

A1 2005-60 et 65

I^e COUR D'APPEL

2 novembre 2006

La Cour, vu les recours interjetés les 21 et 31 octobre 2005 par

X, demanderesse et recourante,
représentée par Me____,

et

Y, défendeur et intimé,
représenté par Me____,

contre le jugement rendu le 21 septembre 2005 par le Tribunal civil de
l'arrondissement____ dans la cause qui les oppose;

[détermination de l'étendue d'une servitude; art. 738 CC]

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

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

A. X est propriétaire des immeubles formant les articles n^{os} 729, 730 et 731 du Registre foncier de la Commune de M. Y est propriétaire des immeubles articles n^{os} 358 et 360 de la même commune. Les bâtiments sis sur les immeubles formant les articles n^{os} 729 et 358 sont contigus et actuellement séparés par un mur mitoyen.

B. Il ressort du registre des servitudes, auquel renvoie le feuillet du registre foncier lorsqu'il réserve les servitudes non inscrites avant 1912, que les immeubles art. 729 et 358 sont réciproquement fonds servants et dominants d'une servitude inscrite comme "Droit de passage réciproque sur les places d'aisance". Cette servitude a été reconnue par les propriétaires d'alors, le 9 octobre 1911, avec référence à un acte de partage du 27 avril 1894. Les immeubles art. 729, 730 et 731 ne bénéficient d'aucune autre servitude de passage inscrite au registre foncier (ou au registre des servitudes).

C. L'acte de partage du 27 avril 1894 a été passé entre les enfants de feu J en vue de liquider la succession paternelle. Il prévoit la constitution de servitudes foncières sur et au profit d'immeubles qui ne sont pas en cause en l'espèce, puis ajoute : "Les autres articles se doivent réciproquement le passage... Les parties demandent que mention des réserves de passage soit faite au cadastre. Le droit de passage sur les pièces d'aisance est réciproque."

D. L'immeuble art. 729 comprend une habitation (no 24), soit une "moitié de maison par le faite du toit". L'immeuble art. 358 comprend notamment l'autre moitié de ladite maison (habitation no 25). Avant la construction du mur mitoyen qui sépare entièrement aujourd'hui les immeubles art. 729 et 358, il était possible de traverser l'ensemble de la maison en passant dans la grange qui occupe la partie sud du bâtiment.

E. Depuis de très nombreuses années, l'accès à l'habitation 24 se trouvant sur l'immeuble art. 729 se fait en contournant l'habitation 25 se trouvant sur l'immeuble art. 358, en traversant l'immeuble art. 731, puis l'immeuble art. 730. La place sur l'immeuble art. 358 et le pourtour de l'habitation 25 sur une largeur d'environ 4 m sont asphaltés.

F. En 2003, Y, a disposé des bacs à fleurs sur la place devant son habitation et des parois de bois le long du mur nord de celle-ci, de façon à canaliser l'accès à l'immeuble art. 729 et à faire passer les voitures et les piétons le plus loin possible de son habitation.

G. Le 5 septembre 2003, X a requis des mesures provisionnelles urgentes tendant à l'enlèvement des bacs à fleurs et des parois de bois balisant le passage vers l'habitation 24. Ces mesures n'ont pas été ordonnées.

H. L'habitation 24 est constituée de trois logements loués. Des réductions de loyers ont été consenties par X dès le mois de janvier 2004 (200 francs à Mme G, dont le contrat a

pris fin en juin 2004; 200 francs à Mme Gr, qui a cependant été expulsée par le juge le 24 janvier 2004; 100 francs à M. K).

L'appartement du rez n'a pas été reloué depuis avril 2004.

I. Le 1er avril 2004, X a ouvert action contre Y en vue de faire constater l'existence de la servitude sur les places asphaltées devant et le long de l'habitation 25 de Y, ainsi que d'obtenir une indemnité de 10'000 francs en réparation du dommage subi. Elle concluait aussi à l'allocation d'une indemnité de 5000 francs pour ses frais et dépens d'avant procès. Elle requerrait à nouveau des mesures provisionnelles qui, malgré des recours jusqu'au Tribunal fédéral, n'ont pas été ordonnées. Le défendeur a conclu reconventionnellement au maintien du tracé de l'accès en limite de propriété, tel qu'il avait été modifié au mois d'août 2003.

