

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 4 novembre 2016

---

Composition : M. ABRECHT, président  
M. Muller et Mme Crittin Dayen, juges  
Greffier : M. Valentino

\*\*\*\*\*

**Art. 2, 712n, 712t, 737 CC**

Statuant sur l'appel interjeté par et **B.H.**\_\_\_\_\_, à Pully, demandeurs, contre le jugement rendu le 2 août 2016 par le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant les appelants d'avec **LA COMMUNAUTE DES COPROPRIETAIRES D'ETAGES DE LA PPE G.**\_\_\_\_\_, à Pully, défenderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

## **En fait :**

**A.** Par jugement du 2 août 2016, communiqué pour notification aux parties le même jour, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la demande déposée le 20 décembre 2010 par C.H.\_\_\_\_\_ et B.H.\_\_\_\_\_ contre la défenderesse Communauté des copropriétaires d'étages de la PPE « G.\_\_\_\_\_ » (I), a admis partiellement la demande reconventionnelle déposée le 27 novembre 2012 par la Communauté des copropriétaires d'étages de la PPE « G.\_\_\_\_\_ » (II), a ordonné aux demandeurs de remettre en état la clôture qui séparait la parcelle n° [...] de la parcelle n° [...] de la Commune de Pully, sous la menace des peines d'amende prévues à l'art. 292 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311), l'ensemble des travaux devant être effectué de manière à ce que la clôture soit dans l'état dans lequel elle se trouvait lorsque les demandeurs l'ont supprimée au printemps 2010 et ce, dans un délai de soixante jours dès jugement définitif et exécutoire (III), a dit qu'à défaut pour les demandeurs de s'exécuter conformément au chiffre III ci-dessus, la défenderesse était autorisée à faire reposer la clôture qui séparait la parcelle n° [...] de la parcelle n° [...], aux frais des demandeurs (IV), a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V) et a statué sur les frais et dépens (VI et VII).

En droit, les premiers juges, après s'être livrés à une analyse du règlement d'administration et d'utilisation de la PPE (ci-après : le règlement PPE), sont arrivés à la conclusion que les demandeurs avaient ôté sans droit la clôture séparant la servitude d'usage exclusif de jardin constituée en faveur du lot n° [...] dont ils étaient propriétaires de leur parcelle voisine n° [...]. Pour les magistrats, l'art. 7 du règlement PPE, qui prévoit que les clôtures constituent une partie commune de la PPE, était clair et ne laissait aucune place à l'interprétation. Ils ont par ailleurs indiqué que la servitude d'usage exclusif du jardin, sur lequel se trouvait la clôture litigieuse, était inscrite au Registre foncier où il était précisé que le propriétaire du fonds dominant ne pouvait modifier l'aménagement de son jardin qu'avec l'accord de l'administrateur de la propriété par étages et

qu'en l'occurrence il était manifeste que l'enlèvement de la clôture litigieuse était constitutif d'un tel acte d'aménagement. Les premiers juges ont ainsi constaté qu'en ôtant la clôture litigieuse, les demandeurs avaient modifié l'aménagement d'une partie commune et en avaient de surcroît modifié l'aspect extérieur. A cet égard, ils ont retenu que, quand bien même ni la loi, ni le règlement PPE, ni le Registre foncier n'interdisaient absolument de telles modifications, ils requéraient toutefois l'accord des propriétaires d'étages directement concernés, respectivement de l'administrateur de la propriété par étages, et qu'en l'espèce, cet accord n'avait pas été donné.

Les magistrats ont par ailleurs rejeté l'argumentation des demandeurs fondée sur l'art. 737 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210). Ils ont nié que l'enlèvement de la clôture fût nécessaire pour que les demandeurs puissent user de leur servitude. Ils ont considéré à cet égard que la servitude d'usage exclusif n'était pas une servitude personnelle mais une servitude foncière dont le fonds servant était en l'occurrence la parcelle n° [...] - à savoir la PPE G. \_\_\_\_\_ » - et le fonds dominant le lot n° [...] de cette PPE. La servitude litigieuse n'étant pas rattachée au bien-fonds n° [...] du cadastre de Pully, propriété des demandeurs, sis [...] de cette commune (ci-après : PPE T. \_\_\_\_\_ »), et aucun droit de passage n'existant en lien avec ce bien-fonds, les prétentions des demandeurs à pouvoir user de leur servitude depuis cette propriété n'étaient pas justifiées. Les premiers juges ont indiqué, par surabondance, que l'utilisation que les demandeurs entendaient faire de leur usage exclusif de jardin ne répondait pas au but de la servitude et outrepassait son étendue.

Enfin, les premiers juges ont rejeté l'argument des demandeurs selon lequel lors des deux assemblées générales extraordinaires de la PPE G. \_\_\_\_\_ » des 14 avril 2000 et 3 septembre 2012, l'administrateur n'avait pas la qualité pour représenter les copropriétaires et, partant, n'avait pas été valablement autorisé à plaider et à mandater un avocat pour l'assister dans la procédure en cause. Ils ont relevé à cet égard que le délai péremptoire d'un mois pour contester les

décisions prises par l'assemblée des copropriétaires aux dates précitées était en l'état échu, de sorte que la contestation des demandeurs ne pouvait être soulevée à ce stade.

**B.** Par acte du 23 août 2016, C.H. \_\_\_\_\_ et B.H. \_\_\_\_\_ ont fait appel de ce jugement, en concluant à sa réforme en ce sens que leurs conclusions prises au pied de la demande du 20 décembre 2010 soient admises et qu'il soit constaté qu'ils sont légitimés, en leur qualité de titulaire de la servitude [...] usage de jardin [...], à pénétrer sans entrave depuis leur jardin sur ce droit d'usage exclusif, c'est-à-dire d'user de cette servitude conformément à sa destination (I), et qu'en conséquence ordre soit donné à la PPE G. \_\_\_\_\_ » de laisser cet accès libre sous peine de droit (II).

**C.** La Cour d'appel civile retient les faits pertinents suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

**1. a)** C.H. \_\_\_\_\_ et B.H. \_\_\_\_\_ sont propriétaires des lots - en propriété par étage (ci-après : PPE) - n<sup>os</sup> [...], [...] et [...], qui constituent des parts du bien-fonds n° [...] du cadastre de Pully, sis [...] de cette commune (ci-après : PPE T. \_\_\_\_\_ »).

**b)** La communauté des copropriétaires d'étage de la PPE G. \_\_\_\_\_ », sise [...] à 1009 Pully, est composée de plusieurs lots dont les propriétaires sont les suivants :

[...]

**2. a)** La PPE G. \_\_\_\_\_ » a un règlement d'administration et d'utilisation qui a été adopté le 27 septembre 2006. Ce règlement contient notamment les clauses suivantes :

« [...]

**Article 6.**

Parties privées

*Sont notamment parties privées, objet de l'usage exclusif des copropriétaires :*

- Les locaux compris dans chaque lot avec leurs parties intégrantes, ainsi que leurs accessoires ;  
[...]
- et, en résumé, tout ce qui est à l'intérieur des locaux et qui peut être supprimé ou modifié sans compromettre l'existence, la solidité ou la structure du bâtiment, sans endommager les parties, ouvrages ou installations communs, sans modifier l'aspect extérieur, sans restreindre l'exercice des droits des autres copropriétaires.

[...]

#### **Article 7.**

##### Parties communes

Sont parties communes, affectées à l'usage commun de tous les copropriétaires :

- la totalité du bien-fonds ;
- les murs, **clôtures** (mis en gras par le rédacteur), grilles et portails qui délimitent la propriété ;
- les places, accès, pelouses et jardins ;
- [...].

Cette énonciation est purement énonciative et non limitative.

[...]

#### **Article 8.**

##### en général

##### **A - Parties privées**

Chaque copropriétaire jouit et dispose librement des locaux sur lesquels il exerce un droit exclusif de jouissance et d'administration et les aménage à son gré, à condition de ne pas nuire aux droits des autres copropriétaires ou aux intérêts de la communauté, et sous les réserves ci après :

[...]

