

A1 20 97

**ARRÊT DU 23 AVRIL 2021**

**Tribunal cantonal du Valais  
Cour de droit public**

Composition : Christophe Joris, président, Thomas Brunner et Jean-Bernard Fournier, juges, Elodie Cosandey, greffière *ad hoc*,

**en la cause**

**X** \_\_\_\_\_, agissant en son nom et en celui de **Y** \_\_\_\_\_, recourants,

**contre**

**CONSEIL D'ÉTAT DU VALAIS**, 1951 Sion, autorité attaquée

(Divers)

recours de droit administratif contre la décision du 29 avril 2020

## Faits

**A.** Le 16 décembre 1965, Maître A \_\_\_\_\_, notaire à B \_\_\_\_\_, a instrumenté un acte de constitution de propriété par étages (PPE) et de vente par lequel les comparants ont divisé les parcelles n<sup>os</sup> xx1 et xx2, folio n° xxx, au lieu dit « C \_\_\_\_\_ », sur la commune de D \_\_\_\_\_, en trois parcelles, soit les parcelles n<sup>os</sup> xx1a, xx1b et xx2. Les comparants ont également décidé de soumettre le chalet en construction sur la parcelle n° xx1b au régime de la propriété par étages et d'affecter, notamment, un local appelé « cave-concierge » situé au rez inférieur à la jouissance commune de tous les copropriétaires.

**B.** Le 10 décembre 2018, X \_\_\_\_\_, notaire au E \_\_\_\_\_, a instrumenté un acte de constitution de servitude entre les copropriétaires de la parcelle n° xx1, à savoir F \_\_\_\_\_ et Y \_\_\_\_\_ (copropriétaires de la part de PPE n° yy1), G \_\_\_\_\_ (propriétaire de la part de PPE n° yy2), H \_\_\_\_\_ (propriétaire des parts de PPE n<sup>os</sup> yy3 et yy4 ainsi que propriétaire commun de la part de PPE n° yy5), I \_\_\_\_\_ (propriétaire de la part de PPE n° yy6), J \_\_\_\_\_ (propriétaire de la part de PPE n° yy7), K \_\_\_\_\_ et L \_\_\_\_\_ (copropriétaires de la part de PPE n° yy8), M \_\_\_\_\_ et N \_\_\_\_\_ (copropriétaires de la part de PPE n° yy9), O \_\_\_\_\_ et P \_\_\_\_\_ (copropriétaires de la part de PPE n° yy10) ainsi que Q \_\_\_\_\_ et R \_\_\_\_\_ (propriétaires communs de la part de PPE n° yy5 avec H \_\_\_\_\_). Selon cet acte, les comparants déclaraient vouloir constituer une servitude foncière de jouissance de la partie commune dite « cave-concierge » selon les plans de la PPE déposés au registre foncier, laquelle devait être inscrite à la charge de la parcelle de base n° xx1 en faveur de la part de PPE n° yy1, conférant aux propriétaires de cette dernière un droit d'utilisation exclusive sur le local en question. Il était également précisé qu'une porte serait créée pour accéder à ce local directement depuis l'appartement des bénéficiaires de la servitude.

Le 15 janvier 2019, l'office du registre foncier de B \_\_\_\_\_ (ci-après : l'office de B \_\_\_\_\_) a communiqué à X \_\_\_\_\_ un avis de rejet de réquisition (réquisition n° 275). Ce rejet était notamment motivé par le fait que l'acte de constitution de servitude du 10 décembre 2018 contenait plusieurs données inexactes et que la question de savoir si la cave-concierge serait toujours une partie commune n'était pas claire, étant donné la modification de la configuration des lieux avec la fermeture de l'accès actuel et la création d'une porte donnant sur la PPE bénéficiaire de la servitude.

Le 21 janvier 2019, X \_\_\_\_\_ a apporté des précisions notariales rectifiant les données inexactes et indiquant que la cave-concierge resterait par nature une partie commune. Il a requis l'office de B \_\_\_\_\_ « d'inscrire une servitude foncière de jouissance à charge de la parcelle de base n° xx1 de S \_\_\_\_\_ en faveur de la PPE n° yy1, 105/1000<sup>e</sup> du n° xx1 de S \_\_\_\_\_ ».

Par courriel du 21 janvier 2019, l'office de B \_\_\_\_\_ a demandé à X \_\_\_\_\_ par où se ferait l'accès à cette partie commune pour les autres copropriétaires, ce à quoi il a répondu, le lendemain, que la porte d'accès existante serait effectivement condamnée, mais que cela ne posait pas problème, puisqu'en raison de la servitude d'utilisation exclusive constituée, il n'était pas nécessaire pour les autres copropriétaires d'accéder à cette partie commune.

