



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Autorité de surveillance du registre foncier (ASRF)
Aufsichtsbehörde über das Grundbuch (ABGB)

ASRF REC 2022-7

Décision du 25 juillet 2023

**AUTORITE DE SURVEILLANCE DU REGISTRE FONCIER
DU CANTON DE FRIBOURG**

Composition : Mme Bettina Hürlimann-Kaup (présidente), Mme Rose-Marie Genoud (membre),
M. Christoph Merk (membre suppléant) ainsi que M. Xavier Morard (secrétaire-juriste)

L'Autorité, statuant sur le recours interjeté le 21 novembre 2022 par

A., notaire à [...], **recourant**, [...], [...], [...],

contre la décision de rejet n° 16 rendue le 19 octobre 2022 par la Conservatrice du registre foncier de
la Glâne

(contrat modificatif de servitude)

vu les pièces du dossier d'où ressortent les faits suivants:

EN FAIT

A. 1) Le 7 juin 1967, un droit de source a été inscrit en faveur de l'art. a-1 RF de la Commune de [...] (actuel art. n-1 RF de la Commune d'[...]) (ci-après : art. n-1 d'[...]), aujourd'hui copropriété de B. et C.) à charge de l'art. a-2 RF de la Commune de [...] (actuel art. n-2 RF de la Commune d'[...]) (ci-après : art. n-2 d'[...]), aujourd'hui propriété commune, en communauté héréditaire, de D. et E.).

2) Par acte notarié du 6 décembre 1983, F., alors propriétaire de l'art. a-1 RF de la Commune de [...] (actuel art. n-1 d'[...]), a transféré la propriété de l'art. a-3 RF de la Commune de [...] (actuel art. n-3 RF de la Commune d'[...]) (ci-après : art. n-3 d'[...]) à son fils G. . Lors du transfert de propriété, une servitude a également été constituée conférant un droit à la 1/2 source provenant du fonds n° a-2 RF de la Commune de [...] (actuel art. n-4 d'[...]) « en faveur de l'art. a-3 transféré et à la charge de l'art. a-1 de la Commune de [...] » (cf. pt. 5 de l'acte notarié du 6 décembre 1983).

3) En 2005, l'art. n-2 d'[...] a été divisé et trois nouveaux immeubles, à savoir les art. n-4, n-5 et n-6 RF de la même commune, ont été créés à côté de l'art. n-2 d'[...]. Le droit de source a été reporté aux nouveaux immeubles.

4) Par contrat modificatif de servitude du 30 août 2022, dressé par A., les copropriétaires de l'art. n-1 d'[...] et le propriétaire de l'art. n-3 d'[...] ont convenu ce qui suit : « *[L]e droit à la source provenant de l'immeuble n° n-2 d'[...] profitera intégralement (et non pas pour moitié) à l'immeuble n° n-3 d'[...].* » Le libellé proposé pour la servitude en question est le suivant : « *Droit à la source provenant de l'immeuble n° n-2 d'[...].* ». Par ailleurs, il a été prévu que le propriétaire du fonds dominant modifiera l'emplacement des conduites en bordure de propriété, à ses frais.

B. 1) Le 2 septembre 2022, A. a requis l'inscription de la modification de la servitude selon contrat du 30 août 2022.

2) Par décision du 19 octobre 2022, la Conservatrice du Registre foncier de la Glâne (ci-après : la Conservatrice) a rejeté la réquisition précitée. Elle a rappelé que le droit de source initial et le droit à la 1/2 source découlent de deux contrats de servitude distincts, à savoir celui du 7 juin 1967 (cf. *supra*, pt. A., 1)) et celui du 6 décembre 1983 (cf. *supra*, pt. A., 2)), lesquels ne lient pas les mêmes parties. Elle a considéré donc que la modification de la servitude, telle que requise, nécessite l'accord des propriétaires de tous les fonds issus de la division de l'art. n-2 d'[...] (art. n-2, n-4, n-5 et n-6 d'[...]), puisque la modification de la servitude entraîne un changement des parties au contrat du 7 juin 1967. Au surplus, elle a estimé que : « *Si l'accord découlant de la servitude du 6 décembre 1983 n'a plus de raison d'exister, il faudrait procéder à sa radiation. Et, dans l'hypothèse où la servitude ne concernerait pas les immeubles n-4, n-5 et n-6 d'[...], il serait nécessaire de produire un consentement à radiation du bénéficiaire sur ces trois parcelles.* ».

