (mais non une interdiction portant sur « un » immeuble, ce qui revient alors à dire de manière générique « tout » immeuble en violation des servitudes de limitation de bâtir grevant l'article [99999] au profit des bien-fonds [55555] et [77777] et s'approche d'une action en constatation de droit, alors que seule l'interdiction d'un projet concret pourrait entrer en ligne de compte, au titre de conclusion condamnatrice).

E. 8

Le litige dont était saisi la première juge comportait un autre volet, soulevé à titre reconventionnel, soit celui de savoir si les servitudes conservaient leur utilité ou si leur levée judiciaire pouvait être prononcée, sur la base de l'article 736 CC que la défenderesse et appelante a invoqué et conformément aux conclusions qu'elle avait prises.

E. 9

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a rappelé ce qui suit : « [s]elon l'art. 736 al. 1 CC , le propriétaire grevé peut exiger la radiation d'une servitude qui a perdu toute utilité pour le

fonds dominant. Celle-ci se définit conformément au principe de l'identité de la servitude, selon lequel dite servitude ne peut être maintenue dans un autre but que celui pour lequel elle a été constituée. Il faut ainsi examiner en premier lieu si le propriétaire du fonds dominant a encore un intérêt à exercer la servitude selon son but initial et quel est le rapport entre cet intérêt et celui qui existait au moment de la constitution de la servitude. L'intérêt du propriétaire du fonds dominant s'apprécie selon des critères objectifs. Pour déterminer le but initial, le contenu et l'étendue de la servitude, le juge saisi de la demande de radiation se fondera, conformément à l'art. 738 CC, en premier lieu sur l'inscription au registre foncier (al. 1). Dans la mesure où les droits et les devoirs respectifs en ressortent clairement, elle est décisive pour fixer le contenu de la servitude. Si l'inscription n'est pas claire, il faut remonter au fondement de l'acquisition, c'est-à-dire au contrat constitutif de la servitude. Si le titre d'acquisition n'est pas concluant, le contenu de la servitude peut être déterminé par la manière dont la servitude a été exercée pendant longtemps, paisiblement et de bonne foi (al. 2). Le défaut d'utilité lors de la demande de radiation ne conduit pas dans tous les cas à la radiation. Il faut en effet tenir compte du fait que l'intérêt à un usage conforme au but initial de la servitude peut renaître dans un avenir prévisible. Une possibilité purement théorique d'un changement futur de circonstances est cependant insuffisante à justifier le maintien de l'inscription de la servitude ; il faut au contraire que la renaissance de l'intérêt présente une certaine probabilité concrète » (arrêt du TF du 28.10.2020 [5A_109/2020] cons. 3.1.1 et 3.1.2, et les références citées).

E. 10

mètres». Quoiqu'il en soit, en renonçant au niveau terrasse avec superstructure, le projet est désormais «encore moins haut que le projet existant au moment du jugement et est, partant, pleinement conforme à la servitude». Partant de l'idée que le dégagement et la vue ne donnent aucune portée à la servitude, l'appelante conteste que les limites du nombre d'étages et de la hauteur du bâtiment puissent être utiles à une certaine tranquillité du quartier. Selon elle, la jurisprudence fédérale sur laquelle se fonde la première juge, et qui concernait un quartier de villas au sein duquel le fonds servant jouait un rôle de tampon de protection, n'est pas transposable au cas présent. Ici, les parcelles en cause sont isolées l'une de l'autre par des arbres et d'imposants bâtiments érigés sur deux autres parcelles. Le quartier s'est développé entre les deux parcelles, ce qui rend «toute idée de préservation de la tranquillité déconnectée de la réalité géographique et urbanistique du lieu». Le projet en cause n'apportera pas aux parcelles de l'intimé des nuisances réelles, pas plus qu'un trafic plus important puisque la ruelle [bb] est une impasse et que le projet de l'appelante est au début de celle-ci. Du reste, l'exigence de «certaine tranquillité» ne découle pas de la servitude, qui ne prévoit pas de limitation de coefficient dans les constructions, au contraire des zones de villas. Le projet ne vise du reste qu'à «abriter quelques familles et non d'un grand bloc comme ceux de B. _____ ou de C. _____». Il ne saurait donc être question d'émissions de nature à perturber la tranquillité. L'appelante se plaint en outre d'une violation du principe de proportionnalité, puisque la validité de la servitude «revient à imposer à une seule petite parcelle un sacrifice disproportionné par rapport à l'insignifiant bénéfice que pourrait en retirer le fonds dominant». Le maintien des servitudes relève de la pure chicane et viole l'article 736 CC. Elles doivent donc être radiées.

