



Avis d'expert: L'importance centrale du plan de servitude

«Le caractère indispensable de l'exactitude des plans et des limites des servitudes et leur libre accès par l'inclusion obligatoire dans la mensuration officielle»

Résumé du 24 août 2021

Auteur

Dr. Amir Noah Moshe
Tempelgasse 6, CH-4132 Rheinfelden
Gartenstrasse 103, CH-4052 Bâle
anmoshe@die-brückenbauer.ch

Participation

Christoph Käser, ing. dipl. ETH
Office fédéral de topographie swisstopo
Géodésie et Direction fédérale des mensurations cadastrales
Seftigenstrasse 264, CH-3084 Wabern
christoph.kaeser@swisstopo.ch

Editeur

Office fédéral de topographie swisstopo
Géodésie et Direction fédérale des mensurations cadastrales
Seftigenstrasse 264, CH-3084 Wabern
mensuration@swisstopo.ch / <https://www.cadastre.ch>





Langue originale: allemand

Référence du fichier: swisstopo-513.2-2

Pour des raisons de lisibilité, la différenciation entre les sexes n'est pas appliquée partout.



Tables des matières

1. Introduction	5
2. La révision des droits réels immobiliers en relation avec la nouvelle loi sur les servitudes	7
2.1. Exigence formelle de certification publique	7
2.2. Limites des servitudes	7
3. Les changements dans le droit de servitude	9
3.1. Du point de vue de la sécurité juridique	9
3.2. Du point de vue de la publicité du registre foncier	10
3.3. Conclusion	11
4. La tradition de représenter les limites des servitudes dans le système de mensuration cadastrale	12
5. Stratégie et plan de mesures de la mensuration officielle et la révision partielle de la OMO	14
6. Les nombreux avantages de la future représentation précise des limites des servitudes dans la mensuration officielle	15
6.1. Une sécurité juridique accrue	15
6.2. Une publicité accrue	15
6.3. Partie du registre foncier et participation à la foi publique du registre foncier	16
6.4. Démontrer la principe juridique problématique de la «publicité naturelle» du Tribunal fédéral, critiquée par la doctrine et la pratique dominantes	17
6.5. Traitement favorable des faits en vertu du droit du registre foncier	19
7. Procédure supplémentaire	21
8. Mot de la fin	22





1. Introduction

Si la dernière révision du droit immobilier, entrée en vigueur le 1er janvier 2012, était principalement consacrée aux hypothèques - notamment l'introduction de la nouvelle cédule hypothécaire de registre - elle a également porté sur d'autres domaines centraux du droit, tels que, surtout, le droit de servitude. La modification portait principalement sur des questions de droit de superficie, sur la situation juridique en cas de division et réunion des fonds dominants et servants, ainsi que sur les exigences formelles plus strictes concernant l'acte constitutif de la servitude et le plan de servitude qui l'accompagne.¹

Les questions relatives au droit de servitude ont régulièrement occupé la pratique et la doctrine. Ainsi, les litiges concernant le contenu et la portée locale des servitudes n'ont jamais été rares et leur nombre et leur importance ont augmenté de manière significative ces dernières années. De nombreux litiges ne se terminent qu'en dernière instance devant le Tribunal fédéral.² Les raisons de cette situation sont compréhensibles et peuvent être décrites comme suit: La raréfaction des terrains et, par conséquent, la densification des constructions, le nécessaire rezonage, le morcellement et le développement des propriétés ainsi que l'utilisation accrue du sous-sol. Pour les servitudes, cela signifie à son tour qu'elles gagnent en importance à deux égards: d'une part, en raison de la rareté des ressources foncières, on se tourne de plus en plus vers l'institution juridique des droits de superficie (art. 675 CC et art. 799 ss CC) et, d'une manière générale, vers les droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier en tant que biens immobiliers (art. 655 al. 2 ch. 2 CC, art. 781 al. 2 CC et art. 943 al. 1 ch. 2 CC).³ D'autre part, les projets et plans de construction et d'aménagement du territoire sont rendus plus difficiles et parfois même contrariés par le très grand nombre de servitudes inscrites au cadastre - qui ne sont régulièrement pas apurées. Par ailleurs, les litiges sur le contenu et les limites des servitudes occupent régulièrement les tribunaux et les milieux universitaires. Ces derniers sont même exacerbés par le concept juridique de «publicité naturelle»⁴ introduit et confirmé par le Tribunal fédéral dans un passé récent.⁵

Alors qu'il y a 100 ans, les servitudes concernaient essentiellement l'utilisation agricole des terres (par exemple les droits de pacage et d'abreuvement, les droits à une source, etc.), aujourd'hui, outre les droits de passage et les droits de conduite, l'intérêt se porte principalement sur les droits de superficie et les droits d'utilisation contemporains, par exemple sous la forme de parkings, d'installations de chauffage et photovoltaïques, etc. On observe également une imbrication indéniable du droit privé et du droit public.⁶

Les innovations introduites dans le cadre de la révision du droit de la propriété immobilière dans le domaine des servitudes sont dans une large mesure au service de la sécurité juridique, de la publicité et de l'efficacité du registre foncier en tant que système d'informations relatives au sol moderne.⁷ Les exigences formelles plus strictes pour l'établissement ou la modification de servitudes, qu'il s'agisse de l'acte public pour l'acte constitutif de la servitude (art. 732 al. 1 CC), qu'il s'agisse du plan pour le registre foncier (art. 732 al. 2 CC et art. 70 al. 3 ORF) et de la nécessité de l'inscription au registre foncier des obligations de prestations accessoires (art. 730 al. 2 CC) ont pour but de clarifier à long terme la situation juridique entre les parties à la servitude et les tiers. Les nouvelles dispositions sur l'adaptation des servitudes en cas de division et réunion des fonds (art. 743 CC, art. 974a CC, art. 974b CC)

¹ Le Code civil suisse (CC) est entré en vigueur le 1er janvier 1912. La dernière révision de la loi sur les biens immobiliers du 11 septembre 2009 est entrée en vigueur exactement 100 ans plus tard, le 1er janvier 2012 (RO 2011, p. 4637 ss).

² Le plus grand nombre d'arrêts du Tribunal fédéral relevant du domaine juridique du droit de la propriété traite également de questions relatives au droit de servitude; cf. dernièrement [ATF 147 III 1 ss](#); [arrêt T 5A_259/2019](#).

³ Pour l'évaluation et le traitement juridiques des installations photovoltaïques, qui sont contestés dans la littérature et dans la pratique, voir HÜRLIMANN-KAUP/OSWALD, Die Fotovoltaikdienstbarkeit, in: ZBJV 150/2014, p. 679 ss avec d'autres références.

⁴ Cf. dernière [ATF 137 III 153 ss](#), 157 consid. 4.2.3; [ATF 137 III 145 ss](#), 149 consid. 3.3.3; [arrêt TF 5A_856/2014](#), consid. 2.3.1

⁵ Cf. la critique de la figure juridique de la «publicité naturelle» par le Tribunal fédéral, cf. BYLAND/KÜPFER, Natürliche Publizität contra Grundbucheintragung, in: Festgabe für Roland Pfäffli, BN 2014, p. 234 ss.

⁶ Plus récemment, également avec la forte augmentation des restrictions de droit public, qui a finalement abouti à la création et à l'introduction dans toute la Suisse du cadastre des restrictions de droit public à la propriété foncière (OCRDP)

⁷ MESSAGE CÉDULE HYPOTHÉCAIRE 2007, p. 2585 s.; SCHMID-TSCHIRREN, Überblick über die Immobiliarsachenrechtsrevision, in: Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht 2012, p. 3 s. et 18; SCHMID-TSCHIRREN, Neuerungen im Immobiliarsachenrecht, in: AJP 2012, p. 1504 s. und 1509 ss; SAPUTELLI, Revision des Immobiliarsachenrechts, in: BG 2012/2 p. 43 ss.



ainsi que sur la radiation facilitée (art. 976a-976c CC) ont en outre pour but d'améliorer la clarté du registre foncier et donc de renforcer à son tour la fonction du registre foncier en tant que système d'informations relatives au sol moderne et transparent.

Tous les efforts concernant ces innovations dans le droit de servitude ont en commun que, pour leur mise en œuvre réussie dans la pratique, les parties et les tiers, en particulier les notaires et les bureaux du registre foncier, doivent non seulement connaître clairement le contenu réel des servitudes, mais aussi leur emplacement, pour autant que l'exercice de la servitude soit limité à une partie de l'immeuble, ce qui est le cas majoritaire dans la pratique.⁸ Toutefois, la question de savoir si cette dernière exigence est satisfaite par la disposition de l'art. 732 al. 2 CC et la brève concrétisation par la disposition de l'art. 70 al. 3 ORF et la jurisprudence du Tribunal fédéral semble discutable pour deux raisons: d'une part, les lignes de servitudes représentées graphiquement sur l'extrait du plan du registre foncier - dans le cadre de justifications mais aussi de modifications de servitudes - ne sont régulièrement pas présentées clairement et ne sont donc pas vérifiables, alors que cela est prescrit par le droit fédéral.⁹ En revanche, les plans d'aptitude au service ne sont accessibles au public que dans une mesure limitée et restrictive, mais disparaissent plutôt - sans publication préalable - dans les archives des bureaux du cadastre. Ceci est d'autant plus regrettable et incohérent que le Conseil fédéral, se fondant sur l'art. 970 al. 3 CC, a fait usage de la compétence qui lui est conférée et qu'à l'art. 26 al. 1 ORF, il avait également déclaré les servitudes accessibles au public sans aucune condition préalable.¹⁰

Sur la base de l'art. 7 al. 3 OMO, les cantons ont la possibilité de prévoir qu'en plus des couches d'information fixés par la Confédération (art. 5 OMO), les limites des servitudes peuvent également être intégrées dans leurs travaux de mensuration selon l'art. 10 OMO, afin de rendre les zones de servitudes accessibles au public dans le sens d'une publicité accrue.¹¹ Certains cantons, comme les cantons de Bâle-Ville et de Fribourg, ont fait usage de ce droit ou de ce pouvoir de délégation de la Confédération et conservent les lignes de servitude dans le cadre de leur travaux de mensuration.

