PP.036506-130483
314

C O U R D ' A P P E L C I V I L E

Arrêt du 18 juin 2013

Présidence de M. C O L O M B I N I, président
Juges : Mme Kühnlein et M. Piotet, juge suppléant
Greffier : M. Bregnard

* * * * *

Art. 58 al. 1, 81 al. 3, 151 et 317 CPC; 3 et 4 CPC-VD; 730 al. 1, 736 al. 1 et 2 et 737 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **U._____**, **A.C._____**, **B.C._____**, **G._____**, **B.M._____** et **C.M._____** contre le jugement rendu le 10 septembre 2012 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant les appelants d'avec **Z._____**, à Lausanne, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

E n f a i t :

A. Par jugement du 10 septembre 2012, dont les considérants ont été envoyés le 31 janvier 2013, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a prononcé que la construction érigée sur la parcelle nº [...] de la Commune de Lausanne, propriété de la PPE F._____, soit les défendeurs C.M._____, B.M._____ et G._____, viole la servitude de restriction au droit de bâtir [...] ([...]), constituée à charge et en faveur de la parcelle nº XXXX (I), qu'ordre est donné à la PPE F._____ et aux défendeurs C.M._____, B.M._____ et G._____ de procéder, dans un délai de deux mois, à tous travaux utiles et nécessaires afin que la bâtiment sis sur la parcelle nº [...] de la Commune de Lausanne respecte la servitude de restriction au droit de bâtir [...] ([...]), dont la teneur est la suivante : "Sur les fonds asservis, la hauteur des constructions est limitée à 14m.50, cheminées et motifs architecturaux non compris. Les toits plats sont interdits. Les toitures sont recouvertes en tuiles vieillies"(II), que les frais de justice sont arrêtés à 1'350 fr. pour le demandeur Z._____ et à 4'547 fr. 70 pour les défendeurs G._____, B.M._____ et C.M._____, solidairement entre eux (IV), que les défendeurs verseront, solidairement entre eux, au demandeur la somme de 6'600 fr. à titre de dépens (V) et que toute autre ou plus ample conclusion est rejetée ou déclarée sans objet (VI).

En droit, le premier juge a considéré que les défendeurs avaient violé la servitude de restriction au droit de bâtir [...] ([...]), en construisant un bâtiment comportant un toit plat. Le fait que le demandeur n'ait pas fait valoir sa servitude durant toute la procédure administrative qui avait précédé la construction du bâtiment litigieux n'était pas constitutif d'un abus de droit, dès lors que, d'une part, selon la jurisprudence, le demandeur n'était pas obligé de faire valoir ses droits dans le cadre de la procédure du permis de construire, et que d'autre part, il avait expressément invoqué la servitude dans plusieurs courriers adressés aux défendeurs. Au demeurant, le Registre foncier bénéficiant de la foi publique, les demandeurs ne pouvaient prétendre ignorer l'existence

de la servitude litigieuse. Par ailleurs, le premier juge a considéré que le demandeur était en droit de négocier la renonciation à faire valoir ses droits contre la conclusion d'un contrat en faveur de son entreprise, dans la mesure où il tentait d'obtenir une indemnisation à forme de l'art. 736 al. 2 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210).

S'agissant de la conclusion reconventionnelle des défendeurs tendant à la radiation pure et simple de la servitude litigieuse, le premier juge a retenu que même si le demandeur ne résidait plus dans l'immeuble au bénéfice de la servitude litigieuse, il n'était pas exclu qu'il revienne y habiter dans un proche avenir, ni que la radiation de la servitude aurait une conséquence sur la valeur de son bien immobilier.

B. Par acte du 4 mars 2013, C.M._____, B.M._____, G._____, ainsi que, "à toutes fins utiles", U._____, A.C._____ et B.C._____ ont formé appel contre le jugement précité en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que les conclusions de la demande de Z._____ sont rejetées et qu'ordre soit donné au Conservateur du Registre foncier de radier la servitude réciproque inscrite à charge et au profit des parcelles n^{os} [...] et [...] du cadastre de Lausanne; subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause "à un autre Président de Tribunal" pour correction de l'état de fait et nouveau jugement dans le sens des considérants.