J. Par jugement du 21 septembre 2005, notifié le 26 septembre à la demanderesse et le 30 septembre au défendeur, le Tribunal civil de l'arrondissement_____ a statué sur le fond. Il a constaté que l'immeuble art. 729 est au bénéfice d'un droit de passage à pied et pour tout véhicule sur l'immeuble art. 358, mais a limité le passage au tracé résultant de la pose des bacs à fleurs et des parois en bois; il a toutefois précisé que la largeur du passage devait être d'au moins 3,60 m sur la totalité du tracé. Il a également accordé à la demanderesse un montant de 600 francs à titre d'indemnité pour perte de loyer.

Pour l'essentiel, le tribunal a considéré que l'existence même de la servitude de passage réciproque sur les places d'aisance n'était pas litigieuse et que, faute d'un acte constitutif explicite, le contenu de la servitude devait être déterminé par la manière dont celle-ci a été exercée (art. 738 CC). Il a admis que, dès le moment où le passage à travers la grange est devenu impossible en raison de la construction du mur mitoyen, le droit de passage a perdu son caractère agricole et réciproque et s'est mué au fil des ans en un passage à pied et pour tout véhicule contournant le bâtiment par le nord. Ce droit n'existe formellement qu'en faveur de l'immeuble art. 729, mais il s'exerce depuis longtemps au travers de l'immeuble art. 730 [recte : 731]. Comme le défendeur a admis qu'un droit de passage nécessaire se justifierait et qu'il a pris des conclusions subsidiaires tendant à la confirmation du tracé actuel, le tribunal a considéré qu'il avait acquiescé à l'exercice même du droit de passage, y compris en faveur de l'immeuble art. 731. Il a ensuite admis que le tracé imposé par le propriétaire du fonds servant était conforme à l'art. 737 al. 2 CC mais que, ce tracé décrivant globalement une large courbe, il se justifiait que la largeur soit de 3,60 m sur tout le tracé. Il a enfin considéré qu'une perte de loyer en relation de causalité adéquate avec l'état déplorable de l'accès à l'immeuble art. 729 n'avait été établie qu'à concurrence de 600 francs.

K. Le 21 octobre 2005, la demanderesse a fait appel de ce jugement. Elle conclut à ce que le droit de passage constaté par le tribunal ait, sur toute la longueur de son tracé, une assiette d'au moins 3,60 m sur les places asphaltées devant et à côté du bâtiment se trouvant sur l'immeuble art. 358 et à ce que le défendeur libère ce passage en déplaçant les bacs à fleurs et en enlevant les parois de bois. Elle demande également le versement d'une indemnité pour perte de loyer de 10'000 francs et d'une indemnité de 5000 francs pour les

dépens d'avant procès. Pour l'essentiel, la demanderesse reproche au tribunal d'avoir mal interprété la servitude de passage en y voyant à l'origine un passage de nature agricole à travers la grange, qui a par la suite évolué en un droit de passage contournant le bâtiment. Selon elle, il ressort au contraire des témoignages que le droit de passage s'est exercé, déjà à l'époque où celui-ci avait un caractère agricole, sur toute la place asphaltée devant et à côté de l'habitation du défendeur. En outre, le déplacement de l'assiette du droit, définie par la manière dont celui-ci a été exercé depuis longtemps, rend le passage plus incommode, ce qui est contraire à l'art. 737 al. 3 CC. Enfin, selon la demanderesse, la mauvaise qualité de l'accès a occasionné une perte locative de 14'100 francs, de sorte que le versement de l'indemnité de 10'000 francs qu'elle demande est largement justifié.

L. Dans sa réponse, le défendeur conclut au rejet du recours. Il conteste avoir admis que l'immeuble art. 731 est au bénéfice du droit de passage. Il a certes admis qu'une servitude de passage à travers la grange à caractère rural avait été constituée à l'époque et que, vu la construction du mur mitoyen et le développement de l'habitat, une servitude de passage nécessaire pourrait être demandée. Mais le présent litige porte sur l'existence et le contenu actuel d'une servitude conventionnelle. Le défendeur conteste aussi que, pour le cas où la servitude devait être admise, le tracé qu'il a imposé rende l'exercice de celle-ci plus incommode. Enfin, il considère que les pertes locatives sont dues à la qualité de l'habitat et non à l'état de l'accès; sous réserve de quelques semaines où cet accès a effectivement été boueux, le chemin a en effet toujours été carrossable, grâce aux mesures prises par le défendeur.