L'article suivant commente les modifications apportées au droit de servitude dans le cadre du droit immobilier et montre que les innovations juridiques concernant le plan de servitude aux art. 732 al. 2 CC et art. 70 al. 3 ORF ne sont pas en corrélation avec la disposition déjà existante de l'art. 7 al. 3 OMO, mais parfois la contrarient même. L'article se concentre également sur les nombreux avantages qui découleraient d'une prise en compte obligatoire et complète des limites des servitudes dans la mensuration officielle, ce qui permettrait de concrétiser les aspirations du législateur de la révision du droit immobilier à un système d'informations relatives au sol moderne et transparent. Dans les marges, des considérations sommaires sont esquissées à l'avance quant aux précautions à prendre - outre la révision partielle de la VAV - pour réussir à inclure les lignes de servitude dans la mensuration officielle et quant à la manière dont l'interaction entre la mensuration officielle, le registre foncier et la profession de notaire devrait être structurée.¹²

⁸ Parmi beaucoup d'autres ATF 116 II 281 ss, 285 s. consid. 4; PETITPIERRE, BS-Komm., art. 732 CC N 12a; ZOBL, Der zulässige Inhalt von Dienstbarkeiten, p. 60 ss.

⁹ Cf. la formulation claire et actuelle de l'art. 70 al. 3 ORF: «Lorsqu'un extrait de plan du registre foncier doit être joint au justificatif relatif au titre (art. 732, al. 2, CC), la localisation de la servitude ou de la charge foncière doit être effectuée par les parties sur cet extrait de telle manière qu'elle ne donne lieu à aucune ambiguïté du point de vue géométrique.»

¹⁰ Parmi beaucoup d'autres SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, ch. 450; SCHMID, BS-Komm., art. 970 CC N 9c.

¹¹ Cf. HUSER, Vermessungsrecht, p. 88 s. und 118 ss; HUSER, ZBGR 94/2013, p. 248 ss avec d'autres références.

¹² Afin de s'assurer qu'aucune difficulté imprévue ne survienne lors de la mise en œuvre de l'enregistrement prévu des lignes de servitude dans la mensuration officielle, un projet pilote est prévu dans lequel, notamment, des questions pratiques et procédurales seront étudiées.



2. La révision des droits réels immobiliers en relation avec la nouvelle loi sur les servitudes

L'importance croissante des servitudes a donc également constitué une pierre angulaire de la dernière modification des droits réels, dont les principales préoccupations étaient, entre autres, d'améliorer le cadre juridique économique dans le domaine des droits réels immobiliers et, surtout, de développer la fonction du registre foncier en tant que système d'informations relatives au sol moderne et transparent.¹³

En ce qui concerne le droit de servitude, deux modifications formelles importantes ont été apportées.

2.1. Exigence formelle de certification publique

L'avant-projet de révision des droits réels immobiliers prévoyait que – à l'exception des servitudes de conduite – tous les actes constitutifs visant à la constitution de servitudes doivent désormais être authentifiés par un notaire (AP art. 732 CC). Dans son projet, le Conseil fédéral a toutefois voulu en rester à l'exigence formelle traditionnelle, mais a ajouté, presque à titre de compromis, un nouvel art. 732 al. 2 CC, selon lequel un plan doit être présenté au registre foncier en cas de servitude limitée dans son exercice, dans la mesure où celle-ci ne peut pas être décrite autrement de manière suffisamment définissable.¹⁴ La question de l'exigence formelle de l'acte public nouvellement proposée – mais pas du plan de servitude soumis par le Conseil fédéral – a ensuite été discutée de manière controversée au sein des Conseils fédéraux, le Conseil national l'emportant finalement par 22 voix contre 14, en invoquant une sécurité juridique accrue du fait des exigences formelles plus strictes dans le cadre de la procédure de règlement des différends.¹⁵ Le droit exige désormais, à l'art. 732 al. 1 CC, la formalité obligatoire d'un acte public pour tous les actes constitutifs visant la constitution et, en principe, également la modification des servitudes – à l'exception du privilège de forme dans le cadre de la division d'une succession selon l'art. 634 al. 2, CC – et un «extrait du plan pour le registre foncier» à l'art. 732 al. 2 CC pour le plan de servitude qui accompagne régulièrement le motif juridique.¹⁶ Le plan du registre foncier se base sur les données de la mensuration officielle selon l'art. 950 al. 1 CC en relation avec l'art. 7 al. 1 OMO et est toujours établi par un ingénieur géomètre breveté.¹⁷ Dans le Message relatif aux droits réels immobiliers, il a été précisé, en ce qui concerne la disposition de l'art. 732 al. 2 CC, que le plan de servitude déposé au registre foncier ne doit pas nécessairement être établi et signé par un ingénieur géomètre breveté, mais qu'un extrait téléchargé d'un géoportail officiel montrant les limites du bien-fonds et l'emplacement des éventuels bâtiments est suffisant.¹⁸

2.2. Limites des servitudes

De plus, le Message indique que les limites réelles de la servitude, qui détermine notamment l'exercice de la servitude et doit régler les rapports avec le propriétaire et avec d'autres parties ayant des autres droits réels, ne doit pas non plus être effectuée par l'ingénieur géomètre breveté, mais pourrait l'être par les parties ou le mandataire de l'acte eux-mêmes.¹⁹ Dans une décision ultérieure sur la validité formelle d'un plan d'architecte privé, le Tribunal fédéral a confirmé les affirmations du Message selon lesquelles un extrait de plan pour le registre foncier généré directement à partir des données de la mensuration officielle – contrairement à un plan d'architecte classique – ne pouvait pas être modifié sans autre par les parties (ou leurs architectes).²⁰ Par ailleurs, le Tribunal fédéral a précisé, en suivant la

¹³ Cf. MESSAGE CÉDULE HYPOTHÉCAIRE 2007, p. 5284 s.; PFÄFFLI/BYLAND, Sachenrecht und Notar: Neuerungen, in BN: 2011, p. 79 ss; PFÄFFLI/BYLAND, Revision, p. 327 ss; PFÄFFLI, Teilrevision des Sachenrechts: Erste Erfahrungen, in: ZBGR 93/2012, p. 372 ss.

¹⁴ MESSAGE CÉDULE HYPOTHÉCAIRE 2007, p. 5296 et 5310; SCHMID-TSCHIRREN, Überblick über die Immobiliarsachenrechtsrevision, in: Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht 2012, p. 18 s. avec d'autres références.

¹⁵ Cf. Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats, 22 septembre 2009, p. 934 ss.

¹⁶ PETITPIERRE, BS-Komm, art. 732 CC 12a ss; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, ch. 1245 ss.

¹⁷ MESSAGE CÉDULE HYPOTHÉCAIRE 2007, p. 5310; PFÄFFLI, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, p. 121.

¹⁸ Cf. MESSAGE CÉDULE HYPOTHÉCAIRE 2007, p. 5310; ATF 138 III 742 ss, 744 ss. consid. 2.2; HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, in: Die Dienstbarkeit und das neue Schuldbriefrecht 2012, p. 36; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, ch. 1246.

¹⁹ SCHMID/RÜEGG, Architektenplan taugt nicht als Plan für das Grundbuch im Sinn von Art. 732 Abs. 2 ZGB, in: BR 2013, p. 131; PFÄFFLI, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, in: Revision des Immobiliarsachenrechts, 2011, p. 121; PFÄFFLI, Dienstbarkeitsvertrag und grundbuchlicher Vollzug, in: Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht 2012, p. 89; PFÄFFLI, SJZ 2014, p. 70.

²⁰ Cf. ATF 138 III 742 ss, 744 ss. consid. 2.2 in fine.



doctrine²¹, que le plan du registre foncier devait être un plan actuel, mais a laissé ouvert – comme la doctrine citée – ce qu'il fallait exactement entendre par plan actuel.

²¹ PFÄFFLI, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, in: Revision des Immobiliarsachenrechts, 2011, p. 121; PFÄFFLI, Dienstbarkeitsvertrag und grundbuchlicher Vollzug, dans: Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht, 2012 p. 89; PFÄFFLI/BYLAND Sachenrecht und Notar: Neuerungen, in: BN 2011, p. 80; ARENT, Neuerungen bei den Dienstbarkeiten, in: Revision des Sachenrechts – ein erster Überblick für Eilige, 2012, 10 s.; SCHMID, Das Dienstbarkeitsrecht im Lichte der Revision des Immobiliarsachenrechts, ZBGR 93 p. 157; PFÄFFLI, ZBGR 2012, p. 376; PFÄFFLI/BYLAND, SJZ/2011, p. 228.



3. Les changements dans le droit de servitude

3.1. Du point de vue de la sécurité juridique

Les explications dans les matériaux législatifs de la doctrine dominante et de la jurisprudence du Tribunal fédéral méritent sans doute d'être approuvées, d'autant plus que, d'une part, une plus grande sécurité juridique est générée en ce qui concerne la base du plan de servitude, le plan du registre foncier et par la disposition de l'art. 732 al. 2 CC et, d'autre part, les parties peuvent télécharger indépendamment un extrait du plan du registre foncier sans devoir faire appel à un ingénieur-géomètre breveté, ce qui est particulièrement évident pour les servitudes plus simples et standardisées. Malheureusement, les efforts du législateur pour offrir plus de sécurité juridique et de transparence en exigeant un plan de servitude sous forme de plan pour le registre foncier n'ont pas été réfléchis jusqu'au bout et sont restés lettre morte pour les raisons suivantes:

La disposition de l'art. 732 al. 2 CC ne règle que la base du plan de servitude et de manière très rudimentaire en ce sens qu'il doit s'agir d'un plan pour le registre foncier.²² Le libellé de la loi ne s'exprime que sur les limites effectives de la servitude, qui nota bene doivent régler aussi précisément que possible la limitation de l'exercice du droit de servitude et la relation avec le propriétaire et les autres parties ayant des autres droits réels, dans la mesure où ceux-ci doivent être représentés par des dessins. Les matériaux législatifs, la doctrine et le Tribunal fédéral se contentent du fait qu'en ce qui concerne la représentation graphique des lignes de servitude ne doit pas nécessairement être effectuée par un géomètre, mais peut être réalisée par les parties elles-mêmes.²³ Les trois protagonistes sont silencieux sur le type et la forme de la représentation graphique des servitudes, et en particulier sur la manière exacte dont il doit être réalisé. Parfois, la doctrine estime même que les parties pouvaient tracer les lignes de servitude à la main sur l'extrait du plan destiné au registre foncier.