K. Au terme de sa réponse à appel du 28 octobre 2020, Y. _____ conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement du 23 juillet 2020, avec suite de frais et dépens. Il

fait valoir que le développement du quartier de la ruelle [bb] et du chemin [cc] s'est fait dans le respect et en harmonie avec le reste du quartier, en privilégiant, comme pour le bâtiment à proximité, des constructions étendues plutôt qu'en hauteur. Le fait que la ruelle [bb] soit une impasse et l'absence de circulation motorisée en-dehors des ayants droit «démontre la volonté de conserver un quartier familial, calme, au sein duquel la qualité de vie et la tranquillité sont préservées». Préserver cette tranquillité et la qualité de vie «était probablement le but recherché par ces servitudes». S'agissant de la constatation des faits, l'intimé reconnaît que la juge civile s'est malencontreusement référée au dossier du projet C. _____ et non pas à celui de l'appelante pour déterminer la compatibilité du projet avec la servitude. Il n'en demeure pas moins que la servitude est violée, spécialement par le nombre d'étages envisagé, qu'il fixe à quatre niveaux habitables. S'agissant de la hauteur de la construction, l'intimé considère comme correct le calcul de la première juge et parvient lui-même à la valeur de 14,75 mètres. La servitude qui limite la hauteur à 13 mètres entre le terrain naturel et la faîte du toit est donc violée. Sous l'angle de l'article 736 CC, l'intimé se réfère à la jurisprudence fédérale, dont il tire que le développement et la densification du quartier par la construction de bâtiments plus grands (bâtiment à proximité, immeuble de B. _____, projet C. _____) suffit à lui seul à fonder l'intérêt du propriétaire du fonds dominant au maintien de la restriction du droit de bâtir et, ainsi, à la préservation d'une certaine tranquillité. La servitude n'a donc pas perdu de son utilité, et encore moins de façon définitive. L'appelante connaissait l'existence des servitudes lorsqu'elle a acquis sa parcelle et il n'est pas disproportionné de les maintenir car elles n'empêchent pas toute utilisation rationnelle du fonds, en particulier par la construction d'un bâtiment.

L. Les parties se sont encore exprimées le 20 novembre 2020 pour l'appelante et le 27 novembre 2020 pour l'intimé. Le 30 novembre 2020, elles ont été informées que l'échange d'écritures était clos et l'affaire gardée à juger.

C O N S I D E R A N T

1. Interjeté dans les formes et délai légaux, l'appel est recevable.

2. L'article 317 al. 1 CPC prévoit que les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). L'appelante a produit en appel la décision du Conseil d'Etat du 4 mai 2020 relative à la sanction définitive du projet C. _____, décision reçue le 12 mai 2020 si l'on en croit la mention manuscrite qui figure sur sa première page. Les débats de première instance ont été clôturés à l'audience du 4 février 2020, après les plaidoiries des parties. Le procès-verbal de cette audience précise qu'un jugement serait rendu sur la base du dossier «dans les meilleurs délais». Dans cette situation, on ne saurait faire grief à l'appelante de n'avoir pas adressé, pour s'en prévaloir, la décision du 4 mai 2020 à la première juge, celle-ci étant «entrée en délibération» (si cette expression a un sens pour un juge unique), et le fait nouveau pouvant et devant alors être invoqué dans l'appel. La pièce est donc recevable. En revanche, comme indiqué dans l'ordonnance du 24 septembre 2020, il n'est pas en soi possible de fixer en appel un délai de production de pièces lorsque l'article 317 al. 1 CPC s'applique : ce sont alors les conditions de cette disposition qui sont déterminantes. C'est alors de deux choses l'une, soit les pièces (en l'occurrence des plans) existaient au moment de l'appel et il convenait de les produire avec celui-ci, soit elles n'existaient pas encore et il fallait les

produire sans retard dans le cours de la procédure d'appel (avant la clôture des débats et l'entrée en délibération de la Cour). Il n'y avait ni besoin ni la possibilité de fixer un délai. Aucune pièce supplémentaire n'ayant été produite (en accord ou non avec l'article 317 CPC), c'est sur la base du dossier existant qu'il convient de trancher, l'appelante admettant elle-même que la Cour de céans dispose des «éléments nécessaires pour trancher directement cette affaire».

3. Au niveau des griefs formels, l'appelante se plaint d'un déni de justice, à mesure que la juge civile a retenu que la tranquillité du quartier justifiait le maintien des servitudes alors que cet aspect ne concernait qu'une des trois servitudes en cause, les deux autres n'étant pas examinées (et ayant perdu leur utilité). Elle critique également le jugement en ce qu'il ne se penche pas spécifiquement sur l'intérêt de la parcelle de 19 m² au maintien des servitudes, qu'elle juge inexistant.

Le grief se confond en réalité avec l'examen au fond et il conviendra de déterminer ci-dessous si le critère de la tranquillité du quartier justifie le maintien, comme il résulte du jugement, des deux servitudes (selon la demande, il s'agit clairement des deux servitudes, avec les trois éléments sur lesquels on reviendra, désignées au Registre foncier par les numéros [11] et [12]). Cela étant, on observera que dans ses conclusions, l'appelante ne réserve pas un examen différencié en fonction, d'une part, de la parcelle de fonds dominant en cause et, d'autre part, de la servitude concernée, ce qui a sans doute contribué à un examen global, même si les écritures de l'appelante distinguaient les parcelles et les servitudes. C'est le lieu de préciser que la conclusion en radiation de toutes les servitudes n'empêcherait pas le tribunal de ne prononcer la radiation que de l'une ou l'autre de celles-ci, en vertu du principe «qui peut le plus peut le moins» et dans le respect de l'interdiction de statuer *ultra petita*.

