

VS_GERICHTE C1 22 135 vom 1. März 2024

VS Kantonsgericht, 2024-03-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_C1_22_135

FR: VS_GERICHTE C1 22 135 du 1 mars 2024

IT: VS_GERICHTE C1 22 135 del 1 marzo 2024

Regeste

C1 22 135 ARRÊT DU 1ER MARS 2024 Tribunal cantonal du Valais Cour civile II Béatrice Neyroud, juge ; Laure Ebener, greffière en la cause X _____, défendeur et demandeur en reconvention appelant, représenté par Maître Eléonore Lugon, avocate à Martigny contre Y _____, et Z _____, demandeurs et défendeurs en reconvention appelés, représentés par Maître Damien Revaz, avocat à Martigny (Droit réel) appel contre la décision du Tribunal du district de l'Entremont du 4 avril 2022 (ENT 21 42)

Erwägungen

E. 11.1

En vertu de l'art. 736 CC, le propriétaire grevé peut exiger la radiation d'une servitude qui a perdu toute utilité pour le fonds dominant (al. 1). Il 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 (al. 2).

- 9 - Cette faculté découle du principe général selon lequel une servitude doit présenter un intérêt raisonnable pour l'ayant droit (ATF 121 III 52 consid. 2a; 108 II 39 consid. 3a; 107 II 331 consid. 3). D'après la jurisprudence, l'utilité pour le fonds dominant se définit par l'intérêt du propriétaire de ce fonds à exercer la servitude conformément à son objet et à son contenu. A cet égard, il faut tenir compte du principe de l'identité de la servitude qui veut qu'un tel droit ne peut être maintenu dans un autre but que celui pour lequel il a été constitué (ATF 121 III 52 consid. 2a; 107 II 331 consid. 3; 100 II 105 consid. 3b; 94 II 145 consid. 7). 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 (ATF 130 III 554 consid. 2; 121 III 52 consid. 2a; 114 II 426 consid. 2a et la référence; arrêt du Tribunal fédéral 5A_698/2017 du 7 mars 2018 consid. 4 non publié in ATF 144 III 88). L'intérêt du propriétaire du fonds dominant s'apprécie selon des critères objectifs (ATF 130 III 554 consid. 2; 121 III 52 consid. 3a et les références). La question de savoir si une servitude conserve une utilité conforme à son but initial doit s'apprécier en fonction de toutes les circonstances du cas d'espèce et relève du pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_162/2021 du 9 septembre 2021 consid. 5.1). L'absence d'intérêt au moment de l'introduction de l'action n'entraîne toutefois pas dans tous les cas la radiation de la servitude ; il faut en effet tenir compte du fait que l'intérêt peut renaître en raison d'une modification ultérieure des circonstances. Des indices d'une telle évolution doivent toutefois exister avec une certaine intensité ; la possibilité purement théorique d'une modification future des circonstances ne suffit pas à justifier le maintien de la servitude (ATF 130 III 393 consid. 5.1 p. 393 ss avec renvois). La radiation (totale ou partielle) d'une servitude contre indemnité selon l'art. 736 al. 2 CC suppose que l'intérêt de l'ayant droit à

maintenir sa servitude en l'état est devenu ultérieurement disproportionné, soit parce que l'intérêt du propriétaire du fonds dominant a diminué, soit parce que la charge pour le propriétaire du fonds servant s'est accrue, l'augmentation de la charge ne devant pas être due à des causes provoquées par le propriétaire du fonds grevé lui-même (ATF 107 II 331 consid. 4 p. 338 ss. ; STEINAUER, Les droits réels, T. II, 2020, p. 463, n° 3429). Il faut toujours procéder à une pesée des intérêts (arrêts du Tribunal fédéral 5C.265/2003 du 23 juin 2004 consid. 6, non publié dans : ATF 130 III 554 ; 5A_128/2020 du 13 avril 2021, consid. 4.1).