Ce manque d'appréciation de la manière et surtout de la précision avec laquelle les lignes de servitudes doivent être représentées graphiquement sur le plan du registre foncier exprime clairement le paradoxe entre la base du plan de servitude, le plan du registre foncier selon l'art. 950 al. 1 CC en relation avec l'art. 7 al. 1 OMO d'une part, et les lignes de servitudes qui doivent y être représentées graphiquement d'autre part.

D'une part, un extrait à jour du plan du cadastre établi à l'origine par l'ingénieur géomètre breveté, qui doit servir de base au plan de servitude avec les limites parcellaires et les bâtiments qui s'y trouvent, est au moins une condition préalable. Sur ce plan de servitude précis, les parties devraient maintenant être autorisées à représenter graphiquement les limites de la servitude, sans aucune directive à suivre en matière de précision, nota bene même à la main avec un feutre large si nécessaire.

Ces exigences formelles inégales pour la base du plan de servitude et les lignes de servitudes spécifiques sont à rejeter pour des raisons différentes. Elles ne servent pas les efforts du législateur pour accroître la sécurité juridique et la transparence du droit de servitude et du registre foncier. La plus grande sécurité juridique indubitablement obtenue par la nouvelle disposition de l'art. 732 al. 2 CC est immédiatement remise en cause par le fait que, selon la doctrine et la jurisprudence, les parties sont autorisées à dessiner arbitrairement les lignes de servitude sur l'extrait du plan du registre foncier.

La représentation graphique inexacte d'un droit de passage ou d'un droit de conduite sur un plan de servitude détermine non seulement de manière incorrecte la taille ou l'étendue réelle de la zone de servitude restreinte, mais aussi son positionnement sur le bien-fonds grevée, de sorte que les distances aux limites du bien-fonds propre à la parcelle sur le plan pour le registre foncier ne peuvent être correctes.²⁴

Il convient également de mentionner la disposition de l'art. 70 al. 3 ORF, qui n'a guère été prise en compte par la doctrine et le Tribunal fédéral et pas du tout dans le Message.²⁵ Dans ce contexte, il est

²² Cf. le libellé de l'art. 732 al. 2 CC: «La servitude doit être dessinée sur un extrait de plan du registre foncier lorsque son exercice se limite à une partie de l'immeuble et que le lieu où elle s'exerce n'est pas décrit avec suffisamment de précision dans le titre.»

²³ Cf. MESSAGE CÉDULE HYPOTHÉCAIRE 2007, p. 5310; ATF 138 III 742 ss, 744 ss. consid. 2.2; 5310; SCHMID-TSCHIRREN, Überblick über die Immobiliarsachenrechtsrevision, in: Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht 2012, p. 19; HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, in: Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht 2012, p. 37; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, SACHENRECHT, ch. 1246.

²⁴ Critique en ce sens également HUSER, ZBGR 94/2013, p. 249 s.

²⁵ Cf. le libellé clair, mais insuffisamment concrétisé de l'art. 70 al. 3 ORF: «Lorsqu'un extrait de plan du registre foncier doit être joint au justificatif relatif au titre (art. 732, al. 2, CC), la localisation de la servitude ou de la charge foncière doit être effectuée par les parties sur cet extrait de telle manière qu'elle ne donne lieu à aucune ambiguïté du point de vue géométrique.»



simplement supposé que les parties doivent montrer clairement l'emplacement géographique de la zone de servitude dans l'extrait de plan. Dans ce contexte, ni la doctrine citée ni le Tribunal fédéral ne semblent être gênés par le fait que l'art. 70 al. 3 ORF ou une autre norme juridique éventuelle à consulter ne fournit aucune information sur la manière et notamment la précision avec laquelle les parties doivent noter les lignes de servitude sur le plan du registre foncier et quelles directives doivent être respectées pour ce faire. Mais même sans ces nécessaires directives d'accompagnement, on peut douter que, par exemple, un droit de passage dessiné par les parties au moyen d'un large feutre – nota bene sur un plan exact pour le registre foncier – corresponde à la représentation non équivoque clairement sanctionnée par l'art. 70 al. 3 ORF.²⁶

Lors de la révision des droits réels immobiliers, le législateur avait omis de trouver un équilibre entre la base du plan de servitude, le plan du registre foncier et les lignes de servitudes tracées par les parties aussi librement que possible sous l'angle de la «précision formelle» en ne prévoyant aucune exigence minimale à respecter pour ces dernières. Cet équilibre doit maintenant être trouvé, soit idéalement par le biais d'une réglementation légale au niveau fédéral, soit par une décision clarificatrice du tribunal fédéral.

3.2. Du point de vue de la publicité du registre foncier

Outre une sécurité juridique accrue, le législateur a également voulu faire du registre foncier un système d'informations relatives au sol moderne et plus transparent grâce au plan de servitude qui flanque régulièrement la base juridique.²⁷

Pour que le registre foncier puisse remplir sa fonction d'annonce des droits réels immobiliers, le public doit avoir la possibilité de le consulter dans une certaine mesure.²⁸ Ce principe de la publicité dite formelle du registre foncier est à son tour une condition obligatoire de l'effet positif ou de la foi publique du registre foncier selon l'art. 970 al. 4 CC ainsi que de l'effet de publicité matérielle au sens de l'art. 973 CC.²⁹ Le droit fait une distinction fondamentale entre la fourniture d'informations et la consultation: la version révisée de l'art. 970 CC part du principe que le droit de consulter le registre foncier au sens de l'art. 970 al. 1 CC est limité par l'existence de la preuve de la vraisemblance de l'intérêt. Il n'existe un droit inconditionnel à l'information que pour les données expressément prévues par la disposition de l'art. 970 al. 2 CC – ainsi que pour les données précisées par le Conseil fédéral à l'art. 970 al. 3 CC.³⁰

La compréhension de la portée des informations inconditionnelles sur les données du registre foncier et sur les données foncières en général a récemment subi un changement dans le sens d'un assouplissement et d'un élargissement.³¹ L'accès aux données au sol et surtout aux ordonnances de droit public relatives aux immeubles par voie électronique prend de plus en plus d'importance, ce qui a finalement conduit à l'introduction du cadastre des restrictions de droit public à la propriété foncière (cadastre RDPPF).³² Alors que l'accès du public aux ordonnances de droit public tels que les plans de zones, les objets protégés etc. est considéré comme allant de soi, dans le domaine des rapports juridiques de droit privé au sol, l'intérêt du public s'oppose à la protection de la personnalité du propriétaire foncier. Le législateur résout ce «dilemme» en garantissant, d'une part, à l'art. 970 al. 2 CC, une information inconditionnelle uniquement sur les données du registre foncier qui ne posent pas de problème du point de vue de la protection des données – la désignation de l'immeuble, le propriétaire, le type de propriété et la date d'acquisition – et, d'autre part, à l'art. 970 al. 3 CC, en laissant au Conseil fédéral le soin de régler l'accès à d'autres données du registre foncier.³³ Se fondant sur l'art. 970 al. 3 CC et sur l'importance croissante de l'accès public aux données du registre foncier, le Conseil fédéral

²⁶ HUSER, ZBGR 94/2013, p. 250; cf. également HUSER, Vermessungsrecht, p. 88 ss et 119 s.

²⁷ SCHMID-TSCHIRREN, Neuerungen im Immobiliarsachenrecht, in: AJP 2012, p. 1504 s.; PFÄFFLI/BYLAND, Revision, p. 328; ARNET, Neuerungen bei den Dienstbarkeiten, in: Revision des Sachenrechts – ein erster Überblick für Eilige, 2012, p. 9; PFÄFFLI, ZBGR 91/2010 p. 357 ss.

²⁸ Sur la publicité du registre foncier, cf. DESCHENAUX, SPR V/ 3, I, p. 158 et suivantes, HAUSHERR, ÖFFENTLICHKEIT DES GRUNDBUCHS, in: ZBGR 69/ 1988, p. 1 et suivantes; REY, Öffentlichkeit des Grundbuchs, in: ZBGR 65/ 1984, p. 74 et suivantes.

²⁹ ZOBL, Grundbuchrecht, marginal n° 543; SCHMID, Gedanken zum öffentlichen Glauben des Grundbuchs, in: ZBGR 90/2009, p. 111 ss. avec d'autres références; DESCHENAUX, SPR V/ 3, I, p. 161 ss.

³⁰ Parmi beaucoup d'autres SCHMID, BS-Komm., art. 970 CC N 2 ss.

³¹ SCHMID, Gedanken zum öffentlichen Glauben des Grundbuchs, in: ZBGR 90/2009, p. 113 s.

³² Voir SCHMID, BS-Komm., art. 962 CC N 1 ss; SCHMID, BS-Komm., art. 970 CC N 4 s.

³³ Parmi beaucoup d'autres, DEILLO-SCHIEGG, Handkomm., art. 970 CC N 2 s., N 11 ss et N 23 ss.



a ensuite déclaré accessibles sans conditions les servitudes et les charges foncières ainsi que certaines annotations à l'art. 26 al. 1 ORF.³⁴ Par conséquent, des informations sur toutes les données contenues dans le feuillet du grand livre du registre foncier peuvent également être demandées concernant les servitudes sans preuve d'intérêt.³⁵ Étant donné qu'un plan de servitude accompagnant l'acte constitutif de la servitude doit être stipulé – au moins en quelques mots – sur le feuillet du grand livre pour être valable³⁶, le droit à l'information en matière de servitudes s'étend également au plan de servitude qui est disponible dans la plupart des cas.

Contrairement au cadastre RDPPF, par exemple, le droit étendu à l'information en matière de servitudes n'est accessible au public que dans une mesure limitée ou, à proprement parler, pas du tout.