4. L'appelante soutient que la demande du 3 janvier 2018 aurait dû être déclarée irrecevable, faute pour le demandeur de disposer d'un intérêt actuel à la cause, respectivement d'un intérêt digne de protection au sens de l'article 59 al. 2 let. a CPC.

S'il est vrai qu'une compétence admise au moment de statuer sur des mesures provisionnelles, soit sous l'angle de la vraisemblance, n'exclut pas forcément que la demande puisse être déclarée irrecevable lorsqu'il s'agit de l'examiner sur le fond, puisqu'un nouvel examen doit alors intervenir, la demande n'est pas en l'espèce irrecevable. Lorsqu'il existe des velléités de construction sur le fonds servant, concrétisées par des plans mis à l'enquête, on doit considérer que le propriétaire du fonds dominant dispose d'un intérêt digne de protection à un examen du projet de construction au regard de la servitude dont il demande le respect, et ce même s'il n'est pas d'emblée exclu (et la présente procédure a vu se réaliser ce cas de figure) que le projet doive être modifié ou même soit annulé dans le cadre de l'examen de droit administratif. Dans le cas contraire, le propriétaire du fonds dominant serait réduit à n'agir qu'une fois le projet complètement avalisé dans la filière de droit des constructions, soit administrative, dont il ne connaît pas forcément le terme exact, ni l'issue (il peut ne pas y avoir eu d'opposition lors de la mise à l'enquête ou au contraire une longue procédure, à laquelle le propriétaire concerné peut ne pas être partie). Par ailleurs, le fait pour ce propriétaire d'attendre avant d'agir en protection d'une servitude qu'il sait potentiellement violée ou menacée pourrait, selon les circonstances, être contraire à la bonne foi (par exemple, laisser aller de l'avant un projet par hypothèse complexe, en ne faisant pas valoir d'emblée des objections dès qu'elles sont connues, avec le risque que l'écoulement du temps augmente le dommage de l'une

ou l'autre des parties si le projet se trouve compromis ; reproche d'un comportement contradictoire d'un propriétaire qui semble d'abord admettre que sa servitude ne s'oppose pas au projet puis, une fois que celui-ci est largement avancé ou même que les travaux ont débuté, en demande l'arrêt pour un motif connu de longue date). Il convient donc d'admettre que dans le cas présent, soit celui où un projet de construction concret existe, le propriétaire d'un fonds qui bénéficie d'une servitude qui pourrait faire obstacle au projet soit habilité à la faire valoir, même si, dans la filière administrative, le projet est contesté et n'est donc pas encore définitif. La demande était ainsi recevable, ce qui ne signifie pas d'emblée que le libellé du dispositif ne soit pas critiquable, ce que la Cour de céans peut examiner dans le cadre de son examen libre, en fait et en droit (art. 310 et 318 CPC).

5. Les parties s'accordent pour dire que la première juge a fondé son examen de la compatibilité du projet de construction avec les servitudes sur les plans du projet C. _____ et non pas sur ceux relatifs à la parcelle constituant le fonds servant. Le dossier permet de s'en convaincre à mesure que les plans concernant la parcelle de l'appelante, notamment en coupe transversale, montrent un immeuble comprenant deux étages sur rez-de-chaussée, surmontés d'un attique, puis encore d'une structure plus légère. Le grief tiré de la constatation inexacte des faits est à cet égard bien fondé. L'examen ci-dessous se fera donc sur la base des plans et croquis produits par les parties.

6.a) Aux termes de l'article 730 al. 1 CC, la servitude est une charge imposée sur un immeuble en faveur d'un autre immeuble et qui oblige le propriétaire du fonds servant à souffrir, de la part du propriétaire du fonds dominant, certains actes d'usage, ou à s'abstenir lui-même d'exercer certains droits inhérents à la propriété. S'agissant de ses effets, la loi mentionne, à l'article 738 al. 1 CC, que l'inscription (au registre foncier) fait règle, en tant qu'elle désigne clairement les droits et obligations dérivant de la servitude. Comme l'inscription est très sommaire, il est souvent nécessaire de recourir à d'autres éléments pour déterminer le contenu de la servitude. Selon l'article 738 al. 2 CC, ce contenu peut alors être précisé soit par l'origine de la servitude, à savoir, en général, le contrat constitutif (et l'interprétation doit alors chercher à établir la réelle et commune intention des parties ou, si cela n'est pas possible, déterminer la volonté des parties conformément au principe de la confiance [ATF 137 III 145 cons. 3.2.1 ; 130 III 554 cons. 3.1]), soit, lorsque le titre d'acquisition ne permet pas de déterminer le contenu de la servitude, en tenant compte de la manière dont celle-ci a été exercée, paisiblement et de bonne foi. Ce «long usage paisible et de bonne foi» n'a pas le caractère d'une prescription acquisitive ; il s'agit simplement d'un moyen d'établir la portée que les parties ont voulu donner à la servitude (ATF 137 III 145 cons. 2.3.2). En outre, si le litige n'oppose pas les parties au contrat constitutif, mais des tiers acquéreurs des immeubles, l'interprétation du contrat est limitée par la protection de la bonne foi (Hohl, Le contrôle de l'interprétation des servitudes par le Tribunal fédéral, in RNR 2009/2, p. 73 ss). D'éventuels processus internes qui pourraient avoir influencé les parties à l'acte constitutif mais qui n'apparaissent pas dans celui-ci ne sont donc pas opposables à un tiers acquéreur. Toute servitude doit par ailleurs être interprétée restrictivement et ne doit limiter les droits du propriétaire du fonds servant que dans la mesure nécessaire à son exercice normal (arrêt du TF du 30.08.2010 [1C_237/2010] cons. 2.5.1). Dans le doute, le contenu d'une servitude doit être interprété restrictivement, soit en faveur du fonds servant (BSK ZGB II-Petitpierre, 5e éd. 2015, art. 738 N. 11).