E. 11.2

Tant à l'alinéa 1 qu'à l'alinéa 2, le législateur part de la condition que des changements soient intervenus depuis la constitution de la servitude et c'est seulement à cette condition qu'il prévoit l'extinction totale ou partielle, respectivement le

- 10 - remplacement de la servitude qui a perdu tout ou partie de son sens en raison de ces changements. La première condition d'application de l'art. 736 CC est donc, selon le texte impératif de cette disposition, que des faits nouveaux soient survenus depuis que les parties impliquées dans la constitution de la servitude ont établi les droits et obligations réciproques des propriétaires du fonds dominant et du fonds servant (ATF 70 II 96 consid. 1 p. 98 ; cf. aussi ATF 43 II 29 consid. 2 p. 37 s.). Il s'ensuit par exemple que, sur la base de l'art. 736 al. 2 CC, il n'est pas possible de corriger une disproportion qui existait dès le début entre l'intérêt du propriétaire du fonds dominant et la charge pour le propriétaire du fonds grevé (arrêt du Tribunal fédéral 5A_797/2013 du 17 septembre 2014 consid. 4.4).

E. 11.3

Si le propriétaire du fonds grevé veut obtenir la radiation en justice sur la base de l'art. 736 al. 1 CC, il doit démontrer que la servitude a perdu toute utilité pour le fonds dominant. Même si la preuve de ce fait négatif lui incombe (art. 8 CC), les règles de la bonne foi imposent au défendeur de participer à l'administration des preuves. Cela n'implique toutefois pas un renversement du fardeau de la preuve en ce sens que le bénéficiaire de la servitude devrait démontrer la persistance de son intérêt (arrêts du Tribunal fédéral 5D_63/2009 du 23 juillet 2009 consid. 3.3 avec renvois ; 5A_1043/2021 du 27 juin 2022 consid. 3.1).

E. 11.4

La nature des actions prévues à l'art. 736 al. 1 et 2 CC est controversée en doctrine. Pour une partie de la doctrine, le jugement n'a qu'une portée déclarative et l'extinction de la servitude intervient de par la loi, au moment du paiement de l'indemnité dans le cas de l'art. 736 al. 2 CC (STEINAUER, Les droits réels, T. II, 5ème éd., 2020, p. 462, n° 3424 ; LIVER, commentaire zurichois, Die Grunddienstbarkeiten, 1980, n. 103 et 177 ad art. 736 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6ème éd. 2022, p. 390, n° 1314). Selon Petitpierre et Leemann, le jugement est formateur lorsqu'aucune indemnité n'est due ; dans le cas contraire, l'extinction intervient trait pour trait (PETITPIERRE, commentaire bâlois, Zivilgesetzbuch II, 2023, n. 23 ad art. 736 CC ; LEEMANN, commentaire bernois, Sachentrecht, T. II, 1925, n. 16 ad art. 736 CC). Enfin, Argul estime quant à elle que, dans le cadre de l'al. 1, le jugement a un effet déclaratoire, alors qu'il est formateur lorsque les conditions de l'al. 2 sont réunies (commentaire romand, 2016, n. 1, 11 et 17 ad art. 736 CC). La nature des actions fondées sur l'art. 736 al. 1 et 2 CC peut avoir une incidence notamment sur la question de la consorité passive, dès lors que qu'il y a consorité

nécessaire en cas d'action formatrice, soit lorsque l'action tend à la création, la modification ou la dissolution d'un droit ou d'un rapport de droit déterminé touchant

- 11 - plusieurs personnes (cf. art. 87 CPC; ATF 140 III 598 consid. 3.2 et les nombreuses références doctrinales citées). A l'inverse, l'action en rectification du registre foncier, qui n'a pas pour objet la naissance ou l'extinction d'un droit, mais la confirmation de l'existence ou de l'inexistence de celui-ci, que le jugement se limite à constater, n'implique pas une consorité nécessaire. Le conservateur ne pourra cependant modifier l'écriture (inscription ou radiation) que si tous les intéressés à son maintien ont été mis en cause (arrêt du Tribunal fédéral 5A_1044/2020 du 15 octobre 2021 consid. 4.2.1.2).