Dans la mesure où les plans de servitudes examinés par l'administrateur du registre foncier dans le cadre d'une création ou d'une modification de servitude ne sont documentés que dans la mesure où ils sont classés dans les archives du registre foncier après un examen réussi, l'objectif poursuivi par le législateur de faire du registre foncier un système d'information foncière moderne et transparent³⁷ ne semble que partiellement atteint en ce qui concerne les servitudes et surtout les plans de servitudes. Si l'on souhaite consulter ou obtenir un plan de servitude, il faut actuellement le demander pendant les heures de bureau du registre foncier concerné ou le commander à l'avance, nota bene contre paiement d'une taxe.

3.3. Conclusion

En résumé, force est de constater que tant la sécurité juridique accrue que la transparence recherchée par le législateur en matière de droit de servitude n'ont pu être réalisées de manière satisfaisante:

D'une part, il a été omis de fixer des directives, complétant et concrétisant l'art. 70 al. 3 ORF, qui doivent être suivies par les parties dans la représentation graphique sur le plan du registre foncier selon l'art. 732 al. 2 CC.

En revanche, le fait que le Conseil fédéral ait fait usage de la compétence que lui confère l'art. 970 al. 3 CC et qu'il ait également déclaré publiques, sans conditions préalables, les servitudes et, avec elles, les plans de servitudes,³⁸ ne change rien au manque de transparence des plans de servitudes, d'autant plus que les plans de servitudes déposés au registre foncier ne sont actuellement pas accessibles au public.

³⁴ Voir PFAMMATTER, OF-Komm., art. 970 CC N 13; FASEL, GBV-Komm., art. 26 ORF N 2 ss.

³⁵ DEILLO-SCHEGG, Handkomm., art. 970 CC N 12 et 23 s.; SCHMID, BS-Komm., art. 970 CC N 5b et N 9b; SCHMID/HÜRLI-MANN-KAUP, Sachenrecht, ch. 450.

³⁶ Parmi beaucoup d'autres SCHMID, BS-Komm., art. 970 CC N 16b et 16d; cf. [ATF 128 III 169 ss, 172 consid. 3.](#)

³⁷ Cf. MESSAGE CÉDULE HYPOTHÉCAIRE 2007; parmi beaucoup d'autres SCHMID-TSCHIRREN, Überblick über die Immobilienarsachenrechtsrevision, in: Die Dienstbarkeit und das neue Schuldbriefrecht 2012, p. 4 s.

³⁸ SCHMID, BS-Komm., art. 970 CC N 9a; FASEL, GBV-Komm., art. 26 ORF N 5 ss.



4. La tradition de représenter les limites des servitudes dans le système de mensuration cadastrale

Le législateur et la mensuration officielle reconnaissent depuis longtemps la nécessité et l'intérêt d'une représentation précise et accessible au public des plans de servitudes.³⁹ Dans le cadre de la réforme de la mensuration officielle de 1993, les cantons ont reçu la compétence, sur la base de l'art. 7 al. 3 OMO – et en complément de l'art. 7 al. 1 OMO – d'inclure également les limites des servitudes dans leur mensuration officielle,⁴⁰ ce qui étend également le contenu contraignant du plan pour le registre foncier.⁴¹

Si un canton a fait usage de cette compétence, les limites de la servitude sont relevées par un spécialiste compétent et deviennent ainsi non seulement une partie des travaux de mensuration (cantonale), mais aussi, selon les art. 668 CC et 942 CC, une partie officielle et juridiquement valable du registre foncier.⁴² Seuls quelques cantons aient fait usage de cette possibilité, qui tient compte à la fois de la sécurité juridique et de la transparence, est dû au fait que la détermination précise et, à plus forte raison, la représentation de l'exercice limité des servitudes sur des parties des immeubles n'ont guère retenu l'attention de la pratique ou de la doctrine jusqu'à la dernière révision des droits réels immobiliers.

Dans de nombreuses pratiques du registre foncier cantonales, l'exercice de la servitude s'appliquait indéfiniment à l'ensemble du bien-fonds et ne devait être limité que dans le cadre d'un éventuel morcellement ultérieur, ce qui n'était toutefois régulièrement pas possible dans la pratique en raison du manque de documentation des limites de la servitude. Cette circonstance a à son tour conduit au fait que certains bureaux du registre foncier, sans fondement réel dans le droit positif, inscrivaient les servitudes au registre foncier sur simple présentation d'une représentation de plan, un simple croquis dessiné à la main, qui indiquait généreusement les zones de servitudes limitées dans leur exercice, étant suffisant en pratique pour un tel plan.⁴³

Le plan de servitude officiel établi par un ingénieur géomètre breveté, tel qu'il est encore prévu dans le canton de Fribourg,⁴⁴ par exemple, n'était connu que de quelques cantons avant l'entrée en vigueur de la modification des droits réels. Ce n'est donc pas un hasard, mais une conséquence logique, que seuls les cantons qui fournissent un plan de servitude correspondant non seulement à la base, mais aussi aux exigences du droit de la mensuration pour la représentation des limites de servitudes, font usage de la compétence de l'art. 7 al. 3 OMO et représentent également les limites de servitudes dans leurs travaux de mensuration.⁴⁵

On pourrait maintenant supposer que depuis l'entrée en vigueur de la révision de la loi sur la propriété foncière et sur le plan du registre foncier, qui doit être soumis au registre foncier conformément à l'art. 732 al. 2 CC, et selon l'art. 70 al. 3 ORF, les lignes de servitude doivent être clairement indiquées sur les plans, les cantons, sur la base de la compétence que leur confère l'art. 7 al. 3 OMO, ont également de plus en plus intégré les servitudes dans leurs travaux de mensuration. Si tel n'est malheureusement pas le cas – à l'exception de l'office du registre foncier de Bâle-Ville⁴⁶ – c'est parce que le législateur et, par voie de conséquence, la juridiction au sens de l'art. 1 al. 3 CC ont omis de fixer des directives

³⁹ Egalement correct HUSER, ZBGR 94/2013, p. 248.

⁴⁰ HUSER, Vermessungsrecht, p. 89 et 106 ss avec d'autres références.

⁴¹ Voir également, en ce sens ATF 138 III 742 ss, 744 ss consid. 2.2.

⁴² Cf. SCHMID, BS-Komm., art. 942 CC N 6 et 7a, art. 950 CC N 22 ss; ATF 98 II 191 ss, 198 consid. 4; ARNET, Kurzkomm., art. 973 CC N 3 s.; DESCHENAUX, SPR V/3, II, p. 766 s.; HOMBERGER, ZH-Komm., art. 942 CC N 12 s., art. 950 CC N 6, art. 973 CC N 18; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, ch. 579 ss.

⁴³ PFÄFFLI, Dienstbarkeit beim Stockwerkeigentum, in Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2012, p. 29 ss, cf. notamment p. 36; voir aussi à ce sujet MOOSER, ZBGR 72/1991, p. 257 s.

⁴⁴ Cf. art. 23 al. 1 LMO du canton de Fribourg: «Le plan du registre foncier contient, outre les éléments définis par les prescriptions fédérales, les limites des servitudes visées par l'article 19.»

⁴⁵ En ce sens également, HUSER, ZBGR 94/2013, p. 249: «Das kantonale Recht hätte festlegen können, dass Dienstbarkeitsgrenzen mit lagemässig eindeutig bestimmten Grenzen im Plan für das Grundbuch dargestellt werden (Art. 7 Abs. 3 VAV. In diesem Fall werden die Dienstbarkeitsgrenzen Teil der amtlichen Vermessung, und ihre Grenzen sind von der zuständigen Fachperson zu erheben und ins Vermessungswerk einzutragen. Mit diesem Vorgehen hätten bei der Flächenabgrenzung die vermessungsrechtlichen Genauigkeitsvorschriften zur Anwendung gebracht werden können. Die Kantone haben von dieser Kompetenz jedoch kaum Gebrauch gemacht.»

⁴⁶ L'Office du registre foncier de Bâle-Ville a reconnu l'importance de la représentation précise des limites des servitudes dans la mensuration officielle et a donc modifié l'ordonnance sur le registre foncier cantonale (VOGB-BS). A cet égard, au § 10a al. 4 lit. d – quasi complément et concrétisation de l'art. 70 al. 3 ORF – une mesure claire de la géométrie de la servitude est désormais exigée pour la représentation des limites de la servitude, avec de bonnes raisons.



complémentaires à la disposition de l'art. 70 al. 3 ORF, qui soient adaptées aux prétentions de la mensuration officielle et à la disposition de l'art. 7 al. 3 OMO et, surtout, qui ne les contrarient pas.⁴⁷

Dans les matériaux législatifs – et confirmés ensuite par le Tribunal fédéral⁴⁸ – non seulement les exigences minimales pour le plan de servitude ont été prescrites selon l'art. 732 al. 2 CC en relation avec l'art. 70 al. 3 ORF, mais en même temps des dispositions cantonales plus strictes exigeant l'établissement d'un plan de servitude par un ingénieur géomètre breveté ont été déclarées nulles en raison de la force dérogatoire du droit fédéral selon l'art. 49 al. 1 Cst.⁴⁹ Un droit transitoire prévu aurait pu éviter cette circonstance, mais malheureusement, par mauvaise habitude, la nouvelle loi n'avait pas prévu un tel droit, ce qui est discutable au regard de la protection de la confiance légitime.⁵⁰

⁴⁷ Si l'on consulte les explications et le message sur le droits réels immobiliers, force est de constater qu'en relation avec l'introduction de l'art. 732 al. 2 CC et du plan de servitude nouvellement exigé, il n'a pas été fait référence à la prescription déjà existante de l'art. 7 al. 3 OMO et qu'ainsi une coordination nécessaire des deux prescriptions a malheureusement aussi été manquée.

⁴⁸ MESSAGE CÉDULE HYPOTHÉCAIRE 2007, p. 5310; [ATF 138 III 742 ss, 744 ss consid. 2.2.](#)

⁴⁹ Sur la force dérogatoire du droit fédéral, cf. WALDMANN, BS-Komm, art. 49 Cst. N 7 ss et 32 ss; BIAGGINI, BV-Komm, art. 3 Cst. N 51 ss et art. 49 Cst. N 14 ss et 71 ss; RUCH, SG-Komm, art. 49 Cst. N 7 ss et 25 ss.