Par réponse du 6 mai 2013, l'intimé a conclu au rejet de l'appel et à son irrecevabilité en ce qui concerne U._____, A.C._____ et B.C._____.

Le 28 mai 2013, la Cour de céans a transmis aux parties des copies d'extraits du Registre foncier concernant la parcelle n° YYYY de la Commune de Lausanne en leur impartissant un délai au 7 juin 2013 pour se déterminer.

Les parties se sont déterminées par écritures respectives du 7 juin 2013.

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

1. **a)** Le demandeur Z._____ est propriétaire de la parcelle nºXXXX de la Commune de Lausanne, sise [...]. Il ne réside plus à cet endroit depuis 5 ans et loue les différents locaux de l'immeuble dont il est propriétaire à des cabinets médicaux.

b) La parcelle n° YYYY, contiguë à la parcelle n° XXXX, est constituée en propriété par étages depuis 2008, à savoir la PPE F._____.

A l'origine les unités de PPE étaient partagées entre les défendeurs C.M._____ B.M._____ — copropriétaires chacun pour une demie des unités de PPE nºs YYYY-1, YYYY-4, YYYY-5, YYYY-8 et YYYY-9 — et G._____ — propriétaire des unités de PPE nºs YYYY-2, YYYY-3, YYYY-6 et YYYY-7.

Le 2 septembre 2011, B.C._____ et A.C._____ sont devenus propriétaires, chacun pour une demie, de l'unité de PPE n° YYYY-9.

Le 26 mars 2012, U._____ a acquis l'unité de PPE nº YYYY-6.

c) Une servitude foncière de restriction au droit de bâtir réciproque nº[...] ([...]), a été inscrite le 1er mai 1914 à charge et en faveur des parcelles nºs [...], [...] YYYY, XXXX, [...], [...], [...] et [...]. L'intitulé de la servitude est la suivante : "Sur les fonds asservis, la hauteur des constructions est limitée à 14.5 mètres, cheminées et motifs architecturaux non compris. Les toits plats sont interdits. Les toitures seront recouvertes en tuiles vieillies".

2. **a)** À la fin de l'année 2006, les défendeurs ont mis à l'enquête un premier projet de construction d'un bâtiment sur la parcelle nº YYYY. Plusieurs voisins, dont le demandeur, ont formé opposition contre ce

projet. Par décision du 25 janvier 2007, la Municipalité de Lausanne a levé les oppositions des voisins qui ont recouru devant le Tribunal administratif, actuellement la Cour de droit administratif et public. Cette procédure a été suspendue pour permettre une solution transactionnelle.

b) Dans l'intervalle, les défendeurs ont élaboré un second projet de construction, prévoyant neuf appartements en PPE et comprenant un toit plat. La mise à l'enquête publique a eu lieu du 16 octobre au 15 novembre 2007.

Le 6 novembre 2007, le conseil des recourants a adressé une lettre à la Cour de droit administratif et public et au conseil des défendeurs, en indiquant que plusieurs griefs élevés contre le premier projet avaient été pris en compte par les défendeurs de sorte que les recourants ne formeraient pas opposition au deuxième projet. Il a en outre précisé ce qui suit : "La question des servitudes de droit privé doit encore être réservée et faire l'objet d'un examen et d'un contrôle, mais cela ne concerne pas l'objet de la cause administrative".

Le 14 décembre 2007, la Municipalité de Lausanne a délivré un permis de construire aux défendeurs, avec la mention "sous réserve des droits des tiers".

La cause pendante devant la Cour de droit administratif et public a été déclarée sans objet et rayée du rôle le 23 janvier 2008, les constructeurs ayant renoncé au permis de construire délivré le 25 janvier 2007.

c) Par courrier du 25 janvier 2008, le demandeur a rappelé aux défendeurs l'existence de la servitude [...] ([...]) et a relevé que leur projet de construction y contrevenait. Il s'est néanmoins montré ouvert à une solution transactionnelle.