E. 12

Dans les limites de l'inscription et du but primitif de la servitude, le propriétaire du fonds servant peut se voir imposer certaines modifications dans l'exercice de la servitude. En ce sens, l'art. 739 CC prévoit que les besoins nouveaux du fonds dominant n'entraînent aucune aggravation de la servitude. Il est en effet dans la nature des choses que l'exercice d'une servitude s'aggrave ou s'atténue au gré des circonstances; le seul fait que les besoins du fonds dominant conduisent à un usage accru de la servitude n'est donc pas déterminant (arrêt du Tribunal fédéral 5A_756/2008 du 9 septembre 2009 consid. 4.1 et les références citées). Lorsque le but poursuivi est le même, l'aggravation que le propriétaire du fonds servant n'est pas tenu de tolérer doit être notable (ATF 139 III 404 consid. 7.3; 131 III 345 consid. 4.3.2; 122 III 358 consid. 2c; 94 II 145 consid. 6), ce qui suppose des circonstances que les parties n'avaient raisonnablement pas en vue lors de la constitution de la servitude (ATF 139 III 404 consid. 7.3; 131 III 345 consid. 4.3.2). Pour en juger, l'interprétation du contrat constitutif de servitude est à cet égard décisive (ATF 88 II 252 consid. 6e); il s'agit alors de mettre l'intérêt du fonds dominant et la charge du fonds servant en balance avec les intérêts respectifs actuels, qui doivent être déterminés sur la base de données objectives (ATF 122 III 358 consid. 2c; 100 II 105 consid. 3c). Le principe tiré de l'art. 739 CC selon lequel une aggravation minimale de la charge causée par les besoins nouveaux du fonds dominant doit être tolérée ne s'applique cependant que si l'usage nouveau de la servitude reste dans les limites du but en vue duquel cette servitude a été constituée (principe de l'identité de la servitude, consid. 3.1 supra). L'utilisation à une autre fin, sans relation avec le but originaire, constitue un usage excessif du droit, que le propriétaire grevé n'est pas tenu de tolérer et ce, même si la charge qui pèse sur lui n'en serait pas aggravée (ATF 94 II 145 consid. 7; cf. 117 II 536 consid. 4b; arrêts du Tribunal fédéral 5A_1044/2020 du 15 octobre 2021 consid. 5.2.3 ; 5A_470/2021 du 20 janvier 2022 consid. 3.1.1). Si, dans le cas d'une servitude indéterminée (à savoir lorsque le contenu et l'étendue du droit sont déterminés par les besoins du fonds dominant), le fonds dominant est exploité

- 12 - de façon plus intensive sans que sa destination ne soit modifiée, l'augmentation de la charge pour le fonds grevé qui en résulte est admissible. Même un agrandissement du bâtiment existant ou la construction d'une nouvelle habitation sur le fonds dominant, qui a pour conséquence qu'un plus grand nombre de personnes y habitent et que, par conséquent, les chemins sont davantage parcourus et empruntés, ne peut en principe pas être considéré comme un excès du droit de servitude (cf. ATF 122 III 358 consid. 2c, avec références ; LIVER, n. 21 ad art. 737 CC). Le trafic de chantier n'entraîne pas non plus de lui-même un dépassement du droit de passage et doit, dans certaines circonstances, être toléré par le propriétaire du terrain grevé (cf. LIVER, n. 41 ad art. 739 CC, avec référence aux jugements cantonaux, p. 475 ; PETITPIERRE, n. 6 ad art. 739 CC ; arrêts du Tribunal

fédéral 5A_602/2012 + 5A_625/2012 du 21 décembre 2012 consid. 4 ; 5A_361/2017 du 1er mars 2018 consid. 4.3.3). Lorsque l'illicéité au sens de l'art. 739 CC ne réside pas dans l'exercice de la servitude dans un but autre que celui pour lequel elle a été créée, mais dans le dépassement du droit existant au détriment du grevé, ce dernier doit démontrer que ce dépassement l'empêche d'utiliser son fonds conformément à sa destination (arrêts du Tribunal fédéral 5A_602/2012 du 21 décembre 2012 consid. 4.2 in fine avec référence ; 5A_714/2021 du 8 mars 2022 consid. 4.1). Ce n'est que si la mise à contribution accrue – en comparaison de l'état antérieur – du fonds servant pour satisfaire les besoins du fonds dominant signifie un excès sensible de la servitude indéterminée que l'on est en présence d'une aggravation intolérable. Mais en pareil cas, l'aggravation doit être si forte que l'on puisse admettre avec certitude qu'elle dépasse la limite de ce que l'on pouvait raisonnablement prendre en considération lorsque la servitude a été constituée. (ATF 131 III 345 consid. 4.3.2 p. 359 ; pour un droit de passage : arrêts du Tribunal fédéral 5C.282/2005 du

E. 13

Le juge de première instance a considéré que la demande reconventionnelle était irrecevable, faute d'intérêt du défendeur à agir, au motif qu'une décision favorable ne serait de toute façon pas opposable aux usufruitiers et que, partant, la radiation de la servitude ne pourrait pas être requise du registre foncier (p. 95). L'appelant se prévaut de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_104472020 précité pour avancer que le fait de ne pas avoir attiré au procès tous les bénéficiaires de la servitude, y compris les titulaires de droits réels restreints, ne devait pas conduire au rejet de la demande reconventionnelle, au motif que les ayants-droits sur le fonds no xxx1 ne forment pas une consorité nécessaire.