M. Le 31 octobre 2005, le défendeur a également fait appel du jugement de 1ère instance. Il conclut à ce que l'action introduite par la demanderesse soit intégralement rejetée. Subsidiairement, pour le cas où l'existence du droit de passage serait admise, le défendeur conclut à ce que l'assiette de celle-ci corresponde au tracé qu'il a imposé, avec une largeur de 3,60 m dans les contours et de 2,40 m partout ailleurs, et qu'il soit lui-même astreint à prendre toutes les mesures nécessaires à l'exercice satisfaisant de la servitude. Il reproche au tribunal d'avoir admis que l'évolution qui s'est produite dans l'exercice de l'accès ait pu créer une servitude au profit de l'immeuble art. 731, alors que cette servitude n'est pas inscrite au registre foncier. Pour le cas où la servitude serait admise, le défendeur conteste l'appréciation du tribunal selon laquelle le tracé peut être globalement considéré comme une large courbe (de 3,60 m de large). En réalité, le tracé est constitué de passages rectilignes (dont la largeur doit dès lors être de 2,40 m conformément à l'art. 245 LACC) et de contours pour lesquels une largeur de 3,60 m est justifiée.

N. Dans sa réponse, la demanderesse conclut au rejet du recours du défendeur. Elle reprend pour l'essentiel les arguments développés dans son propre recours. Elle remarque qu'elle est propriétaire non seulement de l'immeuble art. 729, mais aussi des immeubles art. 730 et 731 et qu'elle accepte que les occupants de l'immeuble art. 729 passent et parquent leurs véhicules sur les immeubles art. 730 et 731. Le propriétaire du fonds servant n'a pas à interférer dans les relations des droits et charges sur ces trois immeubles. Par ailleurs, la manière dont la servitude a été exercée pendant longtemps, sur une largeur d'au moins 3,60 m, l'emporte sur une application par analogie de l'art. 245 LACC.

O. Les parties ont renoncé aux débats par lettres du 27 septembre 2006.

P. Le 9 octobre 2006, la demanderesse, qui produit une lettre de sa régie attestant les difficultés de louer les logements, requiert la réouverture de la procédure probatoire.

c o n s i d é r a n t

1. a) Le recours de la demanderesse et celui du défendeur ont été déposés en temps utile. La valeur litigieuse est supérieure à 8000 francs. Les recours sont recevables et la Cour peut revoir librement la cause en fait et en droit (art. 299a CPC).

La demanderesse a requis dans son mémoire d'appel la réouverture de la procédure probatoire pour permettre à la Cour de procéder à une inspection des lieux. Le dossier comporte toutefois de nombreuses photographies, dont celles prises lors de l'inspection des lieux du tribunal. Une nouvelle inspection des lieux ne se justifie donc pas, ce d'autant que la demanderesse y a implicitement renoncé en proposant que la Cour statue sur la base du dossier (cf. sa lettre du 21.8.2006).

2. Il n'est pas contesté qu'une servitude de passage grevant l'immeuble art. 358 au profit de l'immeuble art. 729 est inscrite au registre foncier, par l'intermédiaire du renvoi indirect à l'ancien registre des servitudes. Cette servitude, reconnue en 1911 par les propriétaires de l'époque, a le libellé suivant : "Droit de passage réciproque sur les places d'aisance".

3. Les droits réels existant à l'entrée en vigueur du Code civil (le 1er janvier 1912) sont en principe maintenus et leur étendue est, sauf exception, régie par les règles du Code civil (art. 17 Tit.fin. CC). Aucune des exceptions réservées par cet art. 17 n'étant réalisée en l'espèce, l'étendue de la servitude de passage litigieuse doit être déterminée par les règles du Code civil, soit par les art. 737 ss CC.

4. Il n'est pas contesté non plus que la servitude litigieuse n'est inscrite qu'au profit et à charge des immeubles art. 358 et 729 et que, s'agissant de ce dernier immeuble, l'exercice de l'accès par le chemin contournant l'habitation 25 ne peut se faire qu'en empruntant l'immeuble art. 731, puis l'immeuble art. 730. Ces deux immeubles n'étant pas au bénéfice du droit de passage inscrit au registre foncier, le défendeur reproche au tribunal d'avoir considéré qu'il avait plus ou moins implicitement acquiescé à l'existence d'un droit de passage en faveur de l'immeuble art. 731 (le jugement indique par erreur 730). Même s'il faut noter que le dispositif du jugement ne constate que l'existence d'une servitude en faveur de l'immeuble art. 729, certains passages des considérants peuvent effectivement prêter à confusion sur ce point. Ce n'est pas parce que les bénéficiaires de la servitude traversent depuis de longues années les immeubles art. 730 et 731 pour exercer le droit de passage que ces deux immeubles sont des fonds dominants. En revanche, contrairement cette fois à ce que laisse entendre le défendeur, il n'est pas nécessaire que le fonds dominant soit contigu au fonds grevé pour que la servitude de passage ait un sens. Il suffit que le propriétaire du fonds dominant ait le droit, par des voies qui peuvent varier, de parvenir à la