##### **B - Parties communes**

#### **Article 11.**

##### En général

Chaque propriétaire use des parties communes suivant leur destination propre et selon les besoins découlant de la jouissance normale de son lot, mais dans une mesure compatible avec les droits des autres copropriétaires et avec les intérêts de la communauté.

[...]

#### **Article 12.**

##### En particulier

Il est d'autre part, prévu les dispositions particulières suivantes :

[...]

##### g) servitudes :

Les copropriétaires doivent respecter toutes les servitudes qui grèvent la propriété.

[...]

##### i) jardin

Le jardin sera entretenu aux frais de la copropriété y compris la partie sise au nord de la parcelle, dont la jouissance est attribuée par une servitude, mais pour la tonte de l'herbe uniquement.

[...]

#### **Article 23**

##### Convocation et communications

L'assemblée est convoquée par l'administrateur dix jours à l'avance, par lettre chargée à chaque copropriétaire. Les objets portés à l'ordre du jour sont mentionnés dans la convocation. Les propositions individuelles doivent être adressées à l'administrateur au moins dix jours avant l'assemblée. [...] ».

**b)** Une assemblée générale constitutive de la PPE G. \_\_\_\_\_ » a été tenue le 23 novembre 2006 en présence de douze copropriétaires. A cette occasion, une votation a eu lieu sur le mode de convocation aux assemblées générales. A l'unanimité, les copropriétaires ont accepté que les assemblées soient dorénavant convoquées sous pli simple en modification du règlement PPE susmentionné.

**3. a)** Le 31 octobre 2007, deux servitudes d'usage de jardin ( [...] et [...]) ont été constituées sur les biens-fonds n<sup>os</sup> [...] et [...], situés au rez-de-chaussée de l'immeuble [...], à Pully. Ces servitudes portent sur une surface herbeuse sise devant le bâtiment, attenante à la parcelle n° [...].

**b)** Avant la construction du bâtiment de la PPE T. \_\_\_\_\_ » sur la parcelle n° [...] du cadastre de Pully qui jouxte la parcelle n° [...], ces deux parcelles étaient séparées par une clôture. Pour permettre les travaux de construction du bâtiment sur la parcelle n° [...], en 2009, les promoteurs [...] et [...] susmentionnés ont provisoirement ôté cette clôture, qu'ils s'étaient au surplus engagés à réinstaller dès l'achèvement des travaux, comme cela ressort du procès-verbal de l'assemblée générale ordinaire de la PPE G. \_\_\_\_\_ » du 29 octobre 2009, et ainsi que l'ont admis les demandeurs lors de l'audience de plaidoiries finales et de jugement.

**4. a)** Le 7 février 2005, une servitude d'usage de jardin a été constituée sous n° [...] au Registre foncier de la commune de Pully ( [...]), dont le bien-fonds n° [...], sis [...] à Pully – soit un lot de la PPE G. \_\_\_\_\_ » – est le seul fonds dominant, et dont la parcelle n° [...] – à savoir la PPE G. \_\_\_\_\_ » – est le fonds servant.

Cette servitude d'usage de jardin est désignée de la manière suivante dans l'extrait du Registre foncier : « *Cette servitude confère au propriétaire du fonds dominant l'usage exclusif de la partie de jardin teintée en jaune sur le plan annexé. L'accès au jardin du concierge et des autres manutentionnaires est réservé. Tous les frais d'entretien de ce*

*jardin seront pris en charge par le propriétaire du fonds dominant, à l'exception de la tonte de l'herbe, intervenant lors de la tonte générale de la parcelle, qui sera à la charge de la copropriété. Le propriétaire du fonds dominant veillera à ce que les lieux soient toujours parfaitement propres et libres de tous dépôts pouvant nuire à l'esthétique de l'immeuble ou de ses abords. En outre, il ne pourra modifier l'aménagement de son jardin qu'avec l'accord de l'administrateur de la propriété par étages. En cas de carence, les travaux nécessaires pourront être commandés par l'administrateur de la propriété par étages aux frais du propriétaire du fonds dominant ».*

Le tracé de la servitude n° [...] est figuré dans un plan qui se présente comme suit, étant précisé que la « *partie de jardin teintée en jaune* » est reproduite en hachuré :

[...]

**b)** Avant leur emménagement dans la PPE T. \_\_\_\_\_ », les demandeurs se sont intéressés à cette servitude d'usage de jardin se situant devant leur fenêtre, soit au sud [...]. B. \_\_\_\_\_ s'y est également intéressé.

**c)** Aucun lot de la PPE T. \_\_\_\_\_ », soit la parcelle n° [...], ne bénéficie d'une servitude d'usage de jardin sur la parcelle n° [...].

**5.** Les demandeurs ont acquis leurs trois lots de PPE – soit les biens-fonds n<sup>os</sup> [...], [...] et [...] du cadastre de Pully – le 9 mars 2009.

**6.** **a)** Par courrier du 18 décembre 2008, les promoteurs [...] et [...] ont informé, d'une part, les demandeurs que B. \_\_\_\_\_ souhaitait « *acquérir un lot auquel est rattaché une servitude d'usage de jardin exclusif au sud [...]* » et, d'autre part, ce dernier que les demandeurs souhaitaient « *pouvoir utiliser une petite partie de ce jardin à bien plaire et contre bons soins* ».

Un certain nombre de correspondances ont été par la suite échangées entre [...] (anciens [...] et [...]) et Z.\_\_\_\_\_ (ancien administrateur de la PPE G.\_\_\_\_\_ ») au sujet de la jouissance du jardin, notamment en date des 5 mai et 4 juin 2009.

Z.\_\_\_\_\_ a proposé un entretien sur place aux demandeurs avec le comité d'immeuble de la PPE G.\_\_\_\_\_ » pour discuter de la servitude d'usage de jardin.

Par lettre du 26 juin 2009, les demandeurs ont informé Z.\_\_\_\_\_ qu'ils avaient décidé d'acquérir le lot n° [...] de la PPE G.\_\_\_\_\_ » donnant « *automatiquement l'usage exclusif de la servitude de jardin liée à ce lot* » et attenante à leur propre jardin.

**b)** Par courrier du 13 juillet 2009, Z.\_\_\_\_\_ a informé les demandeurs qu'elle avait rencontré les membres du comité de la PPE G.\_\_\_\_\_ » le 2 juillet 2009 et leur a signifié que ce comité avait maintenu sa décision, à savoir la (re)pose d'une clôture délimitant la parcelle propriété de la PPE G.\_\_\_\_\_ » de la parcelle propriété de la PPE T.\_\_\_\_\_ ».

A la suite de cet envoi, la clôture séparant les parcelles n<sup>os</sup> [...] et [...] a été réinstallée, soit en date des 28 et 31 août 2009.

Le courrier du 13 juillet 2009 susmentionné a été reçu par les demandeurs avant même qu'ils acquièrent le lot n° [...] de la parcelle n° [...] de la PPE G.\_\_\_\_\_ ».

**c)** Les demandeurs ont acquis le lot n° [...] de la PPE en question le 9 septembre 2009 selon acte notarié [...] pour un prix de vente s'élevant à 100'000 francs. Cette vente a été inscrite au Registre foncier de Lausanne en date du 16 septembre 2009. A l'occasion de cet achat, les demandeurs ont pris connaissance du Règlement de la PPE G.\_\_\_\_\_ » susmentionné.

**7.**           **a)** Une assemblée générale ordinaire de la PPE G.\_\_\_\_\_ » a été tenue le 29 octobre 2009 à 14h00, en présence notamment des demandeurs. A cette occasion, ces derniers ont déclaré souhaiter « *obtenir la suppression de la clôture afin qu'ils puissent avoir un accès direct au jardin qui se trouve sur la parcelle de la PPE G.\_\_\_\_\_* », la situation actuelle les obligeant à faire le tour du quartier ».