- 13 - Cet argument ne saurait être suivi. Dans l'arrêt cité, les bénéficiaires de la servitude, intimés au recours, avaient invoqué devant le Tribunal fédéral que la radiation de leur servitude grevant les fonds des recourants aurait pour résultat insoutenable que le droit de passage ne serait praticable que sur une partie de la route d'accès à leurs parcelles (soit sur la portion située sur les fonds n'appartenant pas au recourants), mais non sur une autre (soit sur la portion située sur les fonds des recourants). La Haute cour a rejeté cet argument, au motif qu'il était parfaitement concevable de radier la servitude sur un fonds, tout en la maintenant sur le fonds voisin, quand bien même l'accès qui traversait les différents fonds grevés tendait au même but, à savoir desservir les fonds dominants. Il n'y a en effet dans un tel cas pas d'obstacle matériel à la radiation. En l'occurrence, la question n'est pas de déterminer si les ayants-droits de différents fonds dominants forment une consorité passive nécessaire, mais de savoir si la radiation d'une servitude au bénéfice d'un seul fonds peut être ordonnée, alors même que certains titulaires de droits réels sur ce fonds n'ont pas été attirés en procédure, ni donné leur accord à la radiation. Au vu des considérants de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_1044/2020 précité [« le conservateur ne pourra cependant modifier l'écriture (inscription ou radiation) que si tous les intéressés à son maintien ont été mis en cause »], il convient d'y répondre par la négative (cf. aussi STEINAUER, Les droits réels, T. II, 2020, p. 462, n° 3425). Partant, indépendamment de la réalisation des conditions de l'art. 736 al. 1 ou 2 CC, les conclusions reconventionnelles nos 2 et 3 de l'appelant, tendant non pas au seul constat de l'extinction de la servitude, mais à sa radiation au registre foncier, ne pourraient quoi qu'il en soit pas être accueillies, faute de participation des usufruitiers du fonds dominant au procès. Déjà pour ce motif, l'appel doit être rejeté.

E. 14

Alors qu'en première instance, le défendeur se prévalait tant de l'art. 736 al. 1 CC (perte de toute utilité de la servitude) que de l'art. 736 al. 2 CC (aggravation de la servitude), tout en concluant à la radiation de la servitude contre une indemnité non chiffrée, il ne semble en appel plus que se prévaloir d'une aggravation de la charge. Il ne sera dès lors pas examiné si la servitude a perdu toute utilité pour le fonds dominant.

E. 14.1

Le premier juge a estimé que, bien que le défendeur n'ait pas formulé de conclusions chiffrées, on pouvait déduire de sa réponse du 27 septembre 2021 qu'il proposait une somme de 2800 fr. en échange de la radiation de la servitude. Il a en revanche considéré que le défendeur n'avait pas établi que ce montant était au moins équivalent à l'indemnité qui serait due aux demandeurs si les conditions de l'art. 736 al. 2 CC étaient satisfaites, de sorte que, pour ce motif déjà, sa conclusion reconventionnelle devait être rejetée. Dans son écriture d'appel, le recourant ne discute

- 14 - pas de cette argumentation. Partant, faute de motivation suffisante, l'appel est irrecevable (sur les exigences de motivation arrêt du Tribunal fédéral 4A_390/2023 du 22 novembre 2023 consid. 4).