limite du fonds grevé à l'endroit où commence le passage. On le voit clairement lorsque plusieurs fonds bénéficient d'un droit de passage sur un chemin; un fonds dominant peut être fort éloigné du fonds grevé, mais s'il dispose d'un droit de passage sur le chemin jusqu'au fonds grevé, la servitude a tout son sens. Il en va de même en l'espèce – à supposer que la servitude permette effectivement d'accéder à l'habitation 24 en contournant l'habitation 25 : dès lors que la même personne est, en l'état, propriétaire du fonds dominant et des immeubles art. 730 et 731, l'exercice de la servitude est possible. L'arrêt 121/1995 III 52 / JdT 1998 I 159 auquel se réfère le défendeur ne contredit pas cette conclusion; il visait en effet précisément un cas où le bénéficiaire de la servitude n'avait pas la maîtrise du passage sur le fonds qui le séparait du fonds grevé.

5. Par conséquent, la servitude de passage a un sens même si elle ne profite qu'à l'immeuble art. 729 et il faut déterminer quelle est son étendue ou, plus précisément, son contenu. Selon l'art. 738 CC, l'"inscription fait règle en tant qu'elle désigne clairement les droits et les obligations dérivant de la servitude. L'étendue de celle-ci peut être précisée, dans les limites de l'inscription, soit par son origine, soit par la manière dont la servitude a été exercée pendant longtemps, paisiblement et de bonne foi".

6. L'inscription de la servitude rappelée au consid. 2 ci-dessus précise d'abord qu'il s'agit d'un droit de passage, c'est-à-dire d'un droit de traverser l'immeuble grevé sans s'y arrêter. Ce droit s'exerce "sur les places d'aisance", sans qu'il soit précisé plus en détails à quel endroit le passage s'exerce. L'expression "place d'aisance" donne en tout cas à penser que le passage devait également servir à des véhicules et qu'il a donc un caractère tout général. En tout cas, le passage n'est pas restreint à une certaine catégorie d'usagers (personnes à pied, bétail, véhicules agricoles, etc.). Le passage est en outre "réciproque" : il avait donc, lors de la reconnaissance de la servitude en 1911, un sens pour les deux propriétaires concernés : chacun devait pouvoir utiliser les places d'aisance de l'autre. Pour l'immeuble art. 729, on voit immédiatement que les places d'aisance sur l'immeuble art. 358 offraient un passage, en contournant l'habitation 25 et, sans doute aussi à cette époque, en traversant la grange. Pour l'immeuble art. 358, le but de la servitude est moins évident puisque l'immeuble art. 729 ne comprend qu'un bâtiment; dès lors ou bien la place d'aisance dont il s'agit se trouvait à l'intérieur du bâtiment, ou bien l'espace devant l'immeuble art. 729 (c'est-à-dire les actuels immeubles art. 730 et 731) était aussi implicitement visé par le passage (sans être objet de la servitude), ou bien encore la surface de l'immeuble art. 729 a évolué par la suite. L'inscription ne permet donc pas de faire une clarté complète sur le contenu de la servitude.

7. L'origine de la servitude, au-delà de la reconnaissance de 1911 qui en a défini le libellé actuel, se trouve dans l'acte de partage successoral de 1894. Ce contrat n'est cependant pas plus explicite que le texte de la servitude lui-même. D'abord, il prévoit un passage réciproque pour tous les immeubles objets du partage, à l'exclusion de certains d'entre eux déjà visés par d'autres servitudes (savoir les art. 472E, 472D, 472e, 602BC, 471D, 470C, 53, 531, 473A et 473B). La servitude concernait donc une quinzaine d'immeubles, portant en outre des numéros différents des numéros actuels. Le contrat précise que le passage sur les "pièces d'aisance" est réciproque. La portée de cette précision n'est cependant pas claire, dès lors qu'il est indiqué que l'ensemble des immeubles

concernés se doivent de toute façon "réciproquement" le passage. Par ailleurs, le contrat utilise l'expression "pièces d'aisance" et non "places d'aisance"; la demanderesse y voit une erreur d'écriture qui "saute aux yeux"; mais rien ne l'établit. Il n'est pas non plus établi pourquoi la reconnaissance de 1911 ne vise plus que l'immeuble art. 729, alors que le contrat de partage concernait plusieurs immeubles repris par le propriétaire (V) des immeubles aujourd'hui propriété de la demanderesse. Sur tous ces points, on en est donc réduit aujourd'hui à des suppositions, comme le constate à juste titre le jugement (p. 9 al. 2).