B.\_\_\_\_\_ a, quant à lui, indiqué « *que, selon ses renseignements, une servitude de passage n'[était] par (sic) possible, les deux parcelles n'étant pas rattachées au même plan d'affectation, ce qui de l'avis de l'administration [était] à contrôler, s'agissant de droit privé* ».

A l'issue de cette assemblée générale, aucune décision au sujet de la clôture litigieuse n'a été prise.

**b)** Par courrier du 17 décembre 2009, les demandeurs ont à nouveau requis qu'une discussion puisse avoir lieu avec l'administrateur de la PPE G.\_\_\_\_\_ » s'agissant de la clôture litigieuse.

Un nouveau courrier a été adressé à Z.\_\_\_\_\_ le 18 mars 2010 par le conseil des demandeurs, par lequel ces derniers ont exposé leur position et ont indiqué qu'ils allaient prendre les dispositions nécessaires pour assurer leur accès à leur servitude depuis leur habitation.

**c)** En date du 23 mars 2010, il a été constaté que la clôture séparant les parcelles n<sup>os</sup> [...] et [...] avait été ôtée, sans aucune autorisation ni accord de la part des copropriétaires de la PPE G.\_\_\_\_\_ ». Lors de l'inspection locale effectuée par les premiers juges le 1<sup>er</sup> mars 2016, les demandeurs ont admis avoir enlevé la clôture litigieuse et ont expliqué qu'elle était stockée dans un local.

**d)** Le 25 mars 2010, Z.\_\_\_\_\_ a sommé les demandeurs de procéder à la remise en place de la clôture séparant les parcelles n<sup>os</sup> [...] et [...], dans un délai de 72 heures à dater de la réception du courrier.

Par lettre du 29 mars 2010, les demandeurs – par l'intermédiaire de leur conseil – ont répondu au courrier susmentionné en invoquant le fait qu'il était connu de chacun que cet usage de jardin était en relation avec leur propriété, qui jouxtait cette partie du fonds PPE G.\_\_\_\_\_ », et qu'il était dès lors abusif et contraire au droit de vouloir leur interdire l'usage de la servitude qu'ils avaient acquise.

**8.** Plusieurs assemblées extraordinaires ont eu lieu. Une première le 14 avril 2010 et une seconde le 3 septembre 2012.

**a)** S'agissant de l'assemblée extraordinaire du 14 avril 2010, il n'est pas contesté que la convocation à cette assemblée, qui a eu lieu à 14h00, soit « *à un horaire tout à fait inhabituel* », ait été valablement adressée aux copropriétaires.

Sur l'ordre du jour figuraient notamment les points suivants :

« 3. *Résumé de l'affaire et confirmation de la copropriété à la repose immédiate de la clôture*

4. *Proposition de conférer un mandat à un avocat pour défendre les intérêts de la copropriété dans le cadre de l'affaire de la clôture*

5. *Proposition d'un choix d'avocat*

6. *Limitation éventuelle du mandat* ».

Cette assemblée s'est tenue en présence de seize copropriétaires, dont douze étaient représentés, totalisant 705 millièmes.

A cette occasion, B.\_\_\_\_\_ est intervenu « *pour indiquer sa position ainsi que, pense-t-il, de tous les copropriétaires, qu'il ne s'oppose nullement aux époux B.H.\_\_\_\_\_, mais qu'il estime la faute du promoteur immobilier qu'il assimile à de l'usucapion* ». [...] a quant à elle demandé « *qu'une solution pacifique soit trouvée, estimant, pour sa part, tout à fait agréable que ce terrain soit utilisé* ». Elle a de surcroît indiqué à l'assemblée que des prix « *quelque peu étranges* » avaient été articulés par le promoteur pour la vente du lot n° [...]. [...] a confirmé que c'était un prix totalement surfait pour un local.

Selon [...], « *les procurations adressées à l'administrateur ne précisent pas l'intention individuelle des administrés. Néanmoins, l'ordre du jour ayant été clairement rédigé, les personnes ayant mandaté l'administrateur pour défendre leurs intérêts vont dans le sens d'exiger la remise en place de la clôture* ».

A l'issue de cette assemblée, il a été proposé d'établir une convention dont les copropriétaires auraient connaissance, de manière à voter en toute connaissance de cause en fonction dudit projet de convention. Les membres de l'assemblée ont considéré que l'administrateur était compétent pour présenter le projet à tous les copropriétaires. La décision définitive de l'assemblée générale extraordinaire de la PPE G.\_\_\_\_\_ » a donc été de « *suspendre momentanément la repose (ou l'obligation de reposer ??? pas clair...) de la clôture jusqu'à nouvel avis* ». Le point 4 de l'ordre du jour, soit la proposition de conférer un mandat à un avocat, n'a pas été abordé.

**aa)** Un projet de convention a été établi par les demandeurs, avec l'aide de leur conseil. Celui-ci l'a adressé à Z.\_\_\_\_\_ par courrier du 17 mai 2010, en l'invitant à le transmettre aux copropriétaires concernés.

**bb)** Le comité de la PPE G.\_\_\_\_\_ » composé de B.\_\_\_\_\_, [...] et [...] a, par communication du 9 mai 2010, proposé aux copropriétaires d'exiger la remise en place de la clôture, en précisant qu'« *à partir de là une solution prenant en compte le souhait des propriétaires de T.\_\_\_\_\_ » ainsi que les intérêts des copropriétaires des G.\_\_\_\_\_ » pourrait être négociée sans que [ces derniers] soient impliqués dans un contentieux qui ne les regarde pas* ».

**cc)** Par courrier du 31 mai 2010, lequel n'a pas été soumis aux copropriétaires, Z.\_\_\_\_\_ a écrit au conseil des demandeurs qu'en l'état, la convention proposée était « *parfaitement inacceptable pour [s]es clients* ».

**dd)** Par courrier du 10 juin 2010, Z.\_\_\_\_\_ a indiqué aux copropriétaires de la PPE G.\_\_\_\_\_ » qu'il « *a[vait] été laissé à la libre appréciation à l'administrateur de voir s'il convenait ou non de joindre le projet de convention, ce qui paraissait dans un premier temps, judicieux* » et que « *malheureusement, ce dernier [leur était] parvenu tardivement, à savoir en date du 17 mai dernier* ». Un coupon-réponse a été joint à cette correspondance, dans lequel chaque copropriétaire devait décider s'il souhaitait ou non la repose immédiate de la clôture litigieuse et pouvait faire part de « commentaires éventuels ».

Les pièces produites n'ont pas permis de déterminer le nombre de coupons-réponses revenus en retour ni le souhait de chaque copropriétaire.

**b)** S'agissant de l'assemblée générale extraordinaire le lundi 3 septembre 2012 à 14h00, il a été retenu que la convocation à cette assemblée avait été valablement adressée aux copropriétaires par pli simple conformément à la décision prise par l'assemblée générale constitutive du 23 novembre 2006. [...], entendu en qualité de témoin à l'audience de plaidoiries finales et de jugement du 1<sup>er</sup> mars 2016, a confirmé la validité de ce mode de convocation.

Le 29 août 2012, les demandeurs ont adressé à la Q.\_\_\_\_\_ un courrier par lequel ils exposaient avoir été en vacances et avoir l'intention de participer à l'assemblée du 3 septembre 2012. Par un deuxième courrier du même jour, les demandeurs se sont adressés aux copropriétaires de la PPE G.\_\_\_\_\_ » pour expliquer leur position et formuler leurs propositions.

L'assemblée en question s'est tenue en présence de quatorze copropriétaires (présents ou représentés), représentant ensemble 686 millièmes. Etaient absents ou excusés neuf copropriétaires représentant 313 millièmes.

La situation du litige opposant les demandeurs à la défenderesse a fait l'objet d'un exposé contradictoire. Les demandeurs ont pu s'exprimer à cette occasion. A la suite de cet exposé, deux votes ont eu lieu. Par douze voix contre deux, l'assemblée a pris la décision de donner pouvoir à l'administrateur de plaider et de défendre les intérêts de la communauté des copropriétaires, d'une part, et de mandater un avocat pour l'assister dans cette procédure, d'autre part.