Par décision du 4 février 2019, l'office de B \_\_\_\_\_ a rejeté la réquisition n° 389 du 21 janvier 2019, aux motifs que le contenu et les modalités d'exercice de la servitude n'étaient pas assez précis et que, compte tenu de la proximité de la cave avec le logement, le notaire devait préciser pour quel usage était accordée la servitude et, en particulier, s'il comportait l'habitation. Si tel était le cas, l'accord de la commune en lien avec la loi fédérale du 20 mars 2015 sur les résidences secondaires (LRS ; RS 702) devait être obtenu.

**C.** Le 5 mars 2019, X \_\_\_\_\_ a déféré ce prononcé, en son nom et au nom de Y \_\_\_\_\_, auprès du Conseil d'Etat, concluant à l'annulation de la décision du 4 février 2019 et à ce qu'ordre soit donné au Conservateur de l'office de B \_\_\_\_\_ d'inscrire l'acte du 10 décembre 2018, le tout sous suite de frais et dépens. Les intéressés ont d'abord estimé que l'acte constitutif renfermait tous les éléments servant à déterminer la charge imposée aux propriétaires du fonds grevé, à savoir la désignation du fonds servant et du fonds dominant, la volonté de créer un droit réel d'usage, le local faisant l'objet d'un droit de jouissance exclusif en faveur du propriétaire de la PPE n° yy1 et la portée de la servitude pour les propriétaires du fonds servant consistant à s'abstenir de l'utilisation de ce local en faveur du propriétaire du fonds dominant. Les détails d'utilisation de cette cave n'étaient, en revanche, pas des éléments essentiels à indiquer dans l'acte authentique et dépendaient du règlement d'administration et d'utilisation de la PPE. Les intéressés ont ensuite exposé qu'aucune disposition de la LRS ou de son ordonnance d'application n'accordait de compétence particulière dans ce domaine à l'office du registre foncier, si bien que ce motif de rejet ne se basait sur aucune disposition légale.

L'office de B \_\_\_\_\_ s'est déterminé le 15 avril 2019, proposant de déclarer le recours du 5 mars 2019 irrecevable, subsidiairement de le rejeter. Il a expliqué que le mot-clé utilisé, « jouissance », sans précision de l'objet, n'était pas suffisamment déterminé et, par conséquent, l'intitulé de la servitude n'était pas suffisamment déterminable. Concernant le contenu et les modalités d'exercice, il a estimé que, en tant qu'attachant à l'appartement faisant l'objet de la PPE n° yy1, la cave concernée pouvait constituer une extension du logement et que, l'accès à cette partie commune allant être condamnée, il apparaissait évident qu'aucun usage raisonnable de cette cave-concierge ne serait plus possible pour les autres copropriétaires, ce qui était contraire au principe de la limitation des charges et viderait le droit des copropriétaires de sa substance. Au surplus, si le but de la servitude était d'octroyer un droit d'habiter, elle contrevenait au *numerus clausus* des droits réels. Enfin, l'office de B \_\_\_\_\_ a soutenu que, bien que la question de la LRS fût secondaire, une réquisition devrait pouvoir être rejetée si elle contrevenait de manière flagrante à une règle de droit public.

Le 4 juin 2019, X \_\_\_\_\_ a indiqué que l'intitulé « servitude de jouissance » correspondait au mot-clé n° 38 de la liste des servitudes établies par le Service du registre foncier et que, si l'office de B \_\_\_\_\_ estimait la réquisition comme insuffisante, une précision notariale aurait pu y remédier. Pour le surplus, la servitude ne vidait pas plus le droit de propriété de sa substance qu'un droit d'usage particulier et aucun élément au dossier ne démontrait que la servitude contestée contreviendrait de manière flagrante à une règle de droit public.

**D.** Par décision du 29 avril 2020, notifiée le 6 mai 2020, le Conseil d'Etat a rejeté le recours. Il a estimé que la réquisition ne faisait aucunement référence à la cave-concierge, ce qui laissait penser que la servitude de jouissance portait sur toute la parcelle de base. Cette réquisition était, de plus, trop générale, le contenu de la servitude n'étant ni déterminé, ni déterminable. Sur ce point, l'usage du seul mot-clé n° 38, soit « servitude de jouissance », ne se faisait plus pour les nouvelles servitudes, faute de pouvoir déterminer l'utilisation exacte englobée sous cette dénomination. Enfin, sur le vu de la situation particulière, à savoir le fait que la cave-concierge soit attenante à la part de PPE n° yy1 et qu'il soit prévu de condamner l'accès existant au profit d'une porte donnant directement dans cette part de PPE, il était légitime de s'interroger sur l'utilisation de la servitude prévue et sur la nature commune de la cave-concierge. En effet, si les copropriétaires de la PPE n° yy1 souhaitaient utiliser ce local comme une extension de leur appartement où ils pourraient habiter, il aurait fallu constituer une

servitude personnelle d'habitation, ce qui contrevenait au principe du *numerus clausus* des droits réels.