E. 14.2

En tout état de cause, c'est à bon droit que le premier juge a considéré que les conditions de l'art. 736 al. 2 CC n'étaient pas réalisées. Hormis la construction de la place de parc litigieuse, dont le défendeur ne peut pas se prévaloir, puisqu'elle lui est imputable et qu'elle viole de surcroît l'art. 737 al. 3 CC, on ne voit pas quelle circonstance nouvelle a pu avoir une incidence sur l'utilité de la servitude pour le fonds dominant, respectivement sur la charge affectant les fonds servants. Le fait que le fonds no xxx1 dispose d'autres accès n'est pas nouveau. Il ressort du plan annexé à l'acte du 19 mai 1988 que la route H _____ existait déjà (p. 19). La servitude sur le fonds no xxx7 a été constituée antérieurement à celle du 19 mai 1988. Le dossier ne renferme aucune indication quant à la date à laquelle les demandeurs ont acquis la propriété du fonds voisin no xxx4, au travers duquel ils pourraient selon le demandeur accéder à la route communale sise sur le fonds no xxx5 depuis la parcelle no xxx1. De même, on ignore quand Y _____ est devenu propriétaire du fonds no xxx6, qui ouvre un accès direct au chemin J _____. Enfin, rien n'indique la route sise sur le fonds no xxx5 et le chemin J _____ aient été rendus publics postérieurement à 1988. Selon l'appelant, l'usage de la servitude au moyen d'un véhicule n'est pas aisé en raison de l'étroitesse de la route G _____. Il n'est cependant pas allégué ni prouvé que cette route a été rétrécie depuis 1988. Le défendeur passe par ailleurs lui-même par la route G _____ pour accéder à ses fonds. Enfin, dès le départ, les ayants-droits du fonds dominant ont peu voire pas fait usage de leur droit et n'ont en tout cas jamais traversé le fonds servant à véhicule, ni n'ont aménagé un accès carrossable. L'appelant invoque que la construction d'une habitation sur la partie est du fonds no xxx1 augmenterait la charge pour le fonds servant. Il est constant que l'érection d'un troisième bâtiment, qui plus est dans l'axe de l'assiette de la servitude, pourrait inciter les ayants-droits à faire usage de leur servitude. Il ne s'agit cependant pas d'une aggravation propre à justifier la radiation de la servitude. En effet, au moment de la constitution de la servitude, le fonds no xxx1 était déjà constructible, de sorte que les parties à l'acte ne pouvaient qu'être conscientes que la fréquence de passage et le nombre d'utilisateurs pouvaient évoluer en fonction de l'extension possible des bâtiments existants ou de

- 15 - l'éventuelle construction d'une habitation supplémentaire. A cet égard, il n'est pas allégué que la parcelle aurait connu un changement du régime de l'indice de construction ou des distances aux limites ou que d'autres circonstances auraient ouvert les possibilités de construire dans une mesure qui n'était pas prévisible à l'époque. Partant, le principe de l'identité de la servitude consacré à l'art. 739 CC est respecté. En réalité, l'appelant se méprend lorsqu'il compare l'utilisation effective passée avec les nuisances engendrées par la création d'un accès carrossable pour desservir un nouveau chalet sur la partie est du fonds dominant. Ce qu'il faut confronter c'est bien plutôt l'affectation prévue lors de la constitution aux besoins actuels du fonds dominant. Or, sur ce point, le libellé tant de l'acte constitutif que de l'inscription au registre foncier est clair et ne nécessite aucune interprétation en tant qu'il prévoit une servitude de passage pour tout véhicule de 2,5 m. En définitive, le défendeur n'a pas établi que des circonstances postérieures à la constitution de la servitude rendent disproportionnée la charge grevant ses fonds au regard de l'intérêt pour les propriétaires du fonds dominant.

E. 15

L'appelant argue également que pour permettre le passage de véhicules, il faudrait consolider les assises de sa maison qui repose sur des blocs granitiques. Sur ce point, le jugement retient en fait qu'il n'est pas établi que l'utilisation de la servitude par des véhicules pourrait porter atteinte au bâtiment construit sur la parcelle no xxx2, les seules déclarations du défendeur étant à cet égard insuffisantes (p. 93). Or, l'appelant n'explique pas pour quel motif il conviendrait de s'écarter de cette appréciation. En particulier, il n'expose pas quels moyens de preuve auraient dû conduire le juge à considérer que le passage de véhicule pourrait menacer la stabilité de sa maison. Partant, sur ce point, son recours est irrecevable. En tout état de cause, hormis les déclarations du défendeur, dont la valeur probante est effectivement restreinte au vu de son intérêt évident à l'issue de la cause, le dossier ne renferme aucun élément permettant d'attester sa position. En réalité, à l'origine le défendeur, qui était propriétaire du seul fonds no xxx2, n'était vraisemblablement pas opposé à la servitude, dont il profitait également. Rien n'indique non plus que le précédent propriétaire du fonds no xxx3 se plaignait du fait que le défendeur passait en voiture sur son fonds. C'est depuis que l'appelant a acquis le second fonds servant, ce qui lui permet d'exploiter les fonds nos xxx3 et xxx2 comme une unité, que l'existence du passage lui est devenue pénible, car elle implique le passage de tiers sur ses propriétés, sans nécessité, dès lors que le fonds dominant