**9. a)** Sur requête des demandeurs, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le président) a, par ordonnance de mesures préprovisionnelles du 5 juillet 2010 puis par ordonnance de mesures provisionnelles du 8 décembre 2010, ordonné à la PPE G.\_\_\_\_\_ » de maintenir en l'état la situation actuelle entre la parcelle n° [...] de la commune de Pully et la parcelle n° [...] de la même commune, soit la partie de jardin dont l'usage exclusif était conféré aux requérants C.H.\_\_\_\_\_ et B.H.\_\_\_\_\_ par la servitude [...].

**b)** Le 20 décembre 2010, les demandeurs ont déposé une demande contre les seuls copropriétaires de la PPE G.\_\_\_\_\_ » - à l'exception de la communauté des copropriétaires d'étages -, plus précisément contre vingt-neuf d'entre eux, en concluant, avec suite de frais et dépens, à ce qu'il soit constaté qu'en leur qualité de titulaire de la servitude [...] usage de jardin [...] ils sont légitimés à pénétrer sans entrave depuis leur jardin sur ce droit d'usage exclusif, c'est-à-dire d'user de cette servitude conformément à sa destination (I), et qu'en conséquence ordre soit donné à la PPE G.\_\_\_\_\_ » de laisser cet accès libre sous peine de droit (II).

Par décision du 16 février 2011, le président a indiqué qu'il considérait que la PPE en question n'était pas partie à la procédure.

La Chambre des recours civile du Tribunal cantonal a, par arrêt du 29 juin 2011, admis le recours déposé par les demandeurs le 3 mars 2011 contre cette décision, annulé celle-ci et renvoyé la cause au président pour nouvelle instruction et nouvelle décision au sens des

considérants. Elle a en substance considéré que la décision attaquée n'avait manifestement pas été rendue dans les formes prescrites, en particulier en l'absence de toute motivation de la part du premier juge.

Par jugement incident motivé du 25 janvier 2012, le président a retenu que la demande déposée par C.H.\_\_\_\_\_ et B.H.\_\_\_\_\_ le 20 décembre 2010 devait être considérée comme ayant été dirigée contre la communauté des copropriétaires de la PPE G.\_\_\_\_\_ », en sus des propriétaires à titre individuel.

Par réponse du 27 novembre 2012, la communauté des copropriétaires d'étages de la PPE G.\_\_\_\_\_ », représentée par son administrateur la Q.\_\_\_\_\_, d'une part, et vingt-deux copropriétaires représentés par Me Jean-Samuel Leuba, d'autre part, ont conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la demande et, reconventionnellement, notamment à ce qu'ordre soit donné aux demandeurs, sous la menace des peines d'amende prévues à l'art. 292 CP, de remettre en l'état la clôture qui séparait la parcelle n° [...] de la parcelle n° [...] de la Commune de Pully - l'ensemble des travaux devant être effectué de manière à ce que la clôture soit dans l'état dans lequel elle se trouvait lorsque les demandeurs l'avaient supprimée au printemps 2010 et ce dans un délai de soixante jours suivant jugement définitif et exécutoire - et à ce que, à défaut de remise en état de la clôture par les demandeurs, la communauté des copropriétaires de la PPE G.\_\_\_\_\_ » soit autorisée à la faire réinstaller, aux frais des demandeurs.

Le 1<sup>er</sup> février 2013, les demandeurs ont déposé une réplique contre vingt-deux copropriétaires de la PPE G.\_\_\_\_\_ » - sans mention de la communauté des copropriétaires d'étages - en concluant, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions prises dans la réponse.

La défenderesse, toujours représentée par son administrateur la Q.\_\_\_\_\_, et les copropriétaires, soit - à une exception près (l'acte ne mentionnant pas [...]) - les mêmes ayant déposé la réponse, représentés par Me Jean-Samuel Leuba, se sont encore déterminés le 29 avril 2013.

**c)** Une audience de premières plaidoiries s'est tenue le 13 mai 2013 en présence des demandeurs, assistés de leur conseil, et du conseil de la défenderesse, accompagné de [...], administrateur adjoint de la Q.\_\_\_\_\_, et de [...], propriétaire du lot [...] de la PPE G.\_\_\_\_\_ ». A cette occasion, les demandeurs ont proposé la [...], subsidiairement la Gérance [...], en qualité d'expert. Une ordonnance de preuves a été rendue en ce sens le 3 juin 2013.

**d)** Un rapport d'expertise a été déposé par la [...] le 3 décembre 2013. Sa mission consistait à se prononcer sur la valeur du lot n° [...] au regard notamment de la jouissance exclusive de la surface de jardin, ainsi que sur les conséquences de l'absence ou de la présence de la clôture litigieuse. A dire d'expert, le lot n° [...], d'une surface cadastrale de 23 m<sup>2</sup> et juridiquement non habitable, devait être considéré comme un dépôt et sa valeur intrinsèque devait être estimée à 25'000 francs. L'expert a confirmé au surplus que la plus grande partie de la valeur du lot provenait de la servitude d'usage de jardin et que la valeur de cette servitude pouvait être « *mathématiquement admise* » à hauteur de 80'000 francs. L'expert a précisé encore que cette servitude, attenante à un lot, pouvait se définir par sa valeur de marché, qui s'élèverait dans ce cas entre 130'000 et 150'000 francs. Aux dires de cet expert, le lien physique (accessibilité) de la servitude querellée à la parcelle n° [...] « *donn[ait] toute sa valeur à ladite servitude* » et l'accès à la surface était primordial afin de pouvoir en jouir pleinement. L'expert s'est également déterminé sur le fait que l'absence ou la présence d'une clôture ne pénalisait aucunement la valeur des lots de la PPE G.\_\_\_\_\_ », dès lors que ces derniers avaient des pièces « à vivre » situées sud-ouest et les pièces « de nuit » étaient placées en façade nord-est, seul le dernier corps de bâtiment, situé à l'extrémité ouest, donnant sur la zone de jardin litigieuse. Quant à savoir si une barrière impliquerait une restriction très importante d'usage de la servitude pour les demandeurs, l'expert a relevé qu'il n'existait aucun passage direct possible entre la parcelle n° [...] et la parcelle n° [...], respectivement entre celle-ci et la servitude querellée, et que les demandeurs seraient, dans ce cas, contraints de contourner une

partie du quartier pour accéder à cette zone de jardin, ce qui restreindrait en effet de manière importante leur usage de la servitude litigieuse, et *de facto*, sa valeur.

Un rapport complémentaire a été déposé le 30 juin 2015 par la [...]. L'expert a en substance confirmé le contenu de son rapport du 3 décembre 2013. Il a en particulier indiqué que, pour ce qui était des nuisances, il maintenait sa position, à savoir que l'absence de la barrière entre la parcelle n° [...] et la servitude litigieuse n'affectait pas la valeur des lots de la PPE « G. \_\_\_\_\_ », le début de la zone de jardin objet de la servitude se trouvant à 25 mètres du droit de la façade de la PPE. Il a apporté une précision en ce sens que la servitude pouvait être valorisée à 75'000 francs.