8. Dans ces conditions, c'est, selon l'art. 738 al. 2 CC, la manière dont la servitude a été exercée "pendant longtemps, paisiblement et de bonne foi" qui est déterminante pour établir le contenu de la servitude. La procédure probatoire en lère instance a montré que, même avant la construction du mur mitoyen entre les deux habitations, le passage s'est aussi exercé en contournant ces habitations. Même le propriétaire de l'immeuble art. 358 faisait le tour du bâtiment avec ses engins agricoles pour éviter de devoir faire demi-tour à l'intérieur de la grange (ce qui montre l'intérêt qu'il pouvait avoir à une servitude réciproque). Après la construction du mur mitoyen, le passage ne s'est bien sûr fait que par l'extérieur du bâtiment en contournant celui-ci et la servitude a perdu au moins une partie de son intérêt pour le propriétaire de l'immeuble art. 358. Le défendeur ne conteste d'ailleurs pas que, depuis de nombreuses années, l'accès à l'immeuble art. 729 s'est fait en contournant l'habitation 25. Ce long usage – sans doute plus que centenaire – s'explique aussi par l'état même des lieux et il permet de préciser le contenu de l'inscription au registre foncier. Il conduit à admettre l'existence d'un droit de passage de l'immeuble art. 729 sur les "places d'aisance" entourant l'habitation art. 25 sise sur l'immeuble art. 358.

9. L'assiette plus précise où s'est exercé ce droit de passage ressort aussi de la procédure probatoire. Comme le montre la photo (ancienne) no 11 du dossier de l'inspection des lieux, l'accès se faisait entre la plate-bande se trouvant au centre de la place devant l'habitation 25 et l'angle de la parcelle art. 596 (où se trouve un poteau électrique). Ensuite, le passage se fait tout naturellement en direction de l'espace entre l'angle de la maison et la limite de la parcelle art. 596 (espace large de 3,76 m). Il s'exerçait ensuite sur la place asphaltée le long de l'habitation 25 (place d'une largeur d'environ 4,60 m). Il y a à cet endroit un certain danger, puisque la porte d'un logement de l'habitation 25 donne directement sur la place asphaltée et que la vue est réduite à l'angle du bâtiment; on peut donc penser que le passage en véhicule s'exerçait plutôt sur la partie de l'espace asphalté la plus éloignée du bâtiment. L'assiette de la servitude définie par l'exercice qui en a été fait pendant longtemps est ainsi assez précise sur la place devant l'habitation 25, très précise à l'angle de celle-ci et bien définie sur le côté de cette habitation.

10. Le défendeur a disposé plusieurs obstacles de façon à préciser l'endroit où le passage peut être exercé. La portée juridique de ce comportement est différente selon que l'on se trouve devant l'habitation 25 ou sur le côté de celle-ci.

11. Devant le bâtiment, les bacs à fleurs tendent à délimiter plus précisément l'espace réservé à la servitude, du moins pour le trafic des véhicules. Ils ont été placés là où l'assiette résultant de l'usage de la servitude est la moins précise. Il faut dès lors examiner si cette mesure est conforme à l'art. 737 CC qui définit les droits et les devoirs des

propriétaires concernés par l'exercice d'une servitude. L'art. 737 al. 1 et 3 CC établit clairement que le propriétaire du fonds dominant a le droit de prendre toutes les mesures pour user de la servitude et que le propriétaire du fonds servant ne peut en aucune façon en rendre l'exercice incommode. Mais en même temps, l'art. 737 al. 2 exige du propriétaire du fonds dominant qu'il exerce son droit de la manière la moins dommageable pour le propriétaire du fonds grevé. Mises ensemble, ces dispositions appellent donc de la part du juge une pesée des intérêts des deux propriétaires en présence (ATF 113/1987 II 151/155 / JdT 1987 I 671*). Le juge doit dès lors déterminer, au vu des circonstances concrètes du cas, ce que chacun des deux propriétaires peut exiger.

En tant que propriétaire du fonds dominant, la demanderesse a d'abord un intérêt à pouvoir entrer sans difficulté sur la place en direction du passage. Cet intérêt est d'autant plus marqué que l'accès se fait depuis une route cantonale et dans une courbe. Par ailleurs, l'entrée sur la place se fait à l'endroit le plus éloigné de l'habitation 25, ce qui réduit d'autant l'intérêt du propriétaire du fonds servant à en restreindre l'étendue. Sur ce point, l'intérêt du propriétaire du fonds dominant est ainsi prépondérant et les deux premiers bacs à fleurs, qui obligent à une manœuvre délicate en quittant la route cantonale doivent être enlevés.