⁵⁰ L'absence de disposition transitoire et l'atteinte à la sécurité juridique qui en découle sont actuellement également critiquées dans le cadre de la révision en cours du droit des successions. Cf. la critique de BREITSCHMID, Der 13. Schweizerische Erbrechtstag – Tod und Erbrechtsreform ... oder Tod der Erbrechtsreform? successio 13 (2019), p. 86.



5. Stratégie et plan de mesures de la mensuration officielle et la révision partielle de la OMO

Dans sa stratégie et son plan de mesures pour la mensuration officielle pour les années 2020–2023, l'Office fédéral de topographie swisstopo prévoit notamment que les lignes de servitude seront désormais également obligatoirement représentées dans les données de la mensuration officielle.⁵¹

Dans la révision partielle actuelle de l'ordonnance sur la mensuration officielle nart. 7 al. 1 OMO a été élargi de sorte que, outre les biens-fonds, les droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier et les mines, le plan du registre foncier délimite également les servitudes dont l'exercice est restreint (art. 732 al. 2 CC).⁵²

La disposition de l'art. 7 al. 3 OMO, qui attribue aux cantons la compétence de faire figurer les limites des servitudes en plus des données de la mensuration officielle, a donc été supprimée sans remplacement dans le projet de nart. 7 OMO dans le cadre de la révision partielle de l'OMO sans remplacement, et dans nart. 7 al. 1 OMO, les limites de la servitude ont été explicitement incluses dans le cadre de la mensuration officielle.

⁵¹ Mesure G: Permettre la gestion de servitudes dans la mensuration officielle. Les conditions requises pour une introduction homogène à l'échelle suisse des servitudes géométriquement délimitables dans la MO sont créées, les modèles de données minimaux sont définis et leur gestion harmonisée est permise.

⁵² La disposition de l'art. 7 al. 1 OMO prévoit désormais le libellé suivant:
«Le plan du registre foncier est un extrait établi sous forme analogique ou numérique à partir des données de la mensuration officielle; en tant qu'élément constitutif du registre foncier, il contient au moins
a. les biens-fonds, ainsi que les droits distincts et permanents et les mines différenciés par la surface,
b. les servitudes dont le lieu d'exercice est limité (art. 732 al. 2 CC),
c. les zones de territoires en mouvement permanent (art. 669a CC)».



6. Les nombreux avantages de la future représentation précise des limites des servitudes dans la mensuration officielle

6.1. Une sécurité juridique accrue

Comme discuté en détail dans les remarques précédentes, le cadre juridique actuel ne tient pas suffisamment compte de la sécurité juridique et de la transparence accrues recherchées par le législateur en ce qui concerne la représentation graphique claire des lignes de servitude et leur accessibilité au public.

La révision de l'OMO avec le nouveau nart. 7 al. 1 OMO et le projet de l'Office fédéral de topographie swisstopo de déclarer obligatoire la représentation des lignes de servitudes dans la mensuration officielle ne feraient, considérés isolément, que remédier au manque de transparence des plans de servitudes, mais pas au manque de sécurité juridique. Afin qu'à l'avenir, dans le sens d'une meilleure sécurité juridique, plus aucun plan de servitude ne puisse être valablement déposé au registre foncier sur lequel les lignes de servitude ne sont représentées graphiquement que de manière inexacte, la représentation sans ambiguïté des lignes de servitude exigée à l'art. 70 al. 3 ORF, de l'ordonnance sur la mensuration officielle est précisée dans l'ordonnance révisée sur la mensuration officielle.

En nart. 7 al. 3 OMO exige désormais que les limites des servitudes ne soient clairement représenter graphiquement sur le plan du registre foncier que si les données sont transférées aux données de la mensuration officielle via une interface.⁵³

Cette interface est basée sur un modèle de données qui détermine les exigences formelles pour la représentation claire des limites de la servitude par les parties. Le fait que le plan de servitude selon l'art. 732 al. 2 CC en relation avec l'art. 70 al. 3 ORF soit plus ou moins une extension du plan conventionnel du registre foncier selon l'art. 950 al. 1 CC en relation avec l'art. 7 al. 1 OMO est pris en compte dans la mesure où nart. 7 al. 2 OMO prévoit désormais que le Département fédéral de justice et police (DFJP) et le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS) déterminent ensemble les exigences relatives au contenu et à la présentation du plan du registre foncier.⁵⁴

6.2. Une publicité accrue

Afin que les plans de servitudes peuvent être transférées de manière simple et juridiquement sûre via l'interface prévue par nArt. 7 al. 3 aux données de la mensuration officielle, les différents services cantonaux du cadastre, avec le soutien de l'Office fédéral de topographie swisstopo, mettront à disposition des utilisateurs un outil adéquat sur leurs géoportails cantonaux officiels. Grâce à cet outil, il devrait être possible à l'avenir pour les utilisateurs eux-mêmes de représenter graphiquement les lignes de servitude sur le plan du registre foncier, conformément aux exigences de représentation et de précision. Ensuite, ce plan de servitude créé peut être simplement transféré aux données de la mensuration officielle via l'interface définie et remis au registre foncier par analogie ou par voie électronique, si le registre foncier en question est déjà connecté au commerce électronique.

L'inclusion définitive des lignes de servitude dans les données de la mensuration officielle n'est effectuée, conformément à l'art. 972 al. 1 CC, qu'au moment où la transaction cadastrale rubriquée au grand livre a été déclarée légalement valable par le conservateur du registre foncier.⁵⁵

⁵³ Le libellé du nart. 7 al. 3 OMO se lit comme suit: «Les limites des servitudes sont tracées sans ambiguïté pour le plan du registre foncier, lorsque les données peuvent être transférées dans les données de la mensuration officielle via une interface.»

⁵⁴ Le libellé du nart. 7 al. 2 OMO se lit comme suit: «Le DFJP et le DDPS fixent des exigences applicables au plan du registre foncier et à d'autres extraits pour la tenue du registre foncier, notamment en matière de contenu et de représentation.»

⁵⁵ A cet effet, une coche peut être définie dans le logiciel du cadastre Capitastra.



6.3. Partie du registre foncier et participation à la foi publique du registre foncier

La future représentation claire des limites des servitudes – conformément aux exigences de la mensuration officielle et d'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier (nart. 7 al. 2 OMO) – apporte d'autres avantages en plus d'une sécurité juridique et d'une transparence nettement accrues:

D'une part, la représentation future des limites des servitudes dans la mensuration officielle les fait non seulement faire partie de la mensuration officielle, mais aussi du registre foncier selon l'art. 942 CC, et elles participent ainsi à la foi publique du registre foncier.⁵⁶ Pour des raisons de sécurité juridique, la foi publique signifie qu'un tiers de bonne foi est protégé dans son acquisition en vertu de l'art. 973 al. 1 CC sur la base d'une inscription objective au registre foncier.⁵⁷ La doctrine absolument dominante et le Tribunal fédéral sont unanimes en ce qui concerne les limites des servitudes: celles-ci ne participent à la foi publique du registre foncier que si elles sont enregistrées et représentées dans la mensuration officielle.⁵⁸ Si l'on projette maintenant l'avis du Tribunal fédéral et de la doctrine sur la disposition actuelle de l'art. 7 al. 3 OMO, qui permet aux cantons d'inclure facultativement les servitudes dans leur mensuration officielle, il en résulte un «patchwork» hétérogène en matière de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, en ce sens que la foi publique ne prend effet que pour les limites de servitudes qu'un canton a incluses dans sa mensuration officielle.⁵⁹ Cette inégalité de traitement des droits réels, qui sont bien sûr inscrits au registre foncier, doit être corrigée raoidement dans le contexte de la protection de la confiance légitime et de la sécurité juridique. L'inscription obligatoire prévue des limites des servitudes dans la mensuration officielle dans le cadre de la révision de l'OMO ferait, selon l'art. 942 du CC, également partie du registre foncier eo ipso et donc, corrélativement, également l'objet de la foi publique du registre foncier selon l'art. 973 al. 1 CC.⁶⁰ L'extension de la foi publique du registre foncier aux limites des servitudes conduit finalement aussi à une extension de la protection de la confiance légitime et à une amélioration de la sécurité juridique.⁶¹

D'autre part, la représentation future des limites des servitudes dans la mensuration officielle et leur participation à la foi publique empêcheront également le principe juridique de la publicité naturelle⁶², qui a été mis en place par la jurisprudence du Tribunal fédéral – par nécessité en raison du manque de publicité – et qui est rejeté à juste titre par la doctrine dominante.⁶³ En vertu de la notion de publicité naturelle et suivant l'art. 3 al. 2 CC, le Tribunal fédéral interprète une mauvaise foi anticipée si l'acquéreur d'un immeuble en faveur duquel une servitude est inscrite au registre foncier n'inspecte pas dûment la localité avant la conclusion.⁶⁴ Selon cette jurisprudence du Tribunal fédéral, si l'étendue de la servitude est visiblement limitée par les conditions locales, l'acquéreur doit généralement permettre

⁵⁶ SCHMID, BS-Komm., art. 942 CC N 6 et 7a, art. 950 CC N 22 ss avec d'autres références; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, ch. 579; cf. également ATF 98 II 191 ss, 198 consid. 4; DESCHENAUX, SPR V/3, II, p. 766 s.

⁵⁷ ATF 137 III 153 ss, 155 consid. 4.1.1; ATF 137 III 145 ss, 148 consid. 3.3; arrêt TF 5A_431/2011, consid. 4.2.1; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, ch. 940 ss; DESCHENAUX, SPR V/3, II, p. 798 ss.

⁵⁸ ATF 138 III 742 ss, 744 consid. 2a: «Im Unterschied zur amtlichen Vermessung, welche als Bestandteil des Grundbuchs die genauen Grenzverläufe der Grundstücke festhält, finden die privaten Einzeichnungen keinen Eingang ins Vermessungswerk und sie bilden auch nicht Gegenstand des öffentlichen Glaubens (...).»; arrêt TF 5A_677/2011, E. 2.2; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, ch. 934a et Tome II, ch. 1602; PFÄFFLI, Dienstbarkeiten: Neuerungen mit besonderer Berücksichtigung des Bereinigungsverfahrens, in: ZBGR 91/2010, p. 362; MEYER-HAYOZ, BE-Komm., art. 668 CC N 16; FRIEDRICH, ZBGR 1977, p. 336 ss.