**e)** L'audience de plaidoiries finales et de jugement s'est tenue le 1<sup>er</sup> mars 2016 en présence des demandeurs, assistés de leur conseil, et du conseil de la défenderesse, accompagné de [...], administrateur de la PPE G. \_\_\_\_\_ ». A cette occasion, le tribunal en corps a procédé à une inspection locale en présence des mêmes comparants. Cette inspection locale a permis de constater que la bande herbeuse des lots n<sup>os</sup> [...] et [...], propriété des demandeurs, était délimitée par des haies et que la clôture litigieuse n'avait pas été reposée. Cette dernière suivait le tracé actuel des haies et était à la même hauteur que les barrières les plus basses existantes en l'état sur le côté est de la parcelle. La servitude querellée était donc délimitée matériellement par rapport à la parcelle n° [...] dans tout son pourtour par des barrières, sauf à sa jonction avec la parcelle n° [...] où la barrière avait été ôtée. Il a en effet été constaté que la parcelle faisant l'objet de la servitude de jardin se situait immédiatement devant la parcelle n° [...]. Le tribunal a ensuite effectué le trajet à pied de la propriété des demandeurs jusqu'à leur local (lot n° [...] de la PPE G. \_\_\_\_\_), ainsi que devraient le faire les demandeurs si la clôture litigieuse était présente. Il a été constaté qu'une barrière, munie d'un portail, séparait de ce côté-là également la parcelle de jardin sur laquelle les demandeurs bénéficiaient d'un usage exclusif de la parcelle n° [...]. Les parties se sont accordées sur le fait que l'accès à la servitude

d'usage exclusif de jardin était autorisé aux seuls demandeurs, que le portail était un accès privatisé sur le lot n° [...] et que seul le concierge pouvait en outre y pénétrer pour tondre le gazon. Au terme de l'inspection locale, [...], propriétaire du lot n° [...], s'est présentée et a déclaré être opposée à la remise en place de la clôture litigieuse.

En cours de procédure, [...] et [...], [...] et [...], [...] et [...] ont, successivement, renoncé à prendre part au présent litige et ont déclaré adhérer aux conclusions de la demande.

A l'issue de cette audience de plaidoiries finales et de jugement, les demandeurs ont consenti à ce qu' [...] et [...] soient mis hors de cause et de procès sans frais ni dépens ; la défenderesse a renoncé à l'audition du témoin [...].

**f)** Le dispositif du jugement a été notifié aux parties le 30 mars 2016. Chacune des parties en a requis la motivation par courriers datés du 4 avril 2016.

## **En droit :**

### **1.**

**1.1** Le jugement attaqué ayant été communiqué après l'entrée en vigueur du CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272), l'appel est régi par celui-ci (art. 405 al. 1 CPC).

**1.2** L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance dans les affaires patrimoniales (art. 308 al. 1 let. a CPC), pour

autant que la valeur litigieuse au dernier état des conclusions de première instance soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Il doit être introduit auprès de l'instance d'appel, soit de la Cour d'appel civile (art. 84 al. 1 LOJV [loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]), dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC).

**1.3** En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), contre une décision finale de première instance rendue dans une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr., l'appel est recevable à la forme.

**2.** L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC).

**3.**

**3.1** Il convient d'examiner tout d'abord les questions de qualité pour agir et qualité pour défendre, questions que les premiers juges ont abordées succinctement.

Dispose de la qualité pour agir, ou légitimation active, le titulaire du droit déduit en justice. Comme pour la qualité pour défendre, ou légitimation passive, la légitimation active appartient aux conditions matérielles de la prétention litigieuse et se détermine selon le droit au

fond. Son défaut conduit au rejet de l'action, indépendamment de la réalisation des éléments objectifs de la prétention litigieuse (TF 5A\_892/2011 du 21 juin 2012 consid. 4.3.1 ; ATF 126 III 59 consid. 1a), alors que son admission signifie que le demandeur peut faire valoir sa prétention contre le défendeur, en tant que sujet passif de l'obligation en cause. Ces questions, qui ressortissent au droit matériel fédéral, doivent être examinées d'office et librement (ATF 136 III 365 consid. 2.1). Comme pour la qualité pour agir, ou légitimation active, le fardeau de la preuve et de l'allégation des faits qui fondent la qualité pour défendre incombe au demandeur, ce qui correspond à la règle générale de l'art. 8 CC (ATF 130 III 417 consid. 3.1).

**3.2** En l'espèce, les appelants ont, dans leur mémoire d'appel, repris les deux mêmes conclusions que dans leur demande, à savoir une conclusion tendant à ce qu'il soit constaté qu'ils sont légitimés, en leur qualité de titulaire de la servitude [...] d'usage de jardin [...], à pénétrer sans entrave depuis leur jardin sur ce droit d'usage exclusif, c'est-à-dire d'user de cette servitude conformément à sa destination (I), et une conclusion condamnatoire tendant à ce qu'un ordre soit donné à la communauté des copropriétaires par étages concernée de laisser libre l'accès leur permettant de pénétrer, depuis leur parcelle n° [...], sur le jardin qui se trouve sur la parcelle voisine de la PPE G. \_\_\_\_\_ » (II).

**3.2.1** La conclusion constatatoire porte sur les droits des demandeurs fondés sur la servitude d'usage exclusif du jardin.

Dans un arrêt paru au JdT 2014 III 13, la Cour de céans a retenu que la légitimation passive à l'action du titulaire d'une servitude appartient aux copropriétaires par étages de l'immeuble grevé, lesquels forment une consorité passive nécessaire (art. 70 CPC) – cette légitimation passive devant être vérifiée au moment du jugement au fond –, et non à la communauté des copropriétaires.

Bohnet (Bohnet, Actions civiles, 2014, § 51 n. 20) expose que la légitimation passive à l'action confessoire – soit l'action qui permet au

titulaire d'une servitude troublé dans l'exercice de son droit de faire cesser l'état de choses incompatible avec la servitude et/ou faire interdire tout nouveau trouble à l'avenir (op. cit. § 51 n. 1) – appartient à l'auteur du trouble de l'exercice de la servitude, même s'il n'est titulaire d'aucun droit réel sur l'immeuble grevé ni d'aucun droit personnel contre le propriétaire de l'immeuble, et précise que les copropriétaires du fonds grevé forment une consorité passive nécessaire au sens de l'art. 70 CPC.

Il n'y a pas lieu de s'écarter ici de ces considérations. En effet, il faut retenir que les conclusions portant sur la violation d'une servitude ou les droits issus d'une servitude se rattachent à la parcelle de base. Or, en l'occurrence, c'est bien la parcelle de base qui est le fonds servant et non les parts de PPE des différents copropriétaires, de sorte qu'il y a effectivement consorité matérielle nécessaire passive. La conclusion constatatoire des demandeurs devrait ainsi être dirigée contre tous les copropriétaires au moment du jugement.

La Cour de céans a retenu, dans l'arrêt paru au JdT 2014 III 13 déjà cité, que l'identité des propriétaires figurant au Registre foncier au moment du jugement est un fait notoire (art. 151 CPC) qu'il n'y a donc pas besoin d'alléguer ou de prouver et qu'il en va de même des mutations intervenues au Registre foncier. Cette jurisprudence a été confirmée ultérieurement (CACI 23 juin 2016/367 consid. 3.1 ; CACI 30 avril 2014/225 consid. 2.1).

En l'espèce, il y a lieu de constater que des changements de propriétaires se sont produits, depuis le dépôt de la demande, pour deux des lots de la copropriété G. \_\_\_\_\_ » : il s'agit des lots n<sup>os</sup> [...], propriété de [...] (selon acte de vente du 6 avril 2014), et [...], propriété de [...] et [...] (selon acte de vente du 5 octobre 2015), comme cela résulte également de la page de garde de l'appel. Ces modifications ont d'ailleurs été prises en compte par la Cour de céans pour rectifier l'état de fait du litige (let. C/1b *supra*), étant relevé que le jugement attaqué omet également de faire figurer le nom de [...] en tant que copropriétaire – avec [...] et [...] – du lot n<sup>o</sup> [...] et de mentionner les lots n<sup>os</sup> [...], [...] et [...] et

leurs propriétaires respectifs, à savoir [...] pour le premier, C.H.\_\_\_\_\_ et B.H.\_\_\_\_\_ pour le deuxième et [...] pour le troisième, de sorte qu'il se justifie également de compléter l'état de fait en y intégrant ces éléments (let. C/1b *supra*).

Or, on ignore contre quels défendeurs les demandeurs ont pris des conclusions au stade de l'audience de jugement de première instance du 1<sup>er</sup> mars 2016, étant donné que la liste des copropriétaires selon la demande et selon la réplique est différente, le procès-verbal des opérations ne fournissant aucune indication à ce propos.