Sur la partie suivante du tracé jusqu'à l'angle du bâtiment, l'intérêt du propriétaire du fonds grevé à ce que le passage en véhicule se fasse le long de la parcelle art. 596 est prépondérant, mais la largeur doit être suffisante pour permettre une circulation aisée. S'agissant d'un passage à char et pour un tracé rectiligne, une largeur de 2,40 m est considérée comme suffisante par l'art. 245 LACC (auquel renvoie l'art. 740 CC). Il faut cependant noter que la délimitation par de lourds bacs à fleurs d'un côté et par la barrière métallique clôturant la parcelle art. 596 de l'autre rend certainement le passage plus incommode lorsque deux voitures venant en sens inverse sont engagées en même temps sur le tracé. La manœuvre d'évitement qui était facile sur la place sans les bacs à fleurs devient une délicate marche arrière pour l'un des véhicules avec le balisage mis en place. En définitive, un passage de 2,40 m ne peut être considéré en principe comme suffisant que si le balisage mis en place n'empêche pas toute manœuvre d'évitement; il doit ainsi être constitué d'un obstacle bas et fixe qui peut au besoin être franchi par un véhicule circulant à très petite vitesse.

A l'angle même de l'habitation 25, le passage présente un certain danger en raison des piétons qui pourraient venir de l'autre côté du bâtiment. Le propriétaire du fonds servant a dès lors un intérêt prépondérant à empêcher complètement le passage de véhicules à proximité immédiate de l'habitation 25 : un obstacle plus important à cet endroit en vue de protéger le passage des piétons est dès lors justifié. Une telle mesure est d'ailleurs également dans l'intérêt du propriétaire du fonds dominant (et des locataires de celui-ci).

12. Au-delà de l'angle de l'habitation n° 25, les panneaux de bois mis en place par le défendeur ne sont plus seulement un balisage du passage existant précédemment sur les modalités duquel une pesée d'intérêts se justifie. Ces parois empêchent purement et simplement l'exercice du passage, à pied comme en véhicule, tel qu'il se faisait précédemment. Elles constituent donc en réalité un déplacement de l'assiette de la

servitude. Selon l'art. 742 CC, le propriétaire du fonds grevé peut effectivement exiger un tel déplacement, mais seulement à certaines conditions.

Il faut d'abord que le propriétaire du fonds servant ait un intérêt sérieux au déplacement de l'assiette de la servitude. Cet intérêt doit résulter de besoins nouveaux ou, au moins, d'une situation nouvelle, de telle sorte que l'assiette de la servitude ne puisse pas être modifiée à tout moment par le propriétaire grevé. En l'espèce, la modification de l'habitat sur le fonds dominant, celle du style de vie et la motorisation accrue au cours des dernières décennies a certainement conduit à une situation nouvelle pour le passage qui s'exerce sur le côté de l'habitation 25. Des véhicules plus nombreux, roulant peut-être plus rapidement, utilisent cet espace. Cela peut justifier aujourd'hui un aménagement différent de l'assiette de la servitude pour les véhicules. La simple prudence veut d'ailleurs que l'on évite le passage de voitures aux abords immédiats de la porte du logement donnant sur le côté de l'habitation 25. En revanche, le passage de piétons, qui ne présente pas les mêmes inconvénients, peut continuer à se faire selon le tracé initial de la servitude. Le déplacement de l'assiette de la servitude pour les véhicules, qui a en outre l'avantage d'éviter un virage délicat à l'angle du bâtiment, est dès lors admissible dans son principe.

Le déplacement de l'assiette d'une servitude à la demande du propriétaire servant n'est toutefois licite que si la servitude ne s'exerce pas moins commodément à son nouvel emplacement et si ce propriétaire se charge des frais occasionnés par le nouveau tracé. Ces conditions ne sont pas remplies en l'état. D'abord, la pose des parois de bois empêche même le passage des piétons sur la partie asphaltée sur le côté de l'habitation 25. Ensuite, ces parois réduisent la vue des chauffeurs des véhicules qui s'engagent sur le passage, alors même que le passage est balisé de telle façon que toute manœuvre d'évitement est impossible. Enfin, le revêtement de la chaussée, même s'il a été amélioré par le défendeur, n'est pas comparable à une place asphaltée.