3) a. Le 21 novembre 2022, A. (ci-après : le recourant) a recouru contre la décision de rejet du 19 octobre 2022 auprès de l'Autorité de surveillance du registre foncier (ci-après : l'Autorité). Il estime, contrairement à ce que considère la Conservatrice, qu'il ne s'agit pas d'une modification des parties à la servitude inscrite le 7 juin 1967 en faveur de l'art. n-4 et à charge de l'art. n-2 d'[...]. D'après lui, la servitude inscrite le 6 décembre 1983 n'avait que pour effet d'accorder au propriétaire de l'art. n-3 d'[...] la faculté de profiter de la moitié de l'eau que la servitude du 7 juin 1967 conférait au propriétaire de l'art. n-4 d'[...]. Partant, celle-ci ne subit aucune modification que ce soit en relation avec son contenu ou son bénéficiaire. Le recourant rappelle finalement qu'en 1983 le Conservateur du Registre foncier n'avait pas exigé l'accord des propriétaires des fonds servants [RECTE : du fonds servant, à savoir l'art. n-2 d'[...]].

b. L'avance de frais exigée de CHF 700.- a été prestée par le recourant en temps utile.

c. Dans ses observations du 19 janvier 2023, la Conservatrice conclut au rejet du recours. En premier lieu, elle constate que l'acte notarié sur lequel se fonde la réquisition du 2 septembre 2022 n'est pas complet, en ce sens qu'il ne mentionne pas tous les fonds grevés du droit de source, à savoir les art. n-2, n-5 et n-6 d'[...] issus de la division de l'art. n-2 d'[...]. Ce seul élément doit, selon elle, amener l'Autorité à rejeter le recours. Elle remet également en doute la validité juridique de la servitude créée en 1983. Par ailleurs, elle estime que la proposition de libellé de la servitude modifiée telle que mentionnée dans l'acte notarié : « *Droit à la source provenant de l'immeuble n° n-2 d'[...]* » ne peut être inscrite de la sorte. D'après elle, l'objet de l'acte notarié équivaut à une renonciation totale à la servitude par le propriétaire de l'art. n-1 d'[...] et à une modification des parties au contrat constitutif de la servitude du 7 juin 1967. Partant, toutes les parties concernées (à savoir les propriétaires des art. n-2, n-4, n-5 et n-6 d'[...]) doivent donner leur accord à la modification et l'acte devrait indiquer les modifications à effectuer à leurs fonds. Finalement, elle relève que le recourant s'est trompé dans son recours, lorsqu'il prétend que le propriétaire de l'art. n-3 d'[...] a accordé un 1/2 droit de source au propriétaire de l'art. n-1 d'[...]. Or, il s'agit, en réalité, de la situation inverse.

d. Le 17 février 2023, le recourant s'est spontanément déterminé sur les observations de la Conservatrice, admettant s'être trompé dans la désignation des fonds servant (art. n-1) et dominant (art. n-3), en les inversant. Cependant, il a relevé que cette erreur ne changeait rien au problème de fond. En outre, il a admis que le libellé de la servitude devait être complété avec les art. n-4, n-5 et n-6 d'[...], ce que la Conservatrice pouvait toutefois faire librement au moment d'inscrire la réquisition du 2 septembre 2022. Il a rappelé aussi que sa réquisition n'avait pas pour effet de modifier la servitude initiale du 7 juin 1967. Enfin, il relève que s'il devait s'agir d'une aggravation de la servitude (art. 739 CC), les propriétaires des fonds grevés pourraient agir par la voie civile pour faire valoir leurs droits.

e. Les arguments développés dans les écritures citées sous chiffre 3), lettres a. à d. ci-dessus, seront examinés, en tant que de besoin, dans la partie en droit.

EN DROIT

c o n s i d é r a n t :

A. Preliminaires

1) L'officier public qui a instrumenté l'acte dont l'inscription est rejetée n'a qualité pour recourir en son propre nom contre la décision de rejet que lorsqu'il est atteint de manière particulière par la décision et qu'il a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 956a al. 2 ch. 1 CC). C'est le cas lorsque le rejet est fondé sur des motifs formels, mais aussi lorsque la légalité du contenu de l'acte est en cause. Ainsi, l'officier public qui a instrumenté une clause contraire au droit accomplit mal son travail et peut engager sa responsabilité envers son mandataire, ce qui lui confère un intérêt à agir contre la décision de rejet (ATF 116 II 136 consid. 5 ; arrêt TF 5A_518/2017 consid. 1.2). En l'espèce, vu les motifs à l'origine de la décision de rejet, le recourant est habilité à recourir en son propre nom. Quant à la compétence locale et matérielle de l'Autorité cantonale de surveillance du registre foncier, elle est admise (cf. art. 67ss de la loi cantonale fribourgeoise sur le registre foncier [LRF ; RSF 214.5.1]). Enfin, le délai de recours de 30 jours a été respecté et le mémoire est conforme aux exigences formelles (art. 956a al. 1 et 956b al. 1 CC, 11 et 68s. LRF) ; il s'ensuit la recevabilité du recours.