b) Les servitudes d'interdiction/de restriction de bâtir peuvent poursuivre différents objectifs, tels la limitation du volume des constructions, la préservation de la vue, de l'ensoleillement et de la lumière, voire encore la protection contre les immissions (arrêt du TF du 03.02.2015 [5D_136/2014] cons. 5.3.2 ; arrêt du TF du 27.08.2013 [5A_340/2013] cons. 4.3.1.2). Une servitude, aux termes de laquelle la hauteur de la construction autorisée sur le fonds servant est exprimée dans une cote précise, doit se concevoir de façon absolue, conformément à son sens. C'est pourquoi elle doit être respectée indépendamment du point de savoir si en l'espèce une construction plus élevée porterait effectivement atteinte aux besoins du fonds dominant ; si le but d'une telle servitude est d'améliorer la qualité de l'habitat sur le fonds dominant, il ne se limite pas raisonnablement à la préservation de la vue, de l'ensoleillement et de la lumière ; il tend également à la limitation du volume de la construction sur le fonds voisin (ATF 115 II 434, JT 1991 I 88).

7. Deux éléments ressortent à tout le moins tout à fait clairement ■ sans interprétation nécessaire sous l'angle de l'article 738 al. 2 CC ■ de la lettre des servitudes litigieuses : l'interdiction d'ériger sur le fonds servant, d'une part, un « bâtiment comprenant plus de 2 étages sur rez-de-chaussée (atelier) avec combles non habitables » et, d'autre part, un bâtiment dont la hauteur dépasserait « 13 mètres depuis le terrain jusqu'au faîte du toit, hauteur prise dans l'axe de l'immeuble ».

Les explications données par l'appelante elle-même permettent de se convaincre que l'immeuble ne respecte pas, à tout le moins, la condition de ne pas avoir plus que deux étages sur rez-de-chaussée et des combles non habitables puisqu'est précisément prévu, en plus de deux étages sur rez-de-chaussée, un logement en attique au-dessus du 2^e étage, surmonté encore d'une structure occupant une partie d'étage. Il est clair que sous cet angle et sans qu'il soit nécessaire d'examiner la condition de la hauteur, le projet figurant au dossier ne respecte pas la servitude. Le fait que, selon les affirmations de l'appelante, le projet tel qu'elle l'a remanié suite à et dans le cadre de la procédure administrative qui l'oppose à C. _____ serait désormais « plus léger et moins haut » n'y change rien. D'une part, cette affirmation concerne la hauteur du bâtiment et, d'autre part, elle n'est documentée par aucune pièce, si bien qu'on se basera sur les plans figurant au dossier de première instance.

A elle seule, cette issue pouvait conduire ■ sous réserve de ce qui suit ■ à ce que la première juge prononce une interdiction à l'encontre de l'appelante de construire l'immeuble envisagé (mais non une interdiction portant sur « un » immeuble, ce qui revient alors à dire de manière générique « tout » immeuble en violation des servitudes de limitation de bâtir grevant l'article [99999] au profit des bien-fonds [55555] et [77777] et s'approche d'une action en constatation de droit, alors que seule l'interdiction d'un projet concret pourrait entrer en ligne de compte, au titre de conclusion condamnatoire).

8. Le litige dont était saisi la première juge comportait un autre volet, soulevé à titre reconventionnel, soit celui de savoir si les servitudes conservaient leur utilité ou si leur levée judiciaire pouvait être prononcée, sur la base de l'article 736 CC que la défenderesse et appelante a invoqué et conformément aux conclusions qu'elle avait prises.

9. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a rappelé ce qui suit : « [s]elon l'art. 736 al. 1 CC, le propriétaire grevé peut exiger la radiation d'une servitude qui a perdu toute utilité pour le fonds dominant. Celle-ci se définit conformément au principe de l'identité de la servitude, selon lequel dite servitude ne peut être maintenue dans un autre but que celui pour lequel