On peut toutefois retenir qu'il n'y a pas de conclusions prises - à tout le moins - contre [...] ni contre [...] et [...], ce qui suffit à retenir que la conclusion I n'a pas été prise contre tous les copropriétaires par étages - conjoints nécessaires au sens de l'art. 70 al. 1 CPC - au moment du jugement. Il s'ensuit que cette conclusion doit être rejetée pour ce seul motif déjà, sans que l'on puisse - ni doive d'office - considérer qu'il y a eu substitution de partie, les demandeurs, qui font certes figurer sur la page de garde de l'appel les nouveaux copropriétaires, ne prenant aucune conclusion dans ce sens (Jeandin, *op. cit.*, n. 13 ad art. 83 CPC) et les potentiels substitués ne pouvant se voir, par hypothèse, opposer un jugement ou un arrêt sur appel sans avoir pu prendre position à cet égard, dans le respect de leur droit d'être entendus.

**3.2.2** La conclusion condamnatoire a, quant à elle, été prise contre la communauté des copropriétaires. Or, en tant qu'elle se fonde aussi sur la servitude, elle est mal dirigée, dès lors que la communauté n'a pas la qualité pour défendre en rapport avec l'exécution de la servitude, pour les raisons exposées ci-avant (consid. 3.2.1).

En revanche, dans la mesure où l'on considère que cette conclusion se fonde sur une distinction entre partie commune et partie privative, en d'autres termes dès lors qu'elle a trait à l'affectation d'une partie commune par un copropriétaire par étages, elle est recevable car valablement dirigée contre la communauté, puisque celle-ci dispose de la

qualité pour défendre dans son domaine de gestion de la PPE, selon l'art. 712l al. 2 CC.

### **3.3**

**3.3.1** Il se pose ensuite la question de savoir si les conclusions reconventionnelles prises par la communauté des copropriétaires, représentée par son administrateur la Q.\_\_\_\_\_, d'une part, et par vingt-deux copropriétaires individuels, d'autre part, l'ont été valablement.

Il y a lieu de préciser que ces conclusions - tendant à ordonner aux demandeurs de remettre en place la clôture séparant les parcelle n<sup>os</sup> [...] et [...] - se fondent directement sur les règles en matière de PPE et non de servitude. Or, selon Wermelinger (La propriété par étages, 3<sup>e</sup> éd., 2015, p. 645, n. 189 et les réf. citées), la communauté peut exercer l'action en remise en état d'une partie commune modifiée par un propriétaire d'étages.

Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire, en l'occurrence, que les copropriétaires agissent tous en tant que Consorts nécessaires. Les conclusions reconventionnelles ont par conséquent été valablement prises par la communauté en tant qu'il s'agit de remettre en état une partie commune modifiée.

**3.3.2** Lorsque, habilitée à agir, la communauté procède en justice par l'intermédiaire de son administrateur, il faut s'assurer que les conditions de l'art. 712t al. 2 CC sont réunies. Cette disposition prévoit que, sauf en procédure sommaire, l'administrateur ne peut agir en justice comme demandeur ou défendeur sans autorisation préalable de l'assemblée des propriétaires, sous réserve des cas d'urgence pour lesquels l'autorisation peut être demandée ultérieurement. Ainsi, lorsque l'action ouverte par la communauté des copropriétaires par étages, représentée par son administrateur, est soumise à la procédure ordinaire ou simplifiée, une décision de la communauté doit être prise, soit avant ouverture d'action, soit, en cas d'urgence, en cours de procédure.

Le Tribunal fédéral a confirmé que cette décision, comme d'ailleurs toutes celles de la communauté des copropriétaires par étages, doit répondre à certaines exigences de forme, d'une part pour des raisons liées aux intérêts fondamentaux de la publicité et à la sécurité du droit, d'autre part pour éviter des difficultés liées au calcul du délai pour contester les décisions. Lorsqu'elle est prise oralement, à l'assemblée des copropriétaires par étages, cette décision doit faire l'objet d'un procès-verbal, qui doit être conservé (art. 712n al. 2 CC), sous peine de nullité (TF 5A\_913/2012, du 24 septembre 2012, SJ 2014 I 183).

En l'espèce, la question de l'ouverture d'une action a été discutée en particulier lors de l'assemblée des copropriétaires du 3 septembre 2012, dont le procès-verbal a été produit sous pièce 104. Celui-ci comporte une décision claire de mandater l'administrateur de la PPE et de lui accorder tous les pouvoirs pour plaider et défendre les intérêts de la communauté dans le cadre de la procédure engagée par les demandeurs. L'administrateur a également été autorisé à mandater un avocat. Les réquisits des art. 712t et 712n CC, tels que rappelés ci-dessus, sont dès lors réalisés. L'autorisation étant antérieure au dépôt de la réponse, l'administrateur a valablement représenté la communauté *in casu*.

Pour le surplus, les décisions prises les 14 avril 2010 et 3 septembre 2012 n'ont pas été attaquées, comme l'ont à juste titre souligné les premiers juges. On relèvera que si l'accord avait été de façade, comme le prétendent les appelants (appel, p. 13), l'assemblée aurait pu prendre une décision ordonnant à l'administrateur de mettre un terme au procès, ce qui n'a pas été le cas.

**4.** Sous le chiffre III de leur appel, intitulé « Faits », les appelants se bornent à faire un résumé des faits, sans toutefois remettre en cause l'état de fait retenu par les premiers juges. Leur mémoire ne contient à cet égard aucun moyen, de sorte qu'il y a lieu de s'en tenir aux faits retenus dans la décision attaquée, sous réserve des rectifications et compléments

apportés à la liste des copropriétaires d'étages de la PPE G.\_\_\_\_\_ »  
(consid. 3.2.1 *supra*).

## **5.**

**5.1** Sur le fond, les appelants dénoncent, dans un premier moyen, une fausse application des art. 730 et 737 CC.

**5.2** Selon l'art. 737 CC, celui à qui la servitude est due peut prendre toutes les mesures nécessaires pour la conserver et pour en user (al. 1). Il est tenu d'exercer son droit de la manière la moins dommageable (al. 2). Le propriétaire grevé ne peut en aucune façon empêcher ou rendre plus incommode l'exercice de la servitude (al. 3).

L'objet de la servitude est déterminé par la convention des parties et l'art. 737 al. 2 CC ne peut conduire à restreindre cet objet; il ne limite pas le droit comme tel, mais seulement les formes abusives de son exercice. Le propriétaire du fonds dominant a ainsi droit à la pleine satisfaction des besoins pour lesquels la servitude a été créée. L'art. 737 CC ne concerne pas l'interprétation des servitudes et ne saurait être invoqué pour étendre le contenu d'une servitude au-delà du cadre défini par l'art. 738 CC (Petitpierre, Basler Kommentar, 5<sup>e</sup> éd., 2015, n. 2 ad art. 737 CC).

L'art. 737 CC précise l'idée fondamentale selon laquelle le propriétaire du fonds grevé ne doit pas empêcher ce que le bénéficiaire de la servitude a le droit de faire. Tandis que le bénéficiaire est tenu d'exercer son droit de la manière la moins dommageable (principe « *servitus civiliter exercenda* ; ATF 113 II 151 consid. 4), le propriétaire grevé ne peut en aucune façon empêcher ou rendre plus incommode l'exercice de la servitude (art. 737 al. 3 CC ; ATF 137 III 145, consid. 5.1).

Ne commet pas un abus de droit le propriétaire du fonds dominant qui exige la démolition des constructions illicites qui empêchent l'exercice de la servitude et qu'il n'a pas admises, fût-ce tacitement (ATF

83 II 201, JdT 1958 I 108). Lorsque l'usage de la servitude est excessif, le propriétaire du fonds grevé peut exiger que l'ayant droit modifie la manière dont il exerce la servitude (Steinauer, Les droits réels, Tome II, 4<sup>e</sup> éd., 2012, n. 2281a et 2281b, pp. 442 et 443).