Pour le cas où le déplacement de l'assiette de la servitude pour les véhicules serait jugé en principe licite, le défendeur conclut à ce que la Cour détermine la largeur du tracé et à ce qu'il soit lui-même astreint à prendre toutes les mesures nécessaires à l'exercice satisfaisant de la servitude. Même si le défendeur ne se réfère pas expressément à l'art. 742 CC, il faut interpréter ces conclusions comme une demande de déplacement de l'assiette. La Cour fixera donc elle-même les mesures à prendre pour que ce déplacement soit licite.

De façon à permettre le passage des piétons et à améliorer la vue, les parois de bois posées par le défendeur doivent être démontées. Le balisage du passage en véhicule le long des parcelles art. 596 et art. 364 jusqu'à la limite de la parcelle art. 731 doit être réalisé par un obstacle bas, de la même manière que sur la place devant l'habitation 25, et permettre au besoin une manœuvre d'évitement par le franchissement de cet obstacle à petite vitesse. Le revêtement de la chaussée et de l'espace d'évitement doit être asphalté. Le défendeur doit également prendre à ses frais l'aménagement du passage sur l'immeuble art. 731 jusqu'à l'endroit où il rejoint l'espace actuellement asphalté sur cet immeuble.

13. La demanderesse reproche aussi au tribunal de ne lui avoir accordé que 600 francs d'indemnité, au lieu des 10'000 francs qu'elle a demandés. Il ressort du recours (p.

13 : indemnité "pour perte de loyer") que la demanderesse entend désormais fonder sa demande d'indemnité uniquement sur les pertes locatives. Le tribunal a refusé de prendre en considération une perte locative pour Mme Gr, qui a été expulsée par le juge le 25 janvier 2004. La demanderesse maintient sa demande, mais n'explique pas en quoi la décision du tribunal serait erronée; le recours est dès lors irrecevable sur ce point (art. 299 al. 1 let. c CPC; cf. RFJ 1999 p. 268, 2001 p. 316 consid. 5a p. 321). Il en va de même, pour les réductions accordées à Mme G, que le tribunal n'a admises que pour quatre mois et non six, et à M. K, admises que pour deux mois et non neuf.

La demanderesse reproche aussi au tribunal de ne pas avoir retenu la perte locative provenant de ce que l'appartement du rez n'a pas été reloué depuis le 1er avril 2004. A nouveau, elle n'établit pas en quoi la décision du tribunal serait erronée. La Cour relève simplement à ce sujet que, lors de son audition par le tribunal le 9 mars 2005, la demanderesse a déclaré : "Je ne veux relouer l'appartement du rez que lorsque le passage sera rétabli. C'est effectivement l'appartement que j'occupe lorsque je viens voir ma fille. Je ne le relouerai que lorsque je pourrai le faire." Dans ces conditions, on ne saurait considérer que la demanderesse a apporté la preuve que la perte locative est en relation de causalité avec l'état de l'accès et la requête de la demanderesse tendant à la réouverture de la procédure probatoire pour que soit jointe au dossier une lettre de sa régie du 6 octobre 2006 attestant les difficultés de louer ses appartements doit être rejetée.

14. La demanderesse reproche aussi au tribunal de ne pas lui avoir accordé l'indemnité de 5000 francs qu'elle demandait pour ses dépens lors des démarches extrajudiciaires qu'elle a entreprises au début du litige. Le tribunal justifie sa décision parce que les mesures provisionnelles demandées par la demanderesse avant l'ouverture d'action ont été refusées (jugement p. 12 consid. 5).

Les frais antérieurs au procès constituent un élément du dommage au sens de l'art. 41 CO dans la mesure où ils ne sont pas couverts par les dépens dus en vertu du droit de procédure cantonal (ATF 117 II 394 / JdT 1992 I 550, consid. 3a).

En l'occurrence, la demanderesse a formé un chef de conclusions séparé pour ses frais d'avocat d'avant procès. Elle soutient en appel que l'indemnité requise fait abstraction des procédures de mesures provisionnelles et de recours antérieures à l'ouverture d'action pour ne tenir compte que des efforts extrajudiciaires pour trouver une entente et réunir les éléments de fait et de droit utiles à la défense de ses intérêts (recours p. 14 ch. VI). Le défendeur conteste avoir entamé des pourparlers avec la demanderesse avant procès en vue de trouver une solution amiable au litige. Selon lui, la demanderesse a immédiatement mandaté un avocat dont les courriers, à lui adressés, se limitaient à de sèches injonctions (réponse à l'appel p. 12, ch. VI).