elle a été constituée. Il faut ainsi examiner en premier lieu si le propriétaire du fonds dominant a encore un intérêt à exercer la servitude selon son but initial et quel est le rapport entre cet intérêt et celui qui existait au moment de la constitution de la servitude. L'intérêt du propriétaire du fonds dominant s'apprécie selon des critères objectifs. Pour déterminer le but initial, le contenu et l'étendue de la servitude, le juge saisi de la demande de radiation se fondera, conformément à l'art.738 CC, en premier lieu sur l'inscription au registre foncier (al. 1). Dans la mesure où les droits et les devoirs respectifs en ressortent clairement, elle est décisive pour fixer le contenu de la servitude. Si l'inscription n'est pas claire, il faut remonter au fondement de l'acquisition, c'est-à-dire au contrat constitutif de la servitude. Si le titre d'acquisition n'est pas concluant, le contenu de la servitude peut être déterminé par la manière dont la servitude a été exercée pendant longtemps, paisiblement et de bonne foi (al. 2). Le défaut d'utilité lors de la demande de radiation ne conduit pas dans tous les cas à la radiation. Il faut en effet tenir compte du fait que l'intérêt à un usage conforme au but initial de la servitude peut renaître dans un avenir prévisible. Une possibilité purement théorique d'un changement futur de circonstances est cependant insuffisante à justifier le maintien de l'inscription de la servitude ; il faut au contraire que la renaissance de l'intérêt présente une certaine probabilité concrète» (arrêt du TF du 28.10.2020 [5A_109/2020] cons. 3.1.1 et 3.1.2, et les références citées).

10.a) Le dossier ne renseigne pas spécifiquement et précisément sur les motifs qui ont conduit à l'inscription des servitudes litigieuses, pas plus que sur l'évolution d'une à une (laquelle des parcelles est devenue laquelle, après tous les transferts et remaniements successifs ?) de chacune des parcelles du quartier situé en contre-bas de la gare de Z._____. Cela étant, on sait que les parcelles [55555] et [77777] sont issues, après plusieurs remaniements, de la parcelle anciennement [2222], elle-même constituée en 1946 par le détachement de la parcelle [1111], propriété alors de D._____, d'une surface de 1401 m². Cette division de la parcelle [1111] avait donc donné deux parcelles, la première de 6107 m² de «bâtiments, place, jardins, verger et buissons» qui restait propriété de D._____ et prenait le numéro [3333] et la deuxième de 1401 m² de «jardin, verger» qui devenait propriété de la société E._____. C'est dans le cadre de cette division suivie d'une aliénation qu'ont été inscrites les servitudes énoncées ci-dessus sous lettre A. Ces servitudes portaient sur plusieurs éléments et les limitations qu'elles imposaient visaient (1) le type de bâtiment qui peut être érigé sur la parcelle détachée (qui deviendra la parcelle [99999]), soit l'interdiction d'ériger «un bâtiment comprenant plus de 2 étages sur rez-de-chaussée (atelier) avec combles non habitables» ; (2) la hauteur du bâtiment, qui ne devait pas dépasser 13 mètres depuis le terrain jusqu'au faite du toit, hauteur prise dans l'axe de l'immeuble ; et (3) une interdiction de construire sur une partie nord-ouest de la parcelle [2222], déterminée à partir de la limite ouest du bâtiment que la société E._____ SA se proposait de construire sur la parcelle qu'elle acquérait.

On peut déduire de ce qui précède qu'au moment de leur constitution, les servitudes s'inscrivaient entre deux parcelles, la première de taille conséquente, certes construite, mais agrémentée également de jardins et vergers, et la deuxième, issue précisément d'une partie des jardins et vergers, qui allait être construite. Si on peut admettre avec les parties et la première juge qu'un des motifs de la constitution de la servitude était certainement de préserver un voisinage pas ou peu construit, ne pouvait comprendre qu'au plus une activité industrielle modeste sous la forme d'un atelier dans un rez-de-chaussée et ne dénaturant

pas l'aspect bucolique des environs, le 3^e élément de la servitude, soit le fait qu'un bout de la parcelle détachée, situé à son nord-ouest, ne pouvait être construit, de même que les limitations du type et de la hauteur du bâtiment, visait aussi à garantir le dégagement devant les bâtiments préexistants sur la parcelle d'origine (no [1111], devenue après son amputation de la parcelle [2222], le numéro [3333]). Ce dégagement, entendu comme la vue au sens large incluant la vue périphérique, peut être entravé non seulement par un immeuble qui obstruerait complètement et directement la vue (en 1946, cette préoccupation n'était pas encore autant d'actualité, puisque les constructions n'étaient généralement pas très hautes et que le dénivelé naturel du terrain mettait ici le fonds dominant probablement à l'abri d'une obstruction totale), mais aussi par la modification de ce qui se trouve en contrebas du fonds dominant (il n'est pas équivalent d'avoir devant soi un verger comme cela était le cas à l'origine ou, même sur le côté seulement, un bâtiment avec une activité humaine). C'est sans doute pour cela que la restriction (3) a été prévue, puisqu'elle permettait d'assurer que la parcelle qui s'étendait au-dessus, mais aussi à l'ouest continue à profiter d'un certain dégagement. Si la nature des éléments (1) et (2) des servitudes pourrait se rattacher autant à la préservation de la vue au sens large (en limitant la hauteur et l'emprise des bâtiments) qu'à celle de la tranquillité du quartier (par des immeubles plus modestes, on limite le nombre des personnes qui les fréquentent, en plus de la limitation de l'activité prévue au ch. 1, d'où un plus grand calme), l'élément (3) ne vise pas cette tranquillité mais le dégagement. Ces deux éléments sont du reste liés puisque dans bien des cas, la limitation de la hauteur des bâtiments vise aussi la densité de construction dans le quartier. Or, comme vu ci-dessus, si le but d'une telle servitude limitant la hauteur de la construction est d'améliorer la qualité de l'habitat sur le fonds dominant, il ne se limite pas raisonnablement à la préservation de la vue, de l'ensoleillement et de la lumière ; il tend également à la limitation du volume de la construction sur le fonds voisin (ATF 115 II 434, JT 1991 I 88). On peut donc considérer que le but initial de la servitude était double : préserver le dégagement et la vue, en même temps que la tranquillité et le caractère campagnard des environs.