- 16 - dispose d'autres possibilités d'accès. Il s'agit cependant de circonstances qui d'une part tiennent non pas au fonds dominant mais aux fonds servants et d'autre part ne rendent pas intolérable la charge. Dès lors, il n'est pas démontré que la mise à contribution accrue des fonds servants pour satisfaire les besoins du fonds dominant impliquerait un excès sensible de la servitude indéterminée tel qu'il empêcherait le défendeur d'utiliser ses fonds conformément à leur destination. Il n'y a ainsi pas violation de l'art. 739 CC. En tout état de cause, même avérée, une éventuelle violation de l'art. 739 CC ne permettrait que de limiter l'usage de la servitude. Elle serait impropre à accueillir les conclusions reconventionnelles tendant à la radiation de la servitude, qui ne peut être envisagée que sur la base de l'art. 736 CC.

E. 16

En vertu de l'art. 737 al. 3 CC, le propriétaire grevé ne peut en aucune façon empêcher ou rendre plus incommode l'exercice de la servitude. L'appelant ne conteste pas que les aménagements réalisés sur le fonds no xxx3 entrave l'exercice de la servitude. Il prétend en revanche que les demandeurs se prévalent de façon abusive de l'art. 737 al. 3 CC. Selon lui, les bénéficiaires de la servitude ne pourront pas manœuvrer sur l'assiette, ce qui rend la servitude inutilisable pour eux. Il déduit par ailleurs du fait que les ayants-droits cultivaient des framboisiers sur le passage, n'avaient pas aménagé un accès, avaient toléré de l'ancien propriétaire qu'il entropose de vieilles voitures sur l'assiette, puis n'avaient pas protesté à la suite de la construction il y a plus de dix ans de la place de parc, qu'ils ont renoncé à leur droit, d'autant qu'ils utilisent soit la servitude grevant le fonds no xxx7, soit l'accès direct à la route H _____ et qu'ils n'ont pas établi avoir un projet concret d'une nouvelle construction. A tout le moins, les demandeurs n'auraient aucun besoin de passer sur les fonds nos xxx2 et xxx3 et leur action constituerait une mesure de rétorsion consécutive à des tensions entre voisins.

E. 16.1

Il n'y a pas d'exercice abusif du droit lorsque l'ayant-droit peut faire valoir des motifs valables ou dignes de protection à l'exercice de son droit de servitude. L'obligation d'exercer le droit de la manière la moins dommageable, fondée sur l'art. 2, al. 2, CC, est expressément ancrée dans le droit des servitudes à l'art. 737 al. 2 CC. L'obligation "d'exercer son droit de la manière la moins dommageable" ne signifie toutefois pas une limitation du contenu ou de l'étendue du droit de servitude, mais règle son exercice (ATF 113 II 151 consid. 4 p. 153 ; LIVER, n. 45 s. ad art. 737 ZGB; arrêt du Tribunal fédéral 5C.232/2003 du 2 mars 2004 consid. 5.2 et 5.3).

- 17 - Le seul fait qu'une servitude ne soit ni exercée ni invoquée pendant une longue période et que le propriétaire puisse jouir de la possession sans être grevé n'entraîne pas "en soi" l'extinction de la servitude (prescription acquisitive) ; en droit suisse, la prescription acquisitive de la liberté de propriété est exclue (ATF 95 II 605 consid. 2a p. 610 ; 123 III 461 consid. 3a, in : ZBGR 80/1999 p. 125). Dans ce sens, les droits réels découlant d'une servitude sont imprescriptibles. Or, cette imprescriptibilité pourrait être contournée si l'on considérait qu'il y a abus de droit du simple fait que les ayants-droits ont tardé à revendiquer leur droit d'usage et ont toléré pendant de nombreuses années des obstacles sur l'assiette de la servitude (arrêt du Tribunal fédéral 5C.232/2003 du 2 mars 2004 consid. 5.1).