4. Le demandeur, qui est administrateur d'E._____SA, active dans les travaux de second œuvre, a demandé à ce que les travaux de

peinture et plâtrerie du projet des défendeurs soient confiés à son entreprise. Il a adressé une offre à 300'000 fr. au responsable des travaux, soit un montant de 50'000 fr. supérieur à la meilleure offre reçue. Les défendeurs étaient prêts à accepter l'offre d'E._____SA, à condition que la servitude soit radiée. Les négociations ont toutefois échoué.

5. Les défendeurs ont mis à l'enquête du 19 septembre au 20 octobre 2008 un projet de transformation de la toiture plate initialement prévue en toiture à pans. Un permis de construire complémentaire a été délivré le 12 novembre 2008. Malgré la délivrance de ce permis de construire, les défendeurs ont renoncé à construire un toit en pans.

6. Par courrier du 12 juin 2009 adressé aux défendeurs, le conseil du demandeur a rappelé l'existence de la servitude nº [...] et relevé que l'immeuble en cours de construction ne respectait pas cette servitude. Il les a alors informés qu'à défaut de se conformer à cette servitude ou de trouver un accord, une action judiciaire serait introduite.

Le 24 juin 2009, les défendeurs ont répondu que le permis avait été délivré et que les travaux devaient être terminés deux ans après la date de délivrance de celui-ci, de sorte que le toit de l'immeuble serait terminé dans ce délai.

En date du 5 juillet 2010, le conseil du demandeur a indiqué aux défendeurs que les travaux semblaient désormais terminés et qu'il constatait que la servitude n'avait pas été respectée.

Le 16 juillet 2010, les défendeurs ont répondu que l'ensemble des travaux – et non pas seulement le toit – serait effectué dans un délai de deux ans après la délivrance du permis de construire du toit.

Par lettre du 2 août 2010, le conseil du demandeur a mis en demeure les défendeurs de respecter la servitude, faute de quoi une action judiciaire serait ouverte.

7. **a)** Par demande déposée le 3 novembre 2010, Z._____ a pris, sous suite de frais et dépens, les conclusions suivantes :

> "I. La construction érigée sur la parcelle n° YYYY de la Commune de Lausanne, propriété de la PPE F._____, soit les défendeurs C.M._____, B.M._____ et G._____ viole la servitude de restriction au droit de bâtir [...] ([...]), constituée à charge et en faveur de la parcelle n° XXXX.
>
> II. Ordre est donné à la PPE F._____ et aux défendeurs C.M._____, B.M._____ et G._____ de procéder immédiatement, subsidiairement selon délai fixé à dire de justice, à tous travaux utiles et nécessaires afin que le bâtiment sis sur la parcelle n° YYYY de la Commune de Lausanne respecte la servitude de restriction au droit de bâtir [...] ([...]), à savoir que le toit doit être à pans et être recouvert de tuiles vieillies."

Par réponse du 3 février 2011, les défendeurs ont conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la demande du 3 novembre 2010 et, reconventionnellement à ce qu'ordre soit donné à M. le Conservateur du Registre foncier de Lausanne de radier la servitude réciproque litigieuse à charge et au profit des parcelles n° YYYY et n° XXXX du cadastre de Lausanne.

Dans ses déterminations du 4 avril 2011, le demandeur a maintenu ses prétentions et conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions reconventionnelles des défendeurs.

b) Par ordonnance de preuves du 7 juillet 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a ordonné la mise en œuvre d'une expertise, qui a été confiée à R._____. Celui-ci a déposé son rapport d'expertise le 7 décembre 2011. Il en ressort en substance que la modification de la toiture plate en toiture en pans semble

compliquée. Selon l'expert, "la forme du bâtiment, vue en plan, indique qu'une partie de cette toiture serait cintrée et difficile d'être recouverte de tuiles. En cas d'exécution, il serait difficile d'accéder à l'intérieur de cette nouvelle toiture pour tout ce qui concerne les entretiens". L'étanchéité poserait également des problèmes.