Il ressort de la note d'honoraires de l'avocat de la demanderesse (bordereau demanderesse, pce 43) pour la période de mai 2003 à avril 2004 – issue de la procédure de recours sur mesures provisionnelles – que l'essentiel des opérations sont en lien avec la procédure de mesures provisionnelles. Quelques opérations, les 12, 15 et 21 mai 2003, concernent en outre des contacts avec l'architecte que la demanderesse dit avoir mandaté

pour la défense de ses droits (demande p. 11 s., allégués 17 s.); or, ce poste a fait l'objet d'un chef de conclusions séparé (indemnité de 10'000 francs, chef de conclusions 5 de la demande [demande p. 2] et allégué 18 y relatif [demande p. 12]). Le tribunal écarte en outre ces frais d'architecte au motif que la demanderesse a précisé en séance que l'architecte lui a aussi prêté son concours pour des problèmes de façade (jugement p. 12 consid. 5).

Le recours doit dès lors être rejeté sur ce point.

15. La demanderesse a gain de cause sur l'essentiel. Le droit de passage est reconnu, mais son assiette est quelque peu différente de celle à laquelle prétendait la demanderesse. Il se justifie dans ces conditions de répartir les dépens des deux instances à raison de à la charge du défendeur et de à celle de la demanderesse.

Le défendeur réclame 350 francs (5 heures à 70 francs l'heure) à titre de frais de vacation relatifs aux séances du tribunal des 12 mai 2004 et 9 mars 2005. Il n'établit toutefois pas avoir subi une perte de gain du fait de sa comparution, de sorte que sa requête doit être rejetée.

a r r ê t e ;

I. Les recours sont **partiellement admis**. Partant, le jugement attaqué est modifié comme suit :

"1. L'action de X est partiellement admise. Partant,

- 1.1. il est constaté que l'immeuble formant l'article 729 du RF de la commune de M est au bénéfice d'une servitude de passage à pied et pour tout véhicule sur l'immeuble formant l'article 358 du RF de ladite commune.
- 1.2. Cette servitude s'exerce selon un tracé suivant la limite avec les immeubles formant les articles 596 et 364 du RF, selon les modalités suivantes :

- les deux premiers bacs à fleurs côté route cantonale seront enlevés;
- les bacs suivants seront remplacés par un obstacle bas et fixe balisant un passage de 2,40 m jusqu'à l'angle de l'habitation 25, mais permettant une manœuvre d'évitement à vitesse très réduite;
- les parois de bois faisant obstacle au passage sur le côté de l'habitation 25 seront démontées;
- le passage pour véhicules sur le côté des habitations 24 et 25 sera aménagé le long de la limite avec les immeubles formant les articles 596 et 364 jusqu'à la place asphaltée sur l'immeuble formant l'article 731, selon la même technique (obstacle fixe et bas) que devant l'habitation 25; il aura une largeur de 2,40 m dans les parties rectilignes et de 3,60 m dans les contours;

- la chaussée sur laquelle s'exerce le passage des véhicules et les espaces d'évitement sur le côté des habitations 24 et 25 jusqu'à la jonction avec l'espace asphalté sur l'immeuble formant l'article 731 seront asphaltés;
- le passage à pied sera possible sur les places devant et le long de l'habitation 25.

1.3. Y est astreint à payer à X une indemnité 600 francs pour perte locative.

2. Toutes autres et plus amples conclusions sont rejetées.

3. Les dépens sont mis pour à la charge de Y et pour à celle de X.

Les frais judiciaires, fixés à 2000 francs, dont 1500 francs pour l'émolument, seront acquittés, indépendamment de la répartition des dépens, à raison de la moitié par chacune des parties."

II. Pour l'appel, les dépens sont mis pour à la charge de Y et pour à celle de X.

Indépendamment de la répartition des dépens, les frais judiciaires s'élevant à 3680 francs (émolument : 3500 francs; débours : 180 francs) seront acquittés à raison de la moitié par chacune des parties.

III. Les dépens de X sont fixés, sur la base de la liste de frais de son mandataire, Me_____, au montant de 13'285,45 francs (honoraires : 9032 francs; correspondance : 200 francs; débours 484,70 francs; TVA : 728,75 francs; frais judiciaires : 2840 francs), pour les deux instances.

Les dépens de Y sont fixés, sur la base de la liste de frais de son mandataire, Me_____, au montant de 13'185,35 francs (honoraires : 9032 francs; correspondance : 200 francs; débours : 391,60 francs; TVA : 721,75 francs; frais judiciaires : 2840 francs), pour les deux instances.

Fribourg, le 2 novembre 2006