L'extinction d'une servitude est possible par renonciation expresse ou tacite au droit réel, y compris par un comportement implicite clair. La jurisprudence a reconnu comme une renonciation le fait d'autoriser la construction d'un bâtiment commercial sur le droit de passage (ATF 127 III 440 consid. 2 p. 442) ou de convenir de droits de passage là où des droits de passage existaient déjà (ATF 128 III 265 consid. 4a p. 269). En revanche, le seul fait qu'une servitude ne soit ni exercée ni invoquée pendant une longue période et que le propriétaire puisse jouir de la possession sans être grevé ne conduit pas "en soi" à l'extinction de la servitude. Le non-exercice d'un droit pendant une longue période ne peut être interprété comme une déclaration de renonciation, et donc avoir une portée juridique, que si les circonstances indiquent sans équivoque cette intention et qu'une autre interprétation doit être considérée comme exclue ou du moins hautement improbable (arrêts du Tribunal fédéral 5C.177/1997 du 19 novembre 1997 consid. 3a, non publié dans : ATF 123 III 461, mais bien dans : ZBGR 80/1999 p. 122 ; 5A_898/2015 du 11 juillet 2016 consid. 3.2, non publié in : ATF 142 III 551). La renonciation (totale ou partielle) à la

servitude a donc été niée dans la jurisprudence où le propriétaire du fonds dominant ne s'opposait pas aux arbres, arbustes, clôtures, poteaux, whirlpool et constructions mobilières ou autorisait la construction d'un mur de moellons ou d'une clôture métallique facilement supprimable, rendant l'exercice du droit de passage difficile (arrêts du Tribunal fédéral 5A_361/2017 du 1er mars 2018 consid. 3.5, in : ZBGR 100/2019 p. 352 ; 5A_478/2007 du 20 novembre 2007 consid. 3.4, in : ZBGR 90/2009 p. 52 ; 5C.227/2004 du 10 février 2005 consid. 3, in : ZBGR 87/2006 p. 161), n'a pas fait opposition à l'autorisation de construire des fenêtres dans la façade de la maison, dont l'installation ne respectait pas une servitude "interdiction de fenêtres supplémentaires" (arrêt du Tribunal fédéral 5C.307/2005 du 19 mai 2006 consid. 5, in : ZBGR 88/2007 p. 130), a toléré pendant des années un commerce indécent dont l'exploitation était contraire à une servitude de quartier (arrêt du Tribunal fédéral 5C.42 /2007 du 8 février

- 18 - 2008 consid. 7, non publié dans : ATF 134 III 341), ou n'a pas exigé pendant des décennies l'élagage d'arbres et d'arbustes qui violaient une restriction de plantation (arrêt du Tribunal fédéral 5A_898/2015 du 11 juillet 2016 consid. 3.2, non publié in : ATF 142 III 551). Dans tous les cas cités, le Tribunal fédéral a protégé judiciairement le droit de servitude revendiqué, soit en confirmant les jugements cantonaux, soit en admettant les recours fédéraux en matière civile (p. ex. arrêt du Tribunal fédéral cité 5C.307/2005 : "La défenderesse est tenue d'enlever toutes les fenêtres supplémentaires installées sur la façade sud de la maison de l'immeuble de A., GS 2, à l'occasion des travaux de transformation du printemps/été 1999, et de rétablir, en ce qui concerne ces fenêtres, l'état qui prévalait avant ces travaux" ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_873/2018 du 19 mars 2020 consid. 5.7).