L'expert a estimé à 50'600 fr. les travaux de ferblanterie et de couverture nécessaires à la modification de la toiture.

c) Lors de l'audience du 29 août 2012, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a procédé à une inspection locale, au cours de laquelle il a pu constater que la majorité des bâtiments jouxtant les parcelles nº YYYY et XXXX comportent des toits à pans, à l'exception d'une garderie, dont le toit est plat. Le bâtiment litigieux des défendeurs fait partie des constructions les plus élevées du quartier et, de ce fait, est visible de loin. Après avoir entendu les parties, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a clos l'instruction.

En droit :

1. Le dispositif du jugement attaqué a été communiqué le 10 septembre 2012, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC, entré en vigueur le 1er janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC; ATF 137 III 127, JT 2011 II 226; ATF 137 III 130, JT 2011 II 228). En revanche, dès lors que la demande a été déposée en 2010, c'est l'ancien droit de procédure qui régit la procédure de première instance (art. 404 al. 1 CPC), notamment le CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966, aujourd'hui abrogé).

2. **a)** L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), soit celles qui mettent fin au procès au sens de l'art. 236 CPC, dans les causes non patrimoniales ou

dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). En se référant au dernier état des conclusions, l'art. 308 al. 2 CPC vise les conclusions litigieuses devant l'instance précédente, non l'enjeu de l'appel (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 126).

En l'espèce, l'expert a estimé le coût des transformations requises par le demandeur à 50'600 fr., de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

b) L'appel a été formé au nom des défendeurs en première instance, à savoir C.M._____, B.M._____ et G._____, ainsi que "à toutes fins utiles" par trois acquéreurs de la PPE F._____, soit U._____, A.C._____ et B.C._____.

c) L'intimé soutient que l'appel de ces trois derniers nommés est irrecevable. Il fait valoir que, si l'on pouvait interpréter cette formulation de l'appel par les intéressés comme une reprise de procès au sens de l'art. 83 al. 1 CPC, elle ne serait pas fondée sur des faits allégués et prouvés.

Même de manière concise, les appelants ont allégué le transfert de lots de la PPE dans leur mémoire d'appel. De toute manière, s'agissant d'indications figurant au Registre foncier, il y a lieu de considérer qu'il s'agit de faits notoires qui ne sont pas assujettis à l'administration des preuves (art. 151 CPC et 4 CPC-VD), ce d'autant moins que ces indications sont librement accessibles sur Internet (ATF 135 III 88). Les indications sur les propriétaires et parts de copropriété figurant au Registre foncier sont non seulement entièrement publiques et accessibles sans légitimation spécifique, mais encore elles sont même présumées connues des parties et du juge, y compris les écritures pendantes au journal et non encore passées au grand livre (ATF 138 III 512 ; TF 5A_227/2007 du 11 janvier 2008, in RNRF 2011 n. 11, p. 107). Elles ne nécessitent ainsi pas d'être alléguées et prouvées.

En l'espèce, il ressort du Registre foncier quB.C._____ et A.C._____ sont devenus propriétaires du lot n° YYYY-9 le 2 septembre 2011 et que U._____ est devenu propriétaire du lot nº YYYY-3 le 26 mars 2012. Ainsi, ces faits auraient dû être présumés connus, même si des extraits n'avaient pas été versés au dossier.

d) Cela étant, il y a lieu de déterminer si l'appel a été valablement déposé et si B.C._____, A.C._____ et U._____ peuvent agir en qualité d'appelants.

aa) L'action déposée par l'intimé et admise par le premier juge est une action réelle indivisible, soit une action qui doit être dirigée contre tous les copropriétaires consorts nécessaires, cette légitimation passive devant être vérifiée au moment du jugement au fond (RtiD 2008 I 657; RtiD 2011 II 694; Wermelinger, Zürcher Kommentar, Zürich 2010, n. 149 ad art. 712l CC et réf. cit., cf. également Schaad, La consorité en procédure civile, Neuchâtel 1993, p. 363 réf. n. 82). La communauté des copropriétaires, faute de rattachement réglementaire à la servitude, n'a pas cette qualité (Wermelinger, op. cit., n. 149 ad art. 712l CC), mais celle-ci est hors de cause en appel de toute manière. La consorité nécessaire de tous les propriétaires d'étage s'impose ainsi, de par le droit matériel, comme en copropriété ordinaire, face à des prétentions indivisibles (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Berne 1981, n. 99 ad art. 646 CC et réf. cit.).