**E.** Le 3 juin 2020, X \_\_\_\_\_ a attaqué céans ce prononcé, en son nom et au nom de Y \_\_\_\_\_, concluant à l'annulation de la décision du 29 avril 2020 et à ce qu'ordre soit donné au Conservateur de l'office de B \_\_\_\_\_ d'inscrire l'acte du 10 décembre 2018, le tout sous suite de frais et dépens. En substance, ils ont d'abord soutenu que le contenu et l'étendue de la servitude étaient suffisamment déterminés et que les modalités d'utilisation de la cave-concierge ne faisaient pas partie des éléments essentiels qui devaient figurer dans l'acte authentique. A cet égard, ils ont admis que la réquisition d'inscription manquait un peu de précision et aurait dû mentionner que la servitude foncière de jouissance portait sur « la partie commune intitulée cave-concierge selon les plans de PPE déposés au registre foncier », mais une telle imprécision ne justifiait pas un rejet de réquisition. A cela s'ajoutait que cette dernière respectait les règles applicables en la matière, notamment le devoir de présenter une réquisition par écrit et celui de présenter une réquisition séparée pour chaque opération ainsi que les pouvoirs accordés au notaire de présenter les réquisitions au registre foncier. Au demeurant, l'allégation selon laquelle l'intitulé « servitude de jouissance » était imprécis, car il n'était utilisé que pour l'inscription d'anciennes servitudes, était incompréhensible et sans fondement. Cela violait, en effet, le principe selon lequel les parties qui constituaient une servitude étaient libres d'en déterminer le contenu. Dans un autre grief, les intéressés ont expliqué que le contenu de la servitude ne vidait pas de sa substance le droit de propriété des copropriétaires, dans la mesure où ces derniers conservaient le droit d'utiliser leurs parties privées ainsi que tous les autres parties communes. Dès lors, la décision du Conseil d'Etat n'était pas compatible avec l'article 730 du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

Le 23 juin 2020, l'office de B \_\_\_\_\_ a renvoyé à sa détermination du 15 avril 2019 et proposé le rejet du recours. Il a demandé, à titre de moyens de preuve, la production des procurations des parties à l'acte du 10 décembre 2018 et du procès-verbal de l'assemblée générale de la PPE prouvant que la porte existante était destinée à être condamnée. Au surplus, il a précisé que le tableau de mots-clés dont se prévalaient les intéressés n'avait aucune force obligatoire et que le terme « servitude de jouissance » n'est plus utilisé que pour les anciennes servitudes, le registre foncier n'inscrivant plus de servitude de jouissance sans adjonction du type d'utilisation.

Le 6 juillet 2020, le Conseil d'Etat a transmis le dossier de la cause et a renoncé à se déterminer sur le recours du 3 juin 2020. Il a également proposé son rejet.

### Considérant en droit

1. Le recours est recevable (art. 72, 78 let. a, 80 al. 1 let. b-c, 46 et 48 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives – LPJA ; RS/VS 172.6). X \_\_\_\_\_, en qualité de notaire ayant instrumenté l'acte rejeté par l'office de B \_\_\_\_\_, et Y \_\_\_\_\_, copropriétaire de la part de PPE n° yy1 bénéficiaire de la servitude dont l'inscription a été refusée, disposent en particulier d'un intérêt digne de protection à contester la décision du Conseil d'Etat qui confirme la légalité de l'avis de rejet de la réquisition n° 389 du 21 janvier 2019 (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 LPJA).

2. A titre de moyens de preuve, l'office de B \_\_\_\_\_ a demandé la production des procurations des parties à l'acte du 10 décembre 2018 et du procès-verbal de l'assemblée générale de la PPE afin de prouver que la porte existante est destinée à être condamnée. Il convient ici de rappeler que les garanties procédurales de l'article 29 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101.1) n'interdisent pas à l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_640/2020 du 1<sup>er</sup> décembre 2020 consid. 3.2). En l'occurrence, ce moyen de preuve n'apparaît pas décisif et n'est pas de nature à influencer sur la décision à rendre, dans la mesure où il n'est pas contesté que la porte existante pour accéder à la cave-conciergerie sera condamnée au profit d'une porte accessible directement depuis la PPE n° yy1.