2) a. L'Autorité de céans relève que sa cognition est déterminée par l'effet dévolutif du recours. Elle n'est pas liée par les motifs retenus par la Conservatrice et peut, dès lors, s'en écarter (DESCHENAUX, TDP V/II,2, Le registre foncier, Fribourg 1983, p. 163 ; ci-après : DESCHENAUX).

b. Par ailleurs, s'agissant de la confusion opérée par le recourant dans son recours entre le fonds servant (art. n-1 d'[...]) et le fonds dominant (art. n-3 d'[...]), celle-ci constitue une erreur de plume et sera, par conséquent, corrigée d'office. Il en va de même pour les erreurs de plume ressortant de sa détermination du 17 février 2023, à savoir les mentions erronées des immeubles n° n-3 [RECTE : n° n-3] et n° n-2 [RECTE : n° n-2], ainsi que de la phrase « *A raison, la Conservatrice du Registre foncier indique que le libellé de la servitude inscrite à charge [RECTE : en faveur] de l'immeuble n° n-1 et en faveur [RECTE : à charge] des immeubles n^{os} n-2, n-4, n-5 et n-6 doit être complété (l'acte ne faisant état, s'agissant des fonds grevés, que de l'immeuble n° n-2).* ».

B. Motivation

1) a. L'office du registre foncier doit s'assurer que l'inscription requise est susceptible de faire l'objet d'une inscription au registre foncier (art. 83 al. 2 let. f ORF). A cet égard, le pouvoir de contrôle de l'office s'exerce pleinement (DESCHENAUX, p. 416).

b. Une source n'ayant pas d'existence juridique indépendante de celle du fonds sur lequel elle jaillit (art. 704 al. 1 CC), le propriétaire de celui-ci ne peut pas l'aliéner comme telle. Il peut toutefois accorder à un tiers un droit de source sous forme de servitude, par lequel il autorise le titulaire à dériver tout ou partie de l'eau (PAUL-HENRI STEINAUER, *Les droits réels*, Tome II, 5^e édition, Berne 2020, n° 2372, ci-après : STEINAUER, T. II). Le bénéficiaire d'un tel droit n'est pas propriétaire de la source, mais il peut l'exploiter dans les limites de la servitude (STEINAUER, T. II,

n° 2375). Le droit de source peut être constitué en servitude foncière ou en servitude personnelle (cf. art. 780 CC). Le contenu et l'exercice de la servitude peuvent être fixés de façon précise et indépendamment des besoins du bénéficiaire (servitude dite déterminée) ou par référence à des besoins du fonds dominant ou du titulaire (servitude dite indéterminée ; cf. DENIS PIOTET, TDP V/2, 2^e édition, Bâle 2012, nos 340 et 342).

c. Les servitudes foncières sont des droits d'usage et ont pour effet de limiter le droit d'usage du propriétaire du fonds servant (arrêt TF 5A_134/2020 consid. 4.4; cf. aussi HEINZ REY, Berner Kommentar, Bern 1981, art. 730 CC n° 20 : « Beschränkung der Sachnutzung »). Le titulaire d'une servitude foncière est toujours le propriétaire actuel du fonds dominant. Une servitude foncière ne peut donc être transférée pour elle-même, mais uniquement avec le fonds dominant (STEINAUER, T. II, nos 3295s.) Un contrat prévoyant le transfert d'un droit de source sans transfert simultané du fonds dominant est nul (RNRF 59/1978, p. 21 ; Cour d'appel Berne).