b) S'agissant de la préservation de la vue, reconnue comme l'un des aspects de la servitude initiale, le demandeur et intimé ne soutient pas que les servitudes lui seraient d'une quelconque utilité à cette fin. Et pour cause : si le propriétaire de la parcelle au moment de la constitution de la servitude pouvait espérer maintenir ainsi le dégagement en contre-bas de son immeuble, la situation se présente désormais très différemment. La parcelle [77777] est en effet directement bordée par la parcelle [10000], sur laquelle est érigé un bâtiment de grand volume, dont l'angle nord-est arrive presque jusqu'à la limite est de la parcelle, qui est identique respectivement s'inscrit dans le prolongement l'une de l'autre des parcelles [10000] et [99999]. S'y ajoute le fait que depuis la parcelle [77777], la parcelle [99999] n'est pas ou peu visible. Sous cet angle, les servitudes ont perdu toute utilité pour la parcelle [77777]. Il en va de même pour la parcelle [55555], constituée d'un bout de terrain non construit de 19 m², devant lequel se dresse déjà, de l'autre côté de la ruelle [bb], un immeuble et d'où on peut au mieux apercevoir de la parcelle [99999] une petite fraction à son nord-est.

Cette perte d'utilité en lien avec l'un des buts des servitudes ne signifie pas encore qu'elles ne conserveraient pas, pour le fonds dominant, un intérêt sous l'angle de la préservation de la tranquillité du quartier, comme l'a retenu la juge civile.

c) Dans un arrêt de 2013 (arrêt du TF du 27.08.2013 [5A_340/2013]) auquel se réfèrent tant les parties que la première juge, le Tribunal fédéral a jugé que le développement d'un quartier, en l'occurrence de villas, depuis la constitution de la servitude, suffirait à lui seul à fonder l'intérêt du propriétaire de fonds dominant au maintien de la restriction de bâtir et, ainsi, à la préservation d'une certaine tranquillité. Si on regarde cette cause de plus près, on constate que l'état de fait retenu par la dernière instance cantonale, fondé sur l'avis d'un expert judiciaire, expose que «le quartier n'était que partiellement construit en 1948 et devait alors être calme, la plupart des constructions situées dans la zone étant de petites dimensions et correspondant probablement à des maisons individuelles ou villas». Cela avait conduit les propriétaires des parcelles concernées par la servitude, au moment de leur constitution, à limiter le type de construction admises à celle de «villas», de niveaux et hauteur limités (cons. 4.3.2.1).

La situation se présente toutefois ici différemment et ce, indépendamment d'une éventuelle incidence qu'il faudrait retenir du caractère contigu des parcelles (comme dans l'arrêt fédéral précité voir lettre A.a de celui-ci) ou non (comme ici), sachant toutefois que l'examen de la préservation globale d'un quartier plaide a priori pour ne pas tenir compte de manière prépondérante de ce critère pour différencier les situations. On peut s'en convaincre aussi du fait que les parcelles concernées par les servitudes s'inscrivent sans conteste dans l'unité de quartier désigné comme celui du chemin [cc] et qui s'étend le long de la ruelle [bb], en contrebas de la gare de Z._____. Leur juxtaposition directe ou non ne permet donc pas, à elle seule et en tant que telle, d'écarter la jurisprudence fédérale citée. Un autre élément central doit cependant y conduire. Dans l'arrêt de 2013, le quartier en cause était déjà construit au moment de la constitution de la servitude, même s'il était partiellement et seulement par des constructions «de petites dimensions et correspondant probablement à des maisons individuelles ou villas». La classification, selon le plan général d'affectation de 2009, des parcelles concernées dans une «zone mixte affectée à l'habitation, au commerce, aux bureaux, à l'artisanat, aux constructions et aux installations publiques ainsi qu'aux équipements destinés à l'enseignement, à la culture, au sport, aux loisirs, au tourisme et au délasserment» (let. A.b de l'arrêt de 2013), a sans doute conduit les propriétaires à envisager de densifier leur parcelle. Le type de cadre de vie que la servitude visait à préserver était cependant encore largement semblable à celui qui existait au moment de la constitution de la servitude, puisque ce n'est qu'avec le classement dans une zone à densité plus importante sous l'angle de l'aménagement du territoire que d'autres constructions que des «villas», sous réserve de la servitude, pouvaient être envisagées.