La consorité nécessaire n'empêche pas les parties d'aliéner en cours d'instance une partie de leur quote-part à l'objet de litige. En soutenant, l'irrecevabilité à l'égard des nouveaux copropriétaires, l'intimé perd de vue qu'il oblige par-là à rejeter son action au fond et à faire droit à l'appel des parties originaires, qui peuvent se borner à faire constater que la consorité n'était plus réunie au jour du jugement. Toutefois, en droit de procédure comme en droit matériel, il y a lieu de partir de l'idée qu'un acte juridique doit être interprété dans le sens qui lui donne un effet juridique plutôt que dans le sens qui l'en prive (sur le recours aux méthodes d'interprétation du droit privé matériel en général cf.

Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Prozessrecht, Berner Kommentar, Berne 2010, n. 8.3, p. 185; Staehelin, ZPO Kommentar, Zürich 2013, n. 3 ad 130 CPC; Staehelin, Zivilprozessrecht, Zürich 2013, n. 17/5, p. 274-275) de sorte que l'on considérera uniquement que l'intimé conteste l'appel d'A.C._____, B.C._____ et U._____ dans la mesure où leur qualité de propriétaire n'a pas été alléguée auparavant.

bb) La partie ne peut assortir son acte de procédure d'une condition (Leuenberger/Uffer-Tobler, op. cit. 8.2, p. 185). Si tel est le sens des mots "à toutes fins utiles" du mémoire d'appel, soit que les trois derniers appelants n'interjettent appel que si cela peut leur être utile, cette condition doit être réputée non écrite, l'acte de procédure étant présumé efficace au surplus (cf. Ehrat, Basler Kommentar, OR I, Bâle 2011, n. 15 ad art. 151 – 157 CO; Gauch/ Schluep/ Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2008, n. 3977 p. 344). En l'occurrence, l'on doit principalement considérer que tel n'est pas le sens des termes de l'appel, et que les appelants se sont uniquement assurés de respecter les exigences de la consorité nécessaire au cas où celle-ci s'appliquerait à l'espèce en cause.

e) Formellement, la substitution de parties selon l'art. 83 al. 1 CPC remplit la condition de l'acte écrit, ou de l'acte formulé autrement devant le juge. En l'espèce, les appelants B.C._____, A.C._____ et U._____ ont acquis leur part de copropriété en septembre 2011, respectivement en mars 2012, soit avant l'audience de jugement du 29 août 2012. Même si ces faits n'ont pas été allégués par les parties, l'on doit partir du principe qu'il s'agit de faits notoires (cf. c 2c supra). La substitution peut intervenir et être invoquée en appel si elle intervient en cours d'instance, dès lors que la procédure d'appel permet de faire valoir des faits et moyens de preuve nouveaux (Gross/ Zuber, Berner Kommentar, Berne 2012, n. 12 ad 83 CPC; Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 12 ad 83 CPC).

En l'espèce, tous les appelants sont titulaires ou cotitulaires d'une ou de plusieurs parts de la PPE F._____, de sorte qu'ils ont bien

qualité pour former appel, les appelants B.C._____, A.C._____ et U._____ étant au bénéfice d'une substitution pour les quotes-parts cédées par C.M._____, B.M._____ et G._____.

f) Formé en outre en temps utile (art. 311 al. 1 CPC), par des parties qui y ont intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), contre une décision finale de première instance, l'appel est recevable.

3. **a)** L'appel peut être formé pour violation du droit ou 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 (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement la constatation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., JT 2010 III 135).

b) Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 115, pp. 136-137). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (Tappy, ibid., pp. 136-137).