2) a. En l'espèce, le droit de source grevant les art. n-2, n-4, n-5 et n-6 d'[...] a été constitué en 1967. Il s'agit d'une servitude foncière qui a été créée « en vue de permettre l'alimentation en eau de l'art. 150 du RF de la Commune de [...] » (cf. art. 1 de la convention de constitution de servitude du 5 juin 1967). Ce droit de source est donc une servitude dite indéterminée ; son contenu se définit par les besoins du fonds dominant, soit l'art. n-1 d'[...].

b. Par acte notarié du 6 décembre 1983, ch. III. « MODALITÉS », pt. 5, F. et son fils G., ont convenu entre eux la constitution d'une servitude foncière conférant un 1/2 droit à la source provenant du fonds n° a-2 RF de la Commune de [...] (actuel art. n-2 d'[...]), en faveur de l'art. a-3 RF de la Commune de [...] (actuel art. n-3 d'[...]). Cette servitude a été inscrite au registre foncier en 1983.

3) a. La charge de la servitude foncière grevant l'art. n-1 d'[...] (« droit à la 1/2 source provenant de l'art. n-2 ») ne consiste pas en une restriction de l'usage du fonds servant, soit l'art. n-1 d'[...]. En effet, l'eau captée proviendra toujours du fonds d'origine, soit l'art. n-2 d'[...]. Une telle charge ne peut pas être constituée en servitude foncière (ATF 93 II 290 consid. 2 et 3 ; 108 II 39 consid. 3). La servitude en question est donc contraire au système des droits réels du Code civil et par conséquent nulle (cf. ATF 103 II 176 consid. 3 ; 113 II 146 consid. 3). En d'autres termes, elle n'aurait jamais dû être inscrite au registre foncier, étant précisé que son inscription – à tort – n'entraîne nullement la naissance de celle-ci (ATF 103 II 176 consid. 2 *in fine* ; ATF 111 II 134 consid. 5).

b. Si, au vu de ce qui précède, la constitution d'une servitude foncière portant sur le transfert de la moitié de l'eau s'écoulant du droit de source était déjà inadmissible, cela vaut *a fortiori* pour le transfert complet. Du reste, si une telle inscription était portée au registre foncier, cela signifierait que le transfert du droit de source en tant que servitude foncière serait réalisé sans le transfert simultané du fonds dominant, à savoir l'art. n-1 d'[...], ce qui est juridiquement impossible. Afin de garantir une alimentation en eau de l'art. n-3 d'[...], le droit de source inscrit en faveur de l'art. n-1 d'[...] doit être radié et un nouveau droit de source en faveur de l'art. n-3 d'[...] doit être convenu avec les propriétaires du fonds sur lequel la source jaillit.

c. Pour les raisons mentionnées ci-dessus, l'inscription requise « *Droit à la source provenant de l'immeuble n° n-2 d'[...]* » n'est pas susceptible de faire l'objet d'une inscription au registre foncier. La réquisition du 2 septembre 2022 doit, par conséquent, être rejetée.

C. Sort du recours et frais

1) Sur le vu des considérants développés ci-dessus, c'est donc à bon droit que la Conservatrice a rejeté la réquisition tendant à l'inscription au registre foncier du contrat modificatif de servitude du 30 août 2022. Partant, il s'ensuit le rejet du recours.

2) Vu le sort du recours, les frais de procédure, fixés à CHF 700.-, sont mis à la charge du recourant, qui succombe, et seront prélevés sur l'avance effectuée (art. 75 al. 1 LRF et art. 72 du règlement d'exécution de la loi cantonale fribourgeoise sur le registre foncier [RELRF ; RSF 214.5.11]). Il ne sera alloué aucune indemnité (art. 75 al. 2 LRF *a contrario*).

d é c i d e :

1. Le recours est rejeté. Partant, la décision rendue le 19 octobre 2022 par la Conservatrice du registre foncier de la Glâne est confirmée.
2. Les frais de la procédure de recours, fixés à CHF 700.-, sont mis à la charge du recourant ; ils seront prélevés sur l'avance effectuée.
3. Aucune indemnité n'est allouée au recourant.

La présente décision peut faire l'objet d'un recours au Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg dans les trente jours dès sa notification. La procédure est régie par le Code de procédure et de juridiction administrative ; l'art. 67 de la loi sur le registre foncier est applicable (art. 75a LRF).

La présente décision est communiquée au recourant, sous pli recommandé avec accusé de réception, et à la Conservatrice du registre foncier de la Glâne, sous pli simple. Elle est en outre communiquée à l'Office fédéral de la justice, Office chargé du droit du registre foncier et du droit foncier, Bundesrain 20, 3003 Berne, sous pli simple (art. 7 ORF).

Fribourg, le 25 juillet 2023 / BHK/xmo

Le Secrétaire-juriste :
Xavier Morard

La Présidente :
Bettina Hürlimann-Kaup