En l'espèce, il en va tout différemment. La parcelle d'origine, no [1111], d'une surface de 7508 (1401 + 6107) m², couverte de «bâtiments, place, jardins, verger et buissons», a fondamentalement évolué depuis 1946 et la physionomie du quartier que l'intimé prétend protéger n'a plus rien à voir avec celle que visait à protéger la servitude de 1946. De véritables vergers, il n'y en a plus dans ce quartier. Les jardins se limitent, lorsqu'il y en a autour des constructions, à des surfaces désormais sans commune mesure avec les milliers de mètres carrés de la parcelle d'origine. Plusieurs bâtiments que l'on peut qualifier d'imposants au regard de la morphologie initiale des lieux ont été érigés, en particulier sur les parcelles [10000] et [1003]. Le lieu-dit «*****», au sud de la ruelle [bb], en contrebas du chemin «[cc]» dans lequel s'inscrivent les parcelles litigieuses, est désormais construit de nombreux immeubles. En d'autres termes, non seulement la parcelle initiale [1111],

devenue les parcelles [3333] et [2222], est passée essentiellement d'un verger de 7500 m² avec une construction à un quartier largement et assez densément construit, mais le verger attenant de l'autre côté de la ruelle [bb] a lui aussi disparu. Si le quartier de la ruelle [bb] conserve un charme certain, à tout le moins à des yeux citadins, il n'a plus rien à voir avec la configuration d'origine et ce charme réside sans doute aussi dans son caractère essentiellement piétonnier, puisque cette ruelle est un cul-de-sac terminé par des escaliers et que la circulation n'y est autorisée que pour les riverains. C'est essentiellement cette limitation de circulation qui en préserve la tranquillité. Et ce bien plus que la limitation des constructions, dont on doit considérer qu'elle n'a plus vraiment de sens à l'échelle du quartier, lorsque celui-ci comprend déjà de nombreuses grandes constructions comme ici, alors que ces constructions étaient rares voire inexistantes à l'origine. Les servitudes litigieuses apparaissent désuètes et sans utilité concrète tant pour la parcelle [5555] que pour la parcelle [7777], sous l'angle de la préservation de la tranquillité initiale du quartier. Cette tranquillité, comparée à la situation de 1946, n'existe clairement plus depuis longtemps et ce n'est pas un exercice des servitudes au détriment de la parcelle [9999] qui améliorera la tranquillité du quartier, pas plus du reste que celle des parcelles dominantes prises individuellement ne sera diminuée en cas de levée des servitudes. Les fonds dominants ne seront en rien touchés par l'éventuelle (et mesurée) augmentation du trafic que pourrait engendrer une construction plus grande que l'actuelle sur le fonds servant, puisque la ruelle [bb] est une impasse et que les utilisateurs du fonds servant ne monteront pas dans cette ruelle au-delà de l'embranchement de la rue [aa]. L'exercice des servitudes a donc perdu toute utilité pour les fonds dominants (cet exercice ne permet pas de préserver la tranquillité et le cadre de vie initial du quartier, qui s'est fondamentalement modifié depuis 1946, passant d'un quartier non construit à celui qu'il est aujourd'hui, avec plusieurs bâtiments imposants et en cela l'état de fait est fondamentalement différent de celui de l'arrêt fédéral de 2013) et il convient d'en ordonner la radiation.

d) Même dans l'hypothèse où l'on devrait admettre que le propriétaire d'une parcelle située le long du chemin [cc], soit sur le haut du quartier de la ruelle [bb], conserve, malgré les modifications fondamentales du quartier depuis la constitution des servitudes, un intérêt à ce que la tranquillité déjà largement compromise par rapport à la situation de 1946 ne soit pas encore plus mise en péril, et donc que, dans cette perspective, les servitudes n'ont pas encore perdu toute utilité pour le fonds dominant au sens de l'article 736 al. 1 CC, l'article 736 al. 2 CC permettrait au fonds servant de s'en faire délivrer. Selon cette disposition, le propriétaire grevé peut obtenir 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.

Sous l'angle de la proportionnalité, le maintien des servitudes en faveur de la parcelle [5555] ne se justifie à l'évidence pas. Ce rectangle de 19 m², non construit, coïncé entre deux autres parcelles probablement pour des raisons historiques, ne saurait justifier que son propriétaire, sous le couvert de préserver la tranquillité et l'harmonie d'un quartier, puisse exiger des restrictions autres que celles issues des règles de droit public qui veillent déjà à l'intérêt public, plus naturellement porté à la préservation du quartier dans son ensemble que les intérêts privés affectant une parcelle de 1475 m² située plus de 60 mètres plus bas le long de la ruelle concernée. Si, du reste, la demande du 3 janvier 2018 avait été déposée par un propriétaire concernée par la seule parcelle [5555] (et non également la parcelle [7777]), elle aurait certainement dû être qualifiée de téméraire.