L'instance d'appel peut administrer les preuves (art. 316 al. 3 CPC), notamment lorsqu'elle estime opportun de renouveler l'administration d'une preuve ou d'administrer une preuve alors que l'instance inférieure s'y était refusée, de procéder à l'administration d'une preuve nouvelle ou d'instruire à raison de conclusions ou de faits nouveaux (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 5 ad art. 316 CPC).

c) En l'espèce, les appelants ont produit les pièces 1004 à 1006, à savoir des plans, ainsi qu'un rapport du 14 janvier 2008 du chef d'office de la Police des constructions de la Commune de Lausanne. La question de la recevabilité de ces pièces, a priori toutes antérieures à la clôture de l'instruction, peut demeurer ouverte dans la mesure où elles n'ont aucune influence sur le jugement à intervenir : elles tendent en effet à démontrer que la hauteur de la servitude a été respectée par rapport à la mesure du terrain naturel selon le droit de la police des constructions. Cette mesure n'est cependant en rien décisive par rapport au droit de servitude litigieux, qui fixe une hauteur par rapport à un niveau de terrain tel qu'existant en 1914, date de l'inscription de la servitude litigieuse. Ni le premier juge pour la juger violée, ni les appelants, pour la juger respectée, ne peuvent tirer un parti quelconque de ces documents. Au surplus, à supposer que la construction litigieuse ne viole pas l'interdiction de la limitation à 14 m 50, elle ne respecte de toute manière pas l'interdiction des toits plats et l'obligation de couvrir les toitures par des tuiles vieillies. La servitude de restriction du droit de bâtir est ainsi en tout état de cause violée. Même à supposer recevables, les pièces sont donc sans pertinence pour le jugement de la cause. Par ailleurs, il en va de même de l'expertise sur la question de la hauteur actuelle de la construction, requise à titre subsidiaire.

Quant à l'audition des parties, elle ne paraît pas utile, les appelants n'indiquant en outre pas sur quels points celle-ci devrait porter.

4. Sur le fond, les appelants reprochent tout d'abord au premier juge d'avoir statué *ultra petita* en ordonnant la démolition de tout l'attique pour y installer un toit à pans.

Selon l'art. 3 CPC-VD, le juge est lié par les conclusions des parties. Il peut les réduire mais non les augmenter ou les changer. La procédure fédérale reprend ce principe en d'autres termes, l'art. 58 al. 1 CPC prévoyant que le Tribunal ne peut accorder à une partie ni plus ni autre chose que ce qui est demandé. En l'espèce, le demandeur a conclu à

ce que les défendeurs soient condamnés à procéder "à tous travaux utiles et nécessaires afin que le bâtiment sis sur la parcelle n° YYYY de la Commune de Lausanne respecte la servitude de restriction au droit de bâtir [...] ([...]), à savoir que le toit doit être à pans et être recouvert de tuiles vieillies". Selon le dispositif de l'arrêt entrepris, le premier juge a ordonné aux appelants de procéder "à tous travaux utiles et nécessaires afin que le bâtiment sis sur la parcelle nº YYYY de la Commune de Lausanne respecte la servitude de restriction au droit de bâtir" en reprenant *in extenso* l'intitulé de celle-ci. Le dispositif fait donc droit aux conclusions de demandeur, sans aller au-delà. Certes, il ressort des considérants du jugement entrepris que le premier juge a retenu que "la seule solution envisageable consiste à supprimer le dernier étage pour construire un toit à pans". Toutefois, seul le dispositif fait foi et celui-ci ordonne simplement aux appelants de respecter la servitude litigieuse. On ne voit dès lors pas en quoi le jugement rendu par le premier juge violerait la maxime de disposition.

5. **a)** Les appelants font ensuite valoir que l'intimé aurait commis un abus de droit en se prévalant de la servitude litigieuse dès lors qu'il n'a jamais critiqué l'absence de toit à pans dans la cadre des procédures administratives et qu'il a même transigé sur son opposition.

b) Conformément à l'article 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). Ne commet ainsi 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 137 III 145, JT 2011 II 415; ATF 83 II 201, JT 1958 I 108), ni celui qui demande la suppression d'une entreprise industrielle contraire à une servitude, alors même qu'il ne s'est pas opposé par la voie administrative à la délivrance du permis de construire (ATF 88 II 145, JT 1962 I 242).

c) Comme l'a relevé le premier juge, le fait d'habiter dans l'immeuble au bénéfice de la servitude ou non n'est pas décisif pour une servitude rattachée à un fonds dominant (art. 730 al. 1 CC): la situation et les besoins du bénéficiaire peuvent déterminer l'étendue d'une servitude personnelle (art. 781 al. 2 CC), mais non celle d'une servitude prédiale, soit rattachée à un fonds dominant ; cela explique qu'une restriction de bâtir prédiale garde son intérêt même si le propriétaire du fonds dominant ne l'habite plus personnellement.