E. 16.2

En l'espèce, il est constant que la largeur du passage (2.5 m) ne permet pas des manœuvres à véhicule sur l'assiette. Il n'est en revanche pas prouvé que les demandeurs, en cas d'usage du droit de passage en voiture, ne pourraient pas tourner sur le fonds no xxx1, voire sur les parcelles voisines dont ils sont propriétaires. Les framboisiers étaient situés sur la parcelle no xxx1 et ne faisaient ainsi pas obstacle à l'exercice du droit de passage. Au contraire, ils ont incité les ayants-droits à utiliser le passage pour leur arrosage, le trajet depuis la fontaine étant plus court. Selon la jurisprudence précitée, le fait que les ayants-droits du fonds no xxx1 n'ont pas fait usage de leur servitude pendant plusieurs années et ont toléré des obstacles à son exercice ne permet pas d'inférer une renonciation à leur droit. Rien n'indique qu'ils ont donné leur accord à la construction de la place de parc ; ils n'ont tout au plus pas manifesté de façon expresse leur opposition avant 2019. Par ailleurs, il s'agit d'aménagements peu conséquents, qui peuvent être supprimés sans difficulté ni frais excessifs (les demandeurs ont estimé la valeur litigieuse à 15'000 fr.). Enfin, la question de savoir si les demandeurs ont la nécessité de conserver leur accès est irrelevante. Ce n'est qu'en cas de perte de toute utilité ou de disproportion manifeste consécutive à un changement de circonstances survenu postérieurement à la constitution de la servitude que le propriétaire du fonds grevé peut obtenir la radiation. Or, pour les motifs déjà examinés, ces conditions ne sont pas réalisées. La perspective d'une exploitation future des possibilités de construire sur le fonds no xxx1 n'apparaît pas purement théorique. Il importe peu que les demandeurs n'aient pour l'instant pas de projet concret de construction. Il paraît en effet plausible qu'au plus tard lorsque leurs parents n'occuperont plus la maison, les deux frères Y _____ et Z _____ décident de mettre un terme à la copropriété par la division de la parcelle

- 19 - no xxx1. Celui qui se verra attribuer la partie est souhaitera selon toute vraisemblance soit exploiter ses possibilités de construire soit la vendre comme terrain constructible. Or, en cas de division, l'utilisation de la servitude grevant les fonds nos xxx2 et xxx3 pourrait présenter un intérêt. Certes, s'agissant de projets d'avenir, il n'apparaît pas urgent pour les demandeurs d'obtenir la remise en état des lieux. Au vu de la durée incertaine du procès, il paraît toutefois légitime qu'ils prennent les devants en sollicitant dès à présent la suppression des aménagements qui font obstacle à l'exercice de leur droit, d'autant que le défendeur leur reproche déjà leur passivité durant plusieurs années. En tout état de cause, même en l'absence de projet de construction à court terme, il est parfaitement concevable que la partie est du fonds no xxx1 soit de nouveau exploitée comme jardin potager et que les ayants-droits souhaitent utiliser le passage pour chercher l'eau de la fontaine, comme par le passé. Enfin, il n'a ni été allégué ni prouvé qu'une inimitié tenace, antérieure et étrangère aux revendications formulées dès 2019 au sujet du droit de passage, opposerait les voisins et constituerait le véritable mobile caché de leur action. Partant, l'appelant n'a pas démontré que l'invocation par les demandeurs de l'art. 737 al. 3 CC relevait de l'abus de droit.

E. 17

L'appelant considère qu'en l'obligeant à aménager sur l'assiette de la servitude une pente douce, le jugement va au-delà de ce que les parties ont requis et lui fixe une charge supplémentaire. Il a été retenu en fait qu'avant la création de la place de parc, le terrain présentait à sur l'assiette de la servitude une pente descendante douce et régulière jusqu'à la route. Sur la base de cette prémisse, l'obligation imposée par le jugement de première instance ne tend qu'à la remise en état des lieux. Aucune charge supplémentaire n'est dès lors imposée au propriétaire du fonds servant. Le chiffre 1 du dispositif du jugement attaqué reprend pour l'essentiel le libellé des conclusions des demandeurs, de sorte qu'il n'y a pas violation du principe ne ultra petita consacré à l'art. 58 al. 1 CPC.

E. 18

En définitive, l'appel est intégralement rejeté.

E. 19

LTar). Les critères de fixation des frais en première et en seconde instance sont identiques (cf. art. 13 al. 1 LTar). Vu l'ampleur moyenne de la cause, son degré ordinaire de difficulté, la situation financière des parties, ainsi que les principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, l'émolument forfaitaire de décision (art. 95 al. 2 let. b CPC) est fixé à 1300 fr. (art. 13 al. 1 et 2, 16 et 19 LTar). Les honoraires en appel sont calculés par référence au barème applicable en première instance, compte tenu d'un coefficient de réduction de 60 %. Vu l'ampleur de la cause et de son degré ordinaire de difficulté, mais aussi la valeur litigieuse et l'activité utilement déployée par l'avocat des demandeurs, lequel a pris connaissance de l'écriture d'appel et a déposé une courte détermination, ses dépens sont arrêtés à 1000 fr., TVA et débours compris (art. 27, 29 al. 2, 32 al. 1 et 35 al. 1 let. a LTar).