⁵⁹ Le tiers qui a acquis de bonne foi un bien-fonds sur la base de l'inscription au registre foncier ne peut invoquer la disposition de l'art. 973 al. 1 CC concernant le champ d'application local de la servitude que si le canton a décidé, sur la base de l'art. 7 al. 3 OMO, d'inclure la servitude dans sa mensuration officielle. Cf. donc à tort GÖSKU, Handkomm., art. 732 CC N 7 in fine: «(...) die zulässigen privaten Einzeichnungen bilden – anders als die amtliche Vermessung – nicht Gegenstand des öffentlichen Glaubens (BGE 138 III 742 E. 2a), was allerdings nicht bedeuten kann, dass ZGB Art. 973 für den örtlichen Umfang für Dienstbarkeiten nicht gelten könnte.»

⁶⁰ Cf. ATF 98 II 191 ss, 198 consid. 4; ARNET, Kurzkomm., art. 973 CC N 3 s.; DESCHENAUX, SPR V/3, II, p. 766 s.; HOMBERGER, ZH-Komm., art. 942 CC N 12 s., art. 950 CC N 6, art. 973 CC N 18.

⁶¹ Voir également, en ce sens SCHMID, Gedanken zum öffentlichen Glauben des Grundbuchs – Vom Sein und Schein im Immobiliarsachenrecht, in: ZBGR 90/2009, p. 112 s.; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, ch. 919.

⁶² Cf. BGE 137 III 145 ss, 149 s. consid. 3.3.3; ATF 137 III 153 ss, 157 s. consid. 4.2.3; arrêt TF 5C.71/2006, consid. 2.3.1; arrêt TF 5A_117/2013, consid. 3.3.3; arrêt TF 5A_856/2014, consid. 3.3.3.

⁶³ Voir HÜRLIMANN-KAUP, BN 2013, p. 134 ss; BYLAND/KÜPFER, Natürliche Publizität contra Grundbucheintragung, in: Festgabe für Roland Pfäffli, BN 2014, p. 237 ss; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, ch. 1281 b und c.

⁶⁴ Cf. ATF 137 III 153 ss, 157 s. consid. 4.2.3; critique LIVER, ZBGR 60/1979, p. 10 s.



que cela lui soit reproché.⁶⁵ Ainsi, suivant la principe juridique de la publicité naturelle, le Tribunal fédéral a récemment jugé que le propriétaire d'un immeuble qui avait acquis ce dernier en se fiant à un plan cadastral numérisé ne peut pas invoquer la bonne foi au sens de l'art. 3 al. 2 CC s'il ne pouvait pas supposer, sur la base des circonstances locales, que le mur sur l'ensemble du bien-fonds était commun.⁶⁶ Le Tribunal fédéral opère sous le couvert de la publicité naturelle, même au moyen d'une mauvaise foi fictive de l'acquéreur, lorsque l'inscription au registre foncier correspond à la convention initiale mais que les parties contractantes initiales procèdent à une modification dans le temps, par exemple du tracé de la servitude, sans toutefois la proclamer par une modification de la servitude au sens d'un transport selon l'art. 742 al. 2 CC et la porter au registre foncier pour inscription.⁶⁷

Le principe juridique de la publicité naturelle du Tribunal fédéral conduit finalement aussi au fait qu'une modification du contrat qui n'est valable qu'entre les parties contractantes initiales inter partes a un effet absolu in rem et s'applique donc aussi à l'acquéreur ultérieur, qui doit accepter les circonstances locales et ne peut plus invoquer sa bonne foi dans l'inscription au registre foncier selon l'art. 973 al. 1 CC au sens de l'art. 3 al. 2 CC.⁶⁸

6.4. Démontrer la principe juridique problématique de la «publicité naturelle» du Tribunal fédéral, critiquée par la doctrine et la pratique dominantes

Le principe juridique de publicité naturelle du Tribunal fédéral est presque unanimement rejeté par la doctrine. La doctrine critique à juste titre le fait que la publicité naturelle n'a trouvé sa place dans le CC qu'en relation avec les droits de conduite apparente conformément à l'art. 676 al. 3 CC, mais qu'il manque au droit un principe général selon lequel la publicité naturelle peut avoir un effet sur l'existence d'un droit réel.⁶⁹ En outre, le Tribunal fédéral a poussé à l'extrême l'absence d'une inscription incomplète au registre foncier.⁷⁰ Un vice juridique n'est à supposer que s'il existe une divergence entre l'inscription au registre foncier et la situation juridique effective – nota bene la situation juridique réelle et non simplement obligatoire.⁷¹ Une telle divergence peut survenir, par exemple, si le registre foncier commet une erreur d'inscription au sens de l'art. 977 CC.⁷² Il est également concevable que la divergence causée par le vice juridique ne se soit produite qu'après l'inscription au registre foncier. Un exemple en est la renonciation (partielle) à une servitude, par laquelle, selon la jurisprudence et la doctrine, la servitude (en tout ou en partie) cesse avec effet immédiat et sort donc du registre foncier,⁷³ cette renonciation (partielle) pouvant également être tacite par un comportement implicite. Comme mentionné ci-dessus, le Tribunal fédéral se laisse guider par la bonne ou la mauvaise foi de l'acquéreur même si l'inscription au registre foncier et donc la situation juridique in rem correspondent à la convention initiale, mais que les parties procèdent à une modification de la servitude locale à titre obligatoire,

⁶⁵ Voir également [consid. 137 III 145 ss, 149 s. consid. 3.3.3; arrêt TF 5C.71/2006, consid. 2.3.1; arrêt TF 5A_117/2013, consid. 3.3.3; arrêt TF 5A_856/2014, consid. 3.3.3.](#)

⁶⁶ [Arrêt TF 5A_431/2016, consid. 4.2.3](#): «L'état physique réel et extérieurement visible d'un bien-fonds («natürliche Publizität») peut notamment faire échec à la bonne foi du tiers acquéreur dans l'inscription figurant au registre foncier (...). Dans ce sens, la jurisprudence a admis, à propos d'une servitude de droit de passage que, dans la mesure où, en principe, nul n'achète un immeuble au bénéfice d'une telle servitude sans visiter les lieux, le tiers acquéreur peut de bonne foi ignorer – sauf circonstances tout à fait particulières – les particularités non mentionnées dans l'enregistrement (servitude, ouvrages, taille rétrécie par endroits, etc.) qu'une telle visite pouvait lui révéler (...). Il s'ensuit qu'en principe, les limitations résultant de l'état des lieux visibles sur le terrain sont opposables au tiers acquéreur, lequel ne pourra invoquer sa bonne foi s'il n'en a pas pris connaissance. Il n'est cependant pas nécessaire qu'il ait eu connaissance des faits: il suffit qu'il ait pu et voulu s'en rendre compte en faisant preuve de l'attention nécessaire (...).»

⁶⁷ Cf. dans ce contexte [l'arrêt TF 5C.71/2006, consid. 2.3.4](#), selon lequel il n'est pas décisif que le précédent propriétaire du bien en droit ait consenti ou non à la construction du bâtiment restreignant la servitude.

⁶⁸ Cf. les faits à la base de [ATF 137 III 153 ss à la page 145](#). Le projet de Code civil de 1904 prévoyait encore la réglementation suivante: «Sont dispensées toutefois d'une forme particulière les conventions relatives à des servitudes révélees par des ouvrages apparents, incontestablement destinés à l'exercice du droit.», Toutefois, comme on le sait, cette disposition n'a pas été incluse dans la loi. Cf. LIVER, ZBGR 60/1979, p. 11.

⁶⁹ Critique en ce sens LIVER, ZBGR 60/1979, p. 12, en référence à la réglementation en droit autrichien et allemand (à savoir le § 1028 BGB); HÜRLIMANN-KAUP, BN 2013, p. 134 s.

⁷⁰ Voir également en ce sens BYLAND/KÜPFER, *Natürliche Publizität contra Grundbucheintragung*, in: Festgabe für Roland Pfäffli, BN 2014, p. 237 s.; HÜRLIMANN-KAUP, BN 2013, p. 134.

⁷¹ Cf. SCHMID/BEELER-SUTA, *Die Auslegung von Wegrechten: Öffentlicher Glaube des Grundbuchs und natürliche Publizität baulicher Anlagen*, BR/DC 2011, p. 194 s.

⁷² Au lieu de nombreux [ATF 123 III 346 ss, 348 consid. 1b](#); DESCHENAUX, SPR V/3, II, p. 903 ss.

⁷³ Cf. [ATF 128 III 265 ss, 269 s. consid. 4a; ATF 127 III 440 ss, 442 consid. 4. 2a; arrêt TF 5A_898/2015, consid. 3.2](#); TUOR/SCHNYDER/SCHMID, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, § 108 ch. 13; STEINAUER, *Les droits réels*, Tome II, ch. 2252; DENIS PIOTET, SPR V/2, ch. 253.



mais omettent ensuite de soumettre cette modification au registre foncier et donc de l'exécuter in rem.⁷⁴

Le principe juridique de la publicité naturelle créée par le Tribunal fédéral, qui a déjà été utilisée comme base de décision dans le cadre de plusieurs arrêts du Tribunal fédéral, est à rejeter dans l'opinion exprimée ici non seulement en raison de son manque de légitimité juridique, mais aussi parce qu'elle méconnaît fondamentalement notamment le principe (absolu) de l'inscription et de la publicité du registre foncier.⁷⁵ En outre, en ce qui concerne la norme d'interprétation en cascade des servitudes de l'art. 738 CC, on peut affirmer que le principe juridique de la publicité naturelle ne peut être attribuée à aucune des trois cascades, mais que le Tribunal fédéral a créé de son propre chef un quatrième niveau.