L'usage inapproprié de la servitude s'apprécie au regard du contenu de la servitude et par une pesée des intérêts en présence (Göksu, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3<sup>e</sup> éd., 2016, n. 6 ad art. 737 CC et les références citées ; Schmid-Tschirren, Kurzkomentar ZGB, Bâle 2012, n. 13 ad art. 737 CC). Le contenu d'une servitude dépend en premier lieu de l'inscription au Registre foncier (art. 738 al. 1 CC). A défaut de clarté, il peut être précisé par l'origine de la servitude, mais aussi par la manière dont elle a été exercée longtemps, paisiblement et de bonne foi (art. 738 al. 2 CC).

Le Tribunal fédéral a jugé qu'est de nature à rendre plus incommode l'exercice de la servitude l'installation par le propriétaire grevé, sur l'assiette de la servitude de passage à pied et pour tous véhicules, d'une barrière ouverte par un portail dont la présence contraint ceux qui veulent accéder au fonds dominant avec un véhicule automobile à s'arrêter pour ouvrir la barrière, à faire avancer leur véhicule, puis à l'arrêter à nouveau pour refermer le portail (ATF 113 II 151).

**5.3** En l'espèce, les appelants soutiennent que le jardin qui fait l'objet de la servitude d'usage est une zone privative et que le portail qui donne un accès privatisé au jardin peut être assimilé à la porte d'entrée d'un appartement, auquel seul le propriétaire a un droit d'accès, à l'exclusion des autres copropriétaires. Pour les appelants, les premiers juges auraient dû voir dans la clôture litigieuse une entrave à l'exercice de la servitude d'usage du jardin.

Les appelants ne parviennent toutefois pas à faire la démonstration d'une violation de l'art. 737 CC, se contentant d'affirmer de manière péremptoire que tel serait le cas.

On observera en premier lieu que le jardin, qui bénéficie d'un droit d'usage exclusif, ne saurait être assimilé à une partie privative, l'art. 7 du règlement PPE prévoyant expressément que la totalité du bien-fonds est une partie commune, conformément d'ailleurs à ce qui est prévu par le droit fédéral (art. 712b al. 2 ch. 1 CC). Le droit d'usage particulier est un droit accordé conventionnellement à un propriétaire d'étages sur une partie commune lui permettant d'exclure tout acte d'utilisation des autres propriétaires d'étages ou de tiers (Wermelinger, La propriété par étages, Commentaire des articles 712a à 712t du Code civil suisse, 2015, n. 151 ad art. 712a CC, p. 118). *In casu*, le droit d'usage particulier revêt la forme d'une servitude foncière « négative », en ce sens que le propriétaire du fonds servant est tenu de s'abstenir lui-même d'actes d'usage que, normalement, il serait en droit de faire. Les copropriétaires de la PPE «G. \_\_\_\_\_ » ne se sont pas engagés à autoriser les bénéficiaires de cette servitude réelle à enlever une clôture qui délimite le jardin, mais (uniquement) à ne pas faire usage de ce jardin.

C'est ensuite à juste titre que les premiers juges ont nié que l'enlèvement de la clôture était nécessaire pour que les demandeurs puissent user de leur servitude. La servitude d'usage exclusif est une servitude foncière dont le fonds servant est la parcelle n° [...] - à savoir la PPE « G. \_\_\_\_\_ » - et le fonds dominant le lot n° [...] de cette même PPE. Il ne s'agit pas d'une servitude personnelle. La servitude litigieuse est rattachée au lot n° [...] et non pas aux lots n°s [...], [...] et [...] de la PPE « T. \_\_\_\_\_ ». Aucun droit de passage n'existe en lien avec ces derniers lots, ce qui permet de distinguer le cas d'espèce de celui exposé à l'ATF 113 II 151, cité par les appelants (consid. 5.2 *in fine supra*). Sur ces points, l'inscription au Registre foncier est claire. On ne voit en conséquence pas ce qui pourrait fonder la prétention des demandeurs de pouvoir user de leur servitude depuis leurs propres biens-fonds (n°s [...], [...] et [...] du cadastre de la Commune de Pully). On ne voit pas davantage en quoi la présence de la clôture serait contraire à la servitude litigieuse. Les appelants n'apportent aucune explication convaincante à ce sujet. Ils ne disent pas et encore moins ne démontrent que l'intérêt de la servitude litigieuse était autre que celui de faire bénéficier les propriétaires du fonds

dominant de la jouissance du jardin. Or, outre le fait que l'existence de la clôture ne compromet en rien un tel usage, l'accès au fond dominant depuis les biens-fonds n<sup>os</sup> [...], [...] et [...] dépasse le cadre de la servitude.

De surcroît, aucun élément au dossier ne permet de soutenir que la PPE « G. \_\_\_\_\_ » en tant que propriétaire grevé aurait empêché ou rendu plus incommode l'exercice de la servitude, au sens de l'art. 737 al. 3 CC, puisque l'exercice de la servitude doit être examiné depuis le fonds dominant, soit le lot n<sup>o</sup> [...], et non pas depuis la propriété voisine des appelants, au bénéfice d'aucune servitude personnelle. Les appelants ne contestent en particulier pas que le lot n<sup>o</sup> [...] bénéficie d'un portail pour pénétrer dans le jardin et que l'on puisse y accéder par ce biais sans entrave.

Enfin, on ne saurait suivre les appelants lorsqu'ils soutiennent que « cette clôture n'était pas un aménagement visé par la servitude, qui devait avoir un caractère d'atteinte au jardin lui-même ». Cette assertion ne repose sur aucune démonstration à même d'invalider l'affirmation posée par les premiers juges, selon laquelle la clôture était un élément de l'aménagement du jardin et qu'en l'ayant enlevée, les appelants ont modifié cet aménagement ; elle s'éloigne du reste du texte clair de la servitude, qui ne fait nullement état « d'atteinte au jardin ». Les appelants ne contestent d'ailleurs pas que la suppression de la clôture a généré une répercussion sur l'aspect extérieur du bâtiment.

Il s'ensuit que le moyen est mal fondé et doit être rejeté.

## **6.**

**6.1** Dans un deuxième moyen, les appelants dénoncent une « fausse application de l'art. 737 al. 3 CC [et de l']art. 2 CC ». Après avoir rappelé que le contenu de l'art. 737 al. 3 CC concrétise celui de l'art. 2 al. 2 CC, ils reprochent aux premiers juges de n'avoir fait aucune analyse de l'argument lié à l'abus de droit, pourtant expressément invoqué en plaidoirie. Ils considèrent que l'usage de leur servitude serait empêché de

manière abusive, dès lors que l'absence de barrière n'aggraverait en rien ni ne modifierait l'usage exclusif du droit conféré par la servitude vis-à-vis d'autres copropriétaires.

**6.2** L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi (art. 2 al. 2 CC). La catégorie de l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit trouve son origine dans l'interdiction du « mur de chicane » (Neidmauer) et vise l'exercice d'un droit sans aucun intérêt réel pour son titulaire, révélant le plus souvent un dessein de nuire (Chappuis, Commentaire romand, Code civil I, n. 34 ad. art. 2 CC).

**6.3** En l'espèce, la question qui se pose est de savoir s'il est fondé, donc non abusif, de contraindre les demandeurs à faire le tour du quartier pour se rendre dans le jardin objet de la servitude plutôt que d'y accéder directement par l'endroit litigieux, sachant qu'il semble établi que les autres copropriétaires n'ont – selon les demandeurs – aucun intérêt à ce que cette barrière existe.

A cet égard, il résulte du rapport d'expertise judiciaire que le lien physique (accessibilité), à défaut de rattachement juridique, à la parcelle n° [...] (respectivement des lots qui la grèvent) a tout son sens et *de facto* donne toute sa valeur à cette servitude. En effet, outre le dégagement visuel que procure cette servitude, l'accès à la surface est primordial afin de pouvoir en jouir pleinement. En cas de repose de la clôture en limite de propriété entre les parcelles n<sup>os</sup> [...] et [...], l'accès ne pourrait se faire qu'en contournant le quartier, comme l'expert a pu le constater.