Le courrier du 6 novembre 2007 du conseil des opposants au projet initial de construction, par lequel ceux-ci ont déclaré ne pas s'opposer au second projet, précisait bien ce qui suit: "la question des servitudes du droit privé doit encore être réservée et faire l'objet d'un examen et d'un contrôle, mais cela ne concerne pas l'objet de la cause administrative". Cette déclaration était de nature à clairement mettre en évidence que toute difficulté juridique liée au projet n'était pas résolue, mais que les difficultés de droit public devaient l'être seules. Il importe dès lors peu de lier cette question au pouvoir d'examen de la juridiction administrative de motifs de droit privé : ceux-ci ont été réservés par la partie intimée dans son courrier de 2007, sans ambiguïté quelconque.

En outre, contrairement à ce que soutiennent les appelants, l'intimé n'a pas attendu la fin des travaux pour faire valoir son droit à l'exercice de la servitude, mais il l'a invoqué avant même leur début par courrier du 25 janvier 2008, puis l'a rappelé en cours de travaux le 12 juin 2009. Malgré ces avertissements, les appelants ont sciemment continué les travaux et érigé un immeuble violant la servitude litigieuse. C'est ainsi à tort que les appelants font valoir que l'intimé a commis un abus de droit en attendant la fin des travaux pour invoquer la servitude.

6. **a)** Les appelants concluent à la radiation de la servitude litigieuse au sens de l'art. 736 al. 1 et 2 CC.

b) Valablement constituée, la servitude s'éteint, selon l'art. 736 al. 1 CC, par le seul effet de la loi et même avant la survenance de

toute écriture, par la perte de tout intérêt de son bénéficiaire à l'exercer, actuellement, ou à court et encore moyen terme (ATF 130 III 393, JT 2004 I 175; ATF 89 II 370, JT 1964 I 529; TF 5A_412/2009 du 27 octobre 2009, in RNRF 2011, n. 25 p. 196). L'intérêt à considérer est celui du propriétaire du fonds. Celui-ci doit n'avoir plus d'intérêt raisonnable au maintien de la servitude; cet intérêt s'apprécie selon des critères objectifs (ATF 130 III 554 c. 2, JT 2004 I 245; Steinauer, Les droits réels, Tome II, 4ème éd., Berne 2012, n° 2267 p. 384). L'intérêt déterminant de l'art. 736 al. 1 CC est celui qui a justifié la constitution de la servitude (ATF 121 III 52, JT 1998 I 159; ATF 107 II 331, JT 1982 I 118; ATF 91 II 190, JT 1966 I 255). En principe, l'intérêt du fonds dominant doit avoir entièrement disparu de manière manifeste et durable dans un avenir prévisible (ATF 130 III 393, JT 2004 I 175; ATF 89 II 370, JT 1964 I 529; TF du 27 octobre 2009, précité). Dans ce domaine, la preuve de la perte de toute utilité est une preuve négative à la charge du requérant (CACI 12 juin 2012/272 c.5b; CREC I 16 mars 2011/125 c. 5). S'il y parvient, le propriétaire du fonds servant peut obtenir la suppression de la servitude sans avoir à payer d'indemnité (Steinauer, op. cit., n. 2271 p. 386).