Le principe juridique de la publicité naturelle du Tribunal fédéral, qui est uniformément rejetée par la doctrine et également par le point de vue représenté ici, pourrait être arrêtée en référence au plan de servitude et à sa représentation dans la mensuration officielle comme suit:

La jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine, suivant l'art. 738 al. 1 CC, sont uniformément d'avis que si le droit et les obligations ressortent clairement de l'inscription au registre foncier, le contenu et aussi l'étendue d'une servitude peuvent être déterminés exclusivement et uniquement à partir de l'inscription au registre foncier.⁷⁶ L'univocité requise de l'inscription au registre foncier se réfère donc non seulement au contenu et à la fonction réels, mais aussi à la localisation de la servitude.⁷⁷

Sur la base de ce qui précède, une inscription au registre foncier qui est sans ambiguïté quant au contenu, à la fonction et également à la localisation de la servitude exclut, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine, une interprétation de la servitude selon l'art. 738 al. 2 CC.⁷⁸ A juste titre, une inscription au registre foncier qui est sans ambiguïté quant à la localisation de la servitude au sens de l'art. 738 al. 1 CC doit également exclure de manière conséquente le recours au malheureux principe juridique de la publicité naturelle ou rendre ce recours inutile.

Toutefois, un examen de la pratique montre que ces cas sont plutôt rares et se produisent tout au plus dans le cas de servitudes «mesurées».⁷⁹ Il ne fait aucun doute que la disposition de l'art. 732 al. 2 CC, introduite dans le cadre de la révision des droits réels immobiliers, améliore la situation à cet égard en ce sens que les servitudes restreintes dans leur exercice doivent en principe être flanquées par les parties d'un plan de servitude.

Le plan de servitude déposé au registre foncier, comme mentionné ailleurs, n'est malheureusement que d'une aide limitée dans ce contexte, car d'une part les limites des servitudes ne sont régulièrement pas représentées graphiquement clairement et d'autre part il disparaît dans les profondeurs des archives du registre foncier après un examen réussi et est oublié. Le manque de publicité du registre foncier à l'égard des plans de servitudes déposés sera résolu à long terme à deux égards par l'inclusion obligatoire prévue de ceux-ci dans la mensuration officielle:

D'une part, les limites de la servitude font partie du registre foncier par leur inclusion dans la mensuration officielle selon l'art. 942 CC, avec pour conséquence qu'elles participent à la foi publique du registre foncier au sens de l'art. 973 al. 1 CC.⁸⁰ Revanche, la publication des limites de la servitude dans la mensuration officielle et la mention sur la feuille du grand livre du registre foncier satisfont pleinement à l'exigence de l'art. 738 al. 1 CC en ce qui concerne la localisation locale claire de la servitude, de sorte que le recours au principe juridique de la publicité naturelle du registre foncier ou aux circonstances locales n'est plus nécessaire.⁸¹

⁷⁴ ATF 137 III 145 ss, 149 s. consid. 3.3.3; cf. également l'arrêt TF 5C.71/2006, consid. 2.3.1

⁷⁵ Voir également en ce sens SCHUHMACHER, die Angst vor dem Grundbuchverwalter, in: Festschrift für Roland Pfäffli, p. 335; BYLAND/KÜPFER, Natürliche Publizität contra Grundbucheintragung, in: Festgabe für Roland Pfäffli, BN 2014, p. 244.; HÜRLIMANN-KAUP, BN 2013, p. 133 s.

⁷⁶ Parmi beaucoup d'autres ATF 139 III 305 ss, 308 s. consid. 3.2.2; GÖSKU, Handkomm., art. 738 CC N 4.

⁷⁷ Parmi beaucoup d'autres ATF 128 III 169 ss, 175 consid. 3b; SCHMID-TSCHIRREN, Kurzkomm., art. 738 CC N 7.

⁷⁸ ATF 137 III 145 ss, 149 s. E consid. 3.1; ATF 123 III 461 ss, 465 consid. 5; arrêt TF 5A_181/2011, consid. 3.2; arrêt TF C.307/2005, consid. 3; LEEMANN, BE-Komm., art. 738 CC N 7; STEINAUER, Les droits réels, Tome II, Rz. 2298.

⁷⁹ Voir également ATF 107 II 331 ss, 334 consid. 2; PETITPIERRE, BS-Komm., art. 738 CC N 4.

⁸⁰ Arrêt TF 5A_677/2011, consid. 2.2; arrêt TF 5A_858/2010, consid. 4.3; ATF 98 II 191 ss, 198; FRIEDRICH, ZBGR 1977, 337 ss; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, Rz. 569 et 934a; SCHMID, BS-Komm., art. 942 CC N 18 et art. 973 CC N 25; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, Rz. 579.

⁸¹ Voir également, en ce sens GÖSKU, Handkomm., art. 738 CC N 4: «Wird dabei der Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit durch die örtlichen Gegebenheiten für jedermann sichtbar beschränkt (wie z. B. beim Wegrecht), hat sich der Erwerber dies grundsätzlich entgegenhalten zu lassen (...); etwas anderes muss m. E. gelten, wenn die örtliche Gegebenheiten dem Grundbucheintrag widersprechen und damit eine Auslegung nach Art. 738 Abs. 2 ZGB von vornherein ausgeschlossen ist.»



6.5. Traitement favorable des faits en vertu du droit du registre foncier

Dans les matériaux législatifs et dans la littérature, l'objectif du plan de servitude nouvellement exigé est justifié d'un point de vue spécifique au registre foncier exclusivement dans le but de créer une clarté sur la lieu où la servitude s'exerce afin de permettre une épuration correcte au sens de l'art. 974a CC en cas de division ultérieure d'un immeuble.⁸² Cette déclaration du législateur et de la doctrine doit être clarifiée comme suit:

D'une part, le notaire mandant – par exemple dans le cadre d'une épuration nécessaire selon l'art. 974a CC lors d'une mutation du registre foncier – ne dispose régulièrement pas de tous les plans de servitudes requis, de sorte qu'il doit les demander au registre foncier, ce qui lui coûte beaucoup de temps et souvent de l'argent. Dans ce contexte également, il convient de saluer l'inclusion et la représentation des limites des servitudes dans le cadastre, qui est librement accessible au public à tout moment et sans restriction.

D'autre part, il y a beaucoup plus de faits en vertu du droit du registre foncier que l'art. 974a CC mentionné dans les matériaux législatifs et dans la doctrine, qui sont considérablement simplifiées et rendues plus claires dans leur exécution, que ce soit pour les bureaux du registre foncier ou pour les études notariales, par la représentation précise des limites de la servitude dans la mensuration officielle.⁸³

Un exemple est la radiation des servitudes du registre foncier qui, en raison de leur emplacement, n'ont incontestablement plus de valeur juridique ou n'en ont très probablement plus. L'art. 976 ch. 3 CC stipule qu'une inscription au registre foncier doit être radiée d'office si elle est très vraisemblablement dépourvue de valeur juridique en raison de sa localisation.⁸⁴ Les cas d'application les plus fréquents sont les servitudes qui ne permettent au bénéficiaire d'exercer le droit que sur un bien-fonds localement limitée, comme notamment dans le cadre des droits de passage à pied et à véhicule, des droits de conduite, des restrictions d'utilisation, des droits de superficie, ou qui ne restreignent le propriétaire grevé dans l'exercice de ses droits de propriété que sur une surface localement limitée, comme dans le cas d'une restriction de construction.⁸⁵ La restriction matérielle de la servitude doit résulter de la base légale, en particulier du plan de servitude de flanquement, de sorte que le bien-fonds non touché par l'exercice de la servitude soit établi de manière incontestable et puisse être radié d'office du registre foncier.⁸⁶ Afin d'utiliser largement les faits de l'art. 976 al. 3 CC et de libérer ainsi le registre foncier des servitudes ayant perdu toute valeur juridique pour une meilleure vue d'ensemble,⁸⁷ il est indispensable de disposer d'un plan de servitude facilement accessible avec des limites de servitudes représentées avec précision.

Les dispositions de l'art. 976a et de l'art. 976b CC règlent les circonstances dans lesquelles l'inscription au registre foncier, contrairement à l'art. 976 CC, n'a plus d'importance matérielle, même si elle n'est pas incontestable, mais très probable, et peut être effacée à la demande du grevé.⁸⁸ Toutefois, il ne suffit pas au grevé de démontrer que l'inscription n'a aucune valeur juridique. Il faut plutôt une présomption ferme de l'insignifiance juridique de l'inscription. La preuve que l'inscription n'a très probablement pas de valeur juridique doit résulter sans ambiguïté des pièces justificatives au registre foncier ou des circonstances, par exemple d'un autre registre public ou pour des raisons de publicité naturelle.⁸⁹

⁸² Parmi beaucoup d'autres MESSAGE CÉDULE HYPOTHÉCAIRE 2007, p. 5310; PFÄFFLI/BYLAND, Sachenrecht und Notar: Neuerungen, in: BN 2011, p. 82; SCHMID, Das Dienstbarkeitsrecht im Lichte der Revision des Immobiliarsachenrechts, ZBGR 93 p. 161; cf. à cet égard déjà MOOSER, ZBGR 72/1991 p. 257 s.

⁸³ Il convient notamment d'examiner les faits relatifs à la radiation des servitudes selon l'art. 976 lit. c CC et les art. 976a CC et 976b CC ainsi que le transport de l'art. 742 al. 2 CC avec exécution forcée selon le droit foncier et l'interprétation des servitudes selon l'art. 738 CC.

⁸⁴ MESSAGE CÉDULE HYPOTHÉCAIRE 2007, p. 5336; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, ch. 959 s.

⁸⁵ Parmi beaucoup d'autres SCHMID, BS-Komm., art. 976 CC N 11 s.; PFAMMATTER, OF-Komm., art. 976 CC N 6.

⁸⁶ Dans la pratique, un plan de servitude limitant l'exercice de la servitude fera (encore) régulièrement défaut, car l'exigence d'un plan de servitude selon l'art. 732 al. 2 CC ne s'applique que depuis l'entrée en vigueur de la révision des droits réels immobiliers et avant cela, seuls quelques cantons avaient prévu l'exigence d'un tel plan.

⁸⁷ MESSAGE CÉDULE HYPOTHÉCAIRE 2007, pp. 5259 et 5336; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, ch. 957; HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, in: Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht 2012, p. 51 ss avec d'autres références.