Selon l'expert, compte tenu de l'orientation des lots, seul le dernier corps de bâtiment situé à l'extrémité ouest donne sur la zone de jardin incriminée, sachant qu'une aire de jeu/repos est intercalée entre le bâtiment et cette dernière. Dès lors et du fait de l'éloignement entre la façade et la limite de propriété entre les parcelles n<sup>os</sup> [...] et [...], l'absence ou la présence de clôture n'affecte en rien la valeur des lots de la PPE « G. \_\_\_\_\_ ».

Dans son rapport complémentaire, l'expert a indiqué que, pour ce qui était des nuisances, il maintenait sa position, à savoir que l'absence de la barrière entre la parcelle n° [...] et la servitude n'affectait pas la valeur des lots de la PPE « G. \_\_\_\_\_ », le début de la zone de jardin objet de la servitude se trouvant à 25 mètres du droit de la façade de la PPE.

Il ressort donc de cette expertise que si les défendeurs n'ont aucun intérêt de fait à la présence de la clôture litigieuse, les demandeurs ont, quant à eux, un intérêt de fait à l'absence de cette clôture. Le droit dont l'abus manifeste pourrait ne pas être protégé (art. 2 al. 2 CC) est celui des défendeurs d'exiger que la parcelle de base demeure clôturée à l'endroit litigieux, alors même que les demandeurs sont copropriétaires d'une servitude réelle leur permettant d'utiliser le jardin à titre exclusif, que ce sont eux qui sont copropriétaires du fonds qui jouxte la clôture litigieuse et que les défendeurs n'ont, comme l'expert l'a relevé, aucun intérêt de fait à la présence de cette clôture. Il s'agit donc de savoir si, au vu de ces circonstances, les défendeurs abusent ou non de leur droit à la présence de cette clôture.

Il convient de répondre à cette question par la négative. En effet, il y a lieu de rappeler que l'usage de la servitude n'implique pas de pouvoir en bénéficier depuis les biens-fonds sis « T. \_\_\_\_\_ », ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par les appelants, l'usage de jardin n'étant pas une servitude personnelle, mais une servitude réelle, opposables *erga omnes*. On ne voit dès lors pas en quoi la repose de la clôture serait à même d'empêcher l'usage de la servitude. La situation n'est pas celle d'un litige contractuel, où l'on devrait davantage tenir compte de ce que les parties ont compris et voulu, au regard notamment de l'art. 18 al. 1 CO (interprétation fondée sur la confiance). Ainsi, l'invocation de l'abus de droit ne permet pas aux demandeurs d'obtenir des droits supplémentaires à ceux dont ils sont actuellement titulaires en vertu des règles de la PPE et du droit des servitudes, en marge du Registre foncier, des règles et décisions de fonctionnement de la PPE en question et en l'absence de tout contrat. On observera d'ailleurs qu'en acquérant le lot n° [...], les

appelants étaient au courant que la clôture litigieuse devait être replacée et qu'ils ne pourraient pas accéder au jardin depuis leur appartement ; ils ne sauraient en conséquence se prévaloir de leur bonne foi. De surcroît, on relèvera, avec les premiers juges, que l'utilisation qu'aimeraient faire les appelants de la servitude aggraverait la charge résultant de cette servitude. A cet égard, les premiers juges ont indiqué - sans que les appelants y reviennent - que s'il était admis que les demandeurs puissent ôter la clôture querellée et en quelque sorte « annexer » le jardin faisant l'objet de la servitude à leur propriété sise sur la parcelle n° [...] de la commune de Pully, cela reviendrait à créer un précédent, c'est-à-dire qu'un éventuel nouveau copropriétaire des lots n°s [...], [...] et [...] de la PPE « T. \_\_\_\_\_ » pourrait alors légitimement requérir de la PPE « G. \_\_\_\_\_ » de pouvoir bénéficier de la même étendue d'utilisation de la servitude d'usage du jardin que les demandeurs, quand bien même cela ne correspond absolument pas à l'intérêt que cette servitude avait pour le fonds dominant au moment de sa constitution. Enfin et surtout, il ne faut pas perdre de vue que ce n'est pas la PPE « G. \_\_\_\_\_ » qui a posé la clôture sans motifs suffisants, mais ce sont les demandeurs qui ont ôté sans droit une clôture existante. Ceux-ci ne sauraient dans ces circonstances invoquer un abus de droit dans le fait pour la communauté des copropriétaires de vouloir redresser une situation contraire au droit qu'ils ont eux-mêmes provoquée.

Le moyen tiré de l'abus de droit est donc mal fondé et doit être rejeté.

**7.** Dans un troisième moyen, les appelants invoquent une violation de l'art. 712t al. 2 CC, dont la teneur a été rappelée ci-avant (consid. 3.3.2). Ils se prévalent d'une unanimité « de façade » et soutiennent que « dans la mesure où la PPE agit par son administrateur, ce dernier ne doit pas se voir reconnaître la qualité de représentant valablement constitué ».

Cette argumentation a été examinée et rejetée au considérant 3.3.2 ci-dessus, soit dans le cadre de l'examen de la recevabilité des conclusions reconventionnelles prises par la communauté des copropriétaires, de sorte qu'il suffit d'y renvoyer. Aux motifs exposés ci-avant s'ajoute le fait que les décisions prises par l'assemblée des copropriétaires d'étages les 14 avril 2010 et 3 septembre 2012 n'ont pas été attaquées, la constatation des premiers juges – non remise en cause par les appelants –, selon laquelle le délai péremptoire d'un mois pour contester ces décisions était échu, étant à cet égard pertinente et convaincante.

**8.** Dans un dernier moyen, les appelants reviennent sur les notions de partie commune et de partie privée, qui ont fondé la première motivation des magistrats de première instance.

Il est faux de prétendre que le règlement PPE « désigne comme parties communes celles d'usage commun puis dresse une liste exemplative », de sorte que « les barrières à usage commun sont des parties communes et celles à usage privatif sont des parties privées ». En effet, aucune mention n'est faite de clôtures dans la liste figurant à l'art. 6 du règlement PPE, intitulé « Parties privées », et rien ne permet de soutenir que « les barrières à usage privatif sont des parties privées ». Il ressort bien plutôt de l'art. 7 du règlement PPE, qui ne laisse place à aucune interprétation contraire, que les clôtures constituent une partie commune de la PPE « G. \_\_\_\_\_ ». On rappellera encore que le jardin objet de la servitude n'est pas une partie privée, quoi qu'en disent les appelants, mais une partie commune au bénéfice d'une servitude d'usage, l'art. 7 du règlement PPE précisant bien que la totalité du bien-fonds est une partie commune. L'art. 12 i) du règlement PPE consacré au jardin et à son entretien se trouve d'ailleurs sous la lettre B « partie commune ». L'art. 712b al. 2 ch. 1 CC prévoit aussi expressément que le copropriétaire ne peut pas acquérir le droit exclusif sur le bien-fonds, ce qui signifie *a contrario* que le bien-fonds est toujours une partie commune. Ainsi,

l'argumentation des appelants qui se fondent sur la qualification de « partie privée » du bien-fonds litigieux ne peut être suivie.

**9.** En conclusion, l'appel doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et le jugement attaqué confirmé.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'750 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), seront mis à la charge des appelants, qui succombent (art. 106 al. 1 CPC), solidairement entre eux (art. 106 al. 3 CPC).

Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens de deuxième instance, l'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer sur l'appel.

Par ces motifs,  
la Cour d'appel civile  
prononce :

**I.** L'appel est rejeté.

**II.** Le jugement est confirmé.

**III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'750 fr. (mille sept cent cinquante francs), sont mis à la charge des appelants C.H.\_\_\_\_\_ et B.H.\_\_\_\_\_, solidairement entre eux.

**IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :



Le greffier :