En l'espèce, les appelants n'ont pas apporté la preuve que l'intimé n'avait plus aucun intérêt à l'exercice de la servitude, comme il leur incombait, et ils ne le prétendent d'ailleurs pas dans leur mémoire d'appel. De toute manière, comme l'a à juste titre retenu le premier juge, même si l'intimé ne réside plus dans l'immeuble sis sur la parcelle n° XXXX de la Commune de Lausanne, il n'en demeure pas moins qu'on ne peut exclure qu'il revienne y habiter dans un avenir proche, ni que la radiation de la servitude n'aurait aucune conséquence sur la valeur de son bien immobilier. Or, la servitude litigieuse conserve toute son utilité dès lors qu'elle est de nature à rendre les constructions moins imposantes pour les habitations voisines et qu'elle permet également de préserver les besoins d'air, de soleil et d'espace dans le voisinage.

c) Reste l'hypothèse d'une application de l'art 736 al. 2 CC. Selon cette disposition, le propriétaire grevé peut obtenir la libération totale ou partielle d'une servitude qui ne conserve qu'une utilité réduite,

hors de proportion avec les charges imposées au fonds servant, à condition d'indemniser le propriétaire du fonds dominant. La disproportion de la charge de la servitude avec l'intérêt du bénéficiaire doit apparaître au fil du temps. Ainsi, l'art. 736 al. 2 CC ne peut servir à corriger une disproportion initiale entre la charge pour le fonds servant et l'intérêt pour le fonds dominant (CREC I 1er décembre 2010/633; Steinauer, op. cit., n. 2274 p. 386). Lorsque, comme en l'espèce, l'intérêt de la servitude ne diminue pas (cf. supra c. 6b), mais que c'est la charge qu'elle représente pour le propriétaire grevé qui augmente avec le temps, il y a matière à suppression contre indemnité à la double condition restrictive que le propriétaire grevé ne soit pas à l'origine de cet accroissement et qu'il n'y ait plus aucune utilisation raisonnable de l'immeuble grevé possible (ATF 107 II 331, JT 1982 I 118; ATF 91 II 190, JT 1966 I 255; D. Piotet, Traité de droit privé Suisse [TDPS], Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, Vol. V/II, 2ème éd., Bâle 2012, n. 289 s. p. 94 s. et réf. citées).

En l'espèce, les appelants ne font pas valoir dans l'appel que la charge de la servitude serait disproportionnée et ce avec raison dès lors que leur fait défaut la preuve de la disproportion des intérêts par l'écoulement du temps, cumulée à l'absence de toute utilisation raisonnable du fonds grevé et à la non-imputabilité de l'évolution à son propriétaire (ATF 91 II 190, JT 1966 I 255 ; ATF 107 II 331, JT 1982 I 118). De toute manière, l'obligation de construire un toit en pans recouvert de vieilles tuiles ne représente pas une charge disproportionnée au vu de l'intérêt des bénéficiaires de la servitude (cf. supra c. 6b). La situation actuelle obligeant les appelants à détruire une partie de l'immeuble n'est imputable qu'à leur comportement puisqu'ils ont ignoré la servitude, ainsi que les mises en garde de l'intimé.

Vu ce qui précède, la conclusion des appelants tendant à la radiation de la servitude litigieuse doit être rejetée.

7. En définitive, l'appel doit être rejeté et le jugement entrepris confirmé.

Les frais judiciaires qui s'élèvent à 1'500 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), sont mis à la charge des appelants, solidairement en eux, qui succombent (art. 106 al. 1 CPC).

En outre, les appelants devront verser, solidairement entre eux, à l'intimé Z._____ des dépens de deuxième instance, arrêtés à 2'500 fr. (art. 7 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010]).

Par ces motifs,
la Cour d’appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

I. L’appel est rejeté.

II. Le jugement est confirmé.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'500 fr. (mille cinq cents francs), sont mis à la charge des appelants, solidairement entre eux.

IV. Les appelants C.M._____, B.M._____, G._____, U._____, A.C._____ et B.C._____, débiteurs solidaires, doivent verser à l’intimé Z._____ la somme de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

V. L’arrêt motivé est exécutoire.

Le président : Le greffier :

Du 19 juin 2013

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Christophe Misteli (pour C.M._____, B.M._____, G._____, B.C._____, A.C._____, U._____ et Z._____),
- Me Jacques Haldy (pour Z._____).

La Cour d’appel civile considère que la valeur litigieuse est de 50'600 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral – RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

Le greffier :