⁸⁸ MESSAGE CÉDULE HYPOTHÉCAIRE 2007, p. 5337 ss; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, ch. 636 ss; cf. en détail sur la procédure d'épuration facilitée SCHMID-TSCHIRREN, Revision des Immobiliarsachenrechts: Einführung, in: Revision des Immobiliarsachenrechts, in: Schriften des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern (INR) 12, Bern 2011, p. 27 ss avec d'autres références; cf. également MESSAGE CÉDULE HYPOTHÉCAIRE 2007, p. 5337 s.

⁸⁹ MOOSER, ZBGR 72/1991 p. 259; PFÄFFLI, Dienstbarkeit: Neuerungen mit besonderer Berücksichtigung des Bereinigungsverfahrens, in: ZBGR 91/2010, p. 358; LIVER, ZH-Komm., art. 743 CC N 14.



Dans le cadre de la radiation de servitudes en vertu de l'art. 976a CC et de l'art. 976b CC, il est par exemple tout à fait concevable que la requête en radiation se base sur un plan de servitude, qui ne parvient toutefois pas à démontrer de manière suffisamment claire l'exercice limité de la servitude à une partie du bien-fonds et ne peut donc pas être radié d'office par le registre foncier sur la base de l'art. 976 al. 3 CC.⁹⁰

La disposition de l'art. 742 CC est à la fois une conséquence de l'exercice parcimonieux des droits au sens de l'art. 737 al. 2 CC⁹¹ et de la nécessité pour les parties de pouvoir adapter l'exercice spatial de la servitude conformément à l'art. 736 al. 1 CC.⁹² Le droit de transporter la servitude est prévu pour le propriétaire grevé à l'art. 742 al. 1 CC, mais selon la doctrine dominante, il peut également être revendiqué par le titulaire de la servitude par le biais de la formulation (trop) étroite du texte de loi.⁹³ En outre, la disposition s'applique non seulement aux servitudes foncières mais aussi, mutatis mutandis, à toutes les servitudes personnelles.⁹⁴ Pour le transport d'une servitude, il est indispensable que l'exercice de la servitude foncière ou personnelle soit limité à une certaine partie du bien-fonds grevé.⁹⁵ Dans ce contexte, la limitation de l'exercice de la servitude résultera régulièrement de l'acte de la constitution ou du fondement juridique, notamment selon la nouvelle loi, le plan de servitude.⁹⁶ Si la servitude s'exerce sans restriction sur toute la surface du bien-fonds ou si elle n'était pas limitée, ce qui était vraisemblablement régulièrement le cas avant l'entrée en vigueur de la révision des droits réels immobiliers, alors, selon la doctrine et la jurisprudence, le transport sur un autre bien-fonds peut se faire par application analogique de l'art. 742 CC.⁹⁷

L'art. 742 al. 2 CC précise en outre que si la servitude a été transférée à un endroit précis du registre foncier, cela ne modifie pas le droit du grevé.⁹⁸ Cette formulation juridique est superflue et prête à confusion depuis le 1er janvier 2012 dans la mesure où, selon le nouveau droit, que ce soit par le biais d'un plan de servitude ou par une formulation littérale dans le cadre de la contrat de servitude, le fait du transport d'une servitude ou de son exercice ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une inscription au registre foncier.⁹⁹ Le fait que le transport d'une servitude en vertu du nouveau droit de servitude doive être exécuté par une inscription au registre foncier est à saluer en termes de sécurité juridique et de transparence du registre foncier. Comme le plan de servitude requis pour le transfert d'une servitude en vertu de l'art. 732 al. 2 CC figurera à l'avenir dans la mensuration officielle et participera donc à la foi publique du registre foncier, il pourra également être opposé à un acquéreur ultérieur de bonne foi sur la base de l'art. 973 al. 1 CC.¹⁰⁰

⁹⁰ Avant même la la révision des droits réels immobiliers et malheureusement aussi après son entrée en vigueur, il n'existe pas d'exigences minimales pour les plans de servitudes, de sorte que dans la pratique, il n'est pas rare que des plans de servitude insuffisamment précis soient déposés au registre foncier et acceptés; cf. également HUSER, ZBGR 94/2013, p. 249 s.

⁹¹ Arrêt TF 5C.91/2004, consid. 5.1; ATF 88 II 150 ss, 152 ss consid. 3 et 4; LEEMANN, BE-Komm., art. 742 CC N 2 et 10; HUBER, Erläuterungen II, p. 147; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, ch. 1292.

⁹² Parmi beaucoup d'autres TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, § 108 ch. 38.

⁹³ Voir LIVER, ZH-Komm., art. 742 CC N 28 s.; PIOTET, SPR V/1, p. 588 s.; PELLASCIO, OF-Komm., art. 742 CC N 4; a. M. LEEMANN, BE-Komm., art. 742 CC N 16.

⁹⁴ PETITPIERRE, BS-Komm., art. 781 CC N 8; LIVER, ZH-Komm., art. 730 CC N 6, art. 742 CC N 28; SCHMID-TSCHIRREN, Kurzkomm., art. 742 CC N 2.

⁹⁵ Parmi beaucoup d'autres ATF 88 II 150 ss, 153 consid. 3; PETITPIERRE, BS-Komm., art. 742 CC N 8.

⁹⁶ PETITPIERRE, BS-Komm., art. 742 CC N 8; LEEMANN, BS-Komm., art. 742 CC N 23.

⁹⁷ PIOTET, SPR V/1, p. 591; LEEMANN, BE-Komm., art. 742 CC N 11.

⁹⁸ Parmi beaucoup d'autres PELLASCIO, OF-Komm., art. 742 CC N 11; SCHMID-TSCHIRREN, Kurzkomm., art. 742 CC N 12.

⁹⁹ Voir également, en ce sens PETITPIERRE, BS-Komm., art. 742 CC N 12: «Ist die Dienstbarkeit im Grundbuch auf eine bestimmte Stelle verlegt worden, ändert dies am Recht des Belasteten nichts. Gerade in diesen Fällen wird die Anwendung von Art. 742 ZGB wohl am häufigsten sein.»

¹⁰⁰ Voir également ATF 138 III 742 ss, 744 ss. consid. 2.2; SCHMID, BS-Komm., art. 950 CC N 24a, art. 968 CC N 7 et art. 973 CC N 19; FRIEDRICH, ZBGR 1977, p. 350.



7. Procédure supplémentaire

L'entrée en vigueur de la révision partielle de l'ordonnance sur la mensuration officielle et, avec elle, de l'art. 7 OMO est prévu pour le 1er janvier 2023.

Afin de garantir que l'intégration prévue des limites des servitudes dans la mensuration officielle puisse être mise en œuvre avec succès, il convient de planifier un projet pilote au cours duquel des questions concrètes d'ordre technique, procédural et juridique issues de la pratique seront examinées. D'un point de vue technique, l'objet de ce projet pilote doit être, entre autres, la détermination de l'interface avec les données de la mensuration officielle et le développement d'un instrument dans lequel les limites des servitudes sont affichées sur l'extrait du plan du registre foncier conformément à un modèle de données et de représentation (minimaux) déterminé.

D'un point de vue procédural, l'accent est mis sur une interaction fluide entre le registre foncier et la mensuration officielle concernant le plan de servitude. Afin de pouvoir transférer à l'avenir un maximum de plans de servitudes à la mensuration officielle, il est nécessaire de vérifier et de déterminer d'un point de vue juridique pour quelles procédures légales un plan de servitude doit être soumis.

Outre la constitution et la modification de servitudes, il existe par exemple de bonnes raisons d'exiger un plan de servitude dans le cadre d'une mutation du bien-fonds, si un tel plan n'est pas disponible ou ne l'est que sous une forme inadéquate et si un tel plan peut être établi sans grandes dépenses.



8. Mot de la fin

La révision de l'OMO en ce qui concerne le plan du registre foncier selon l'art. 7 OMO jette habilement un pont vers les dispositions de l'art. 732 CC ainsi que de l'art. 70 al. 3 ORF, introduites dans le cadre de la révision des droits réels immobiliers, et les efforts correspondants du législateur.¹⁰¹

En effet, ce n'est que par le biais des modifications de l'art. 7 OMO, dans lequel

- à l'al. 1, il est stipulé que les servitudes restreintes dans leur exercice doivent obligatoirement figurer dans la mensuration officielle et sont donc désormais librement accessibles à l'intéressé, de même que
- aux al. 2 et 3, la représentation graphique claire des limites de la servitude exigée par l'art. 70 al. 3 ORF est concrétisée,

l'objectif initial du législateur de la modification des droits réels immobiliers, à savoir générer davantage de sécurité du droit et de transparence dans le droit de servitude et du registre foncier, est mis en œuvre de manière cohérente et conviviale.

Le fait que la mensuration officielle prévoit désormais non seulement la représentation obligatoire des limites des servitudes dans la mensuration officielle, mais qu'elle a également une influence concrète sur leur contenu et leur représentation, est correct et nécessaire dans la mesure où le plan de servitude est un plan spécifique au registre foncier et par conséquent également un produit de la mensuration officielle au sens de l'art. 950 al. 1 CC en relation avec l'art. 7 al. 1 OMO.¹⁰²

En outre, depuis l'entrée en vigueur de la révision des droits réels immobiliers, l'art. 950 al. 2 CC précise que la loi sur la géoinformation règle non seulement les exigences techniques mais aussi qualitatives de la mensuration officielle, ce qui constitue également une base légale et une compétence suffisamment légitime pour les modifications prévues.

¹⁰¹ ARNET, Neuerungen bei den Dienstbarkeiten, in: Revision des Sachenrechts – ein erster Überblick für Eilige, 2012, p. 8; SCHMID, Das Dienstbarkeitsrecht im Lichte der Revision des Immobiliarsachenrechts, ZBGR 93 p. 157; SCHMID-TSCHIRREN, Neuerungen im Immobiliarsachenrecht, in: AJP 2012, p. 1503 s. avec d'autres références.

¹⁰² Le libellé de l'art. 950 al. 1 CC, selon laquelle: «L'immatriculation et la description de chaque immeuble dans le registre foncier s'effectuent sur la base de la mensuration officielle, notamment d'un plan du registre foncier.», n'est plus complète depuis l'entrée en vigueur de la la révision des droits réels immobiliers et l'introduction de la disposition de l'art. 732 al. 2 CC, car les limites des servitudes doivent également être représentées graphiquement sur un plan du registre foncier.