Les choses se présenteraient dans l'hypothèse toujours où la cause ne serait pas déjà scellée par l'application de l'article 736 al. 1 CC sans doute de manière un peu plus nuancée pour la parcelle [77777] que pour la parcelle [55555], sans toutefois que le résultat soit différent. En effet, même si l'on devait considérer que la construction qui ne serait (du point de vue strictement civil, les restrictions administratives tirées des règles de l'aménagement du territoire s'appliquant bien sûr concurremment) plus limitée par les servitudes si on les levait, elle devrait avoir une faible incidence sur la tranquillité certainement très relative par rapport à ce qu'elle était au moment de la constitution de la servitude, on devrait parallèlement constater que les nuisances supplémentaires ne vont que très peu, voire pas du tout affecter le fonds dominant. Aucun passage supplémentaire à proximité de la parcelle [77777] n'est à escompter, du fait qu'elle se trouve tout en haut du quartier, desservi par la ruelle [bb] et le chemin [cc], tous deux en cul-de-sac et accessibles uniquement sur une portion, hors escaliers, par les seuls riverains. Les fonds dominant et servant ne se touchent pas et sont distants, à leurs limites respectives, d'une vingtaine de mètres. Les nuisances très relatives d'une construction sur le fonds servant paraissent très nettement inférieures à la limitation que le fonds dominant lui imposerait en cas de maintien des servitudes. Ceci vaut d'autant plus que la parcelle [1004], qui s'étend de haut en bas le long des parcelles [77777], [10000] et [99999], à l'est de celles-ci, est appelée à être largement densifiée dans un avenir très proche et que la parcelle [10000] comporte déjà des bâtiments très conséquents. Dans cette optique, le propriétaire du fonds servant pourrait également se prévaloir de l'article 736 al. 2 CC pour obtenir la levée des servitudes constituées sur sa parcelle en faveur du fonds dominant.

11. Vu ce qui précède, l'appel doit être admis et le jugement du 23 juillet 2020 être annulé. Il convient de statuer à nouveau en ce sens que les servitudes litigieuses seront radiées. Les frais de première et deuxième instances seront fixés conjointement (art. 318 al. 3 CPC). On peut considérer (art. 106 et 107 CPC) que si le demandeur et intimé l'emporte sur la question de la non-conformité du projet de la défenderesse et appelante (dont on aurait pu attendre qu'elle s'approche du propriétaire du fonds dominant si elle considérait ne pas être liée par une servitude obsolète, au lieu de partir désemparée dans la poursuite d'un projet qui violait la servitude, imposant alors au propriétaire du fonds dominant d'agir), cette dernière l'emporte sur celle en définitive déterminante de la radiation des servitudes, fondée sur l'article 736 CC. Cela justifie de mettre à la charge de l'intimé les frais de la procédure à raison de deux tiers, le tiers restant étant mis à la charge de l'appelante. L'intimé sera condamné à verser à l'appelante une indemnité de dépens, réduite après compensation.

Par ces motifs, LA COUR D'APPEL CIVILE

1. Admet l'appel et annule le jugement du 23 juillet 2020.

Puis, statuant à nouveau :

2. Ordonne la radiation des servitudes (no [11] sur les fonds dominants et no [12] sur le fonds servant) constituées sur la parcelle [99999] du cadastre de Z. _____ en faveur des parcelles [55555] et [77777] du même cadastre et, partant, constate que les restrictions du droit de bâtir qu'elles instituaient sont levées.

3. Invite le conservateur du Registre foncier à procéder à la radiation visée au chiffre 2 ci-dessus.

4. Arrête les frais de la procédure à 14'030 francs pour les deux instances et les met à la charge de l'appelante à raison d'un tiers et de l'intimé à raison de deux tiers.

5. Condamne l'intimé à verser à l'appelante une indemnité de dépens arrêtée, pour les deux instances, à 5'000 francs après compensation partielle.

Neuchâtel, le 22 janvier 2021

1Le propriétaire grevé peut exiger la radiation d'une servitude qui a perdu toute utilité pour le fonds dominant.

2Il peut obtenir 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.

1L'inscription fait règle, en tant qu'elle désigne clairement les droits et les obligations dérivant de la servitude.

2L'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.

1Le tribunal n'entre en matière que sur les demandes et les requêtes qui satisfont aux conditions de recevabilité de l'action.

2Ces conditions sont notamment les suivantes:

- a. le demandeur ou le requérant a un intérêt digne de protection;
- b. le tribunal est compétent à raison de la matière et du lieu;
- c. les parties ont la capacité d'être partie et d'ester en justice;
- d. le litige ne fait pas l'objet d'une litispendance préexistante;
- e. le litige ne fait pas l'objet d'une décision entrée en force;
- f. les avances et les sûretés en garantie des frais de procès ont été versées.

E. 11

Vu ce qui précède, l'appel doit être admis et le jugement du 23 juillet 2020 être annulé. Il convient de statuer à nouveau en ce sens que les servitudes litigieuses seront radiées. Les frais de première et deuxième instances seront fixés conjointement (art. 318 al. 3 CPC). On peut considérer (art. 106 et 107 CPC) que si le demandeur et intimé l'emporte sur la question de la non-conformité du projet de la défenderesse et appelante (dont on aurait pu attendre qu'elle s'approche du propriétaire du fonds dominant si elle considérait ne pas être liée par une servitude obsolète, au lieu de partir d'emblée dans la poursuite d'un projet qui violait la servitude, imposant alors au propriétaire du fonds dominant d'agir), cette dernière l'emporte sur celle – en définitive déterminante – de la radiation des servitudes, fondée sur l'article 736 CC . Cela justifie de mettre à la charge de l'intimé les frais de la procédure à raison de deux tiers, le tiers restant étant mis à la charge de l'appelante. L'intimé sera condamné à verser à l'appelante une indemnité de dépens, réduite après compensation.