3. Sous plusieurs points qui peuvent être regroupés en un seul grief, les recourants prétendent que la réquisition respecte les conditions formelles.

**3.1.1** Selon l'article 971 CC, tout droit dont la constitution est légalement subordonnée à une inscription au registre foncier n'existe comme droit réel que si cette inscription a eu lieu (al. 1) ; l'étendue d'un droit peut être précisée, dans les limites de l'inscription, par les pièces justificatives ou de toute autre manière (al. 2). *Lex specialis* en matière de servitudes, l'article 738 al. 1 CC dispose que l'inscription fait règle en tant qu'elle désigne clairement les droits et les obligations dérivant de la servitude. Pour en déterminer le contenu, il faut donc se reporter en priorité à l'inscription au registre foncier qui, si elle est claire, prévaut sur tous les autres moyens d'interprétation, qui ne peuvent être pris en compte que dans les limites qu'elle fixe (ATF 88 II 252 consid. 6b *in* RNRF 45/1964

p. 167 ; ATF 86 II 243 consid. 4 *in* RNRF 41/1960 p. 375 ; ATF 83 II 122 *in* RNRF 38(1957 p. 275). Le contrat constitutif de la servitude – son « origine » (art. 738 al. 2 CC) – n'entre en considération que dans la mesure où le contenu de la servitude ne se dégage pas clairement de l'inscription au registre foncier (arrêt du Tribunal fédéral du 11 novembre 1999 consid. 3a *in* RNRF 81/2000 p. 272 à 274 et les références citées).

Une inscription n'a pas besoin de préciser tous les détails du droit ou de la charge; elle doit cependant indiquer au moyen d'un mot caractéristique le genre de droit ou de charge dont il s'agit et, de plus, en cas de servitudes, les numéros du fonds servant et du fonds dominant ; ce n'est que pour les particularités du rapport de droit ainsi désigné que l'on peut, dans les limites de l'inscription, renvoyer aux pièces justificatives ou au procès-verbal des actes, pour décharger le feuillet du grand livre. Il en résulte que c'est l'inscription qui est déterminante et que le renvoi aux pièces justificatives n'est admissible que dans les limites de l'inscription (ATF 83 II 122). De plus, il est important de formuler avec précision le contrat constitutif de la servitude ainsi que son inscription. En effet, le terme « droit d'usage » en tant que tel n'est pas assez précis pour exclure tout droit d'usage d'un tiers (Amédéo WERMELINGER, *La propriété par étages*, 3<sup>e</sup> éd., 2015 [ci-après : Amédéo WERMELINGER I], n° 164 *ad* art. 712a CC). Si l'assiette de la servitude doit s'exercer d'une façon précise, l'inscription peut le signaler, soit directement avec des termes précis, soit en renvoyant au plan cadastral ou, si l'exercice de la servitude se limite à une partie du fonds seulement, à un plan spécial établi par les parties comme pièce justificative (Camille JOYE-YERLY, *Le registre foncier – Le système, les écritures au grand livre et leurs effets*, thèse Fribourg 2018, n° 253).

**3.1.2** Aux termes de l'article 46 al. 1 de l'ordonnance du 23 septembre 2011 sur le registre foncier (ORF ; RS 211.432.1), l'office du registre foncier n'opère d'inscription que sur réquisition. La réquisition ne peut être subordonnée à aucune condition ni réserve (art. 47 al. 1 ORF). L'office du registre foncier vérifie que les conditions légales de l'inscription au grand livre sont réunies sur la base des autres pièces justificatives accompagnant la réquisition (art. 83 al. 1 ORF). Il contrôle ainsi notamment la forme et le contenu de la réquisition (art. 83 al. 2 let. a ORF), le droit de disposer de la personne qui présente la réquisition (art. 83 al. 2 let. c ORF) ainsi que les autorisations et les consentements nécessaires, pour s'assurer qu'ils ont été produits (art. 83 al. 2 let. i ORF). Lorsque les conditions de l'inscription au grand livre ne sont pas remplies, l'office du registre foncier rejette la requête (art. 87 al. 1 ORF). Selon l'article 87 al. 2 ORF, il peut toutefois fixer un bref délai au requérant pour produire les pièces justificatives manquantes, à l'échéance duquel il rejettera la requête si le défaut n'est pas réparé (ATF

141 III 13 consid.4.1). Ainsi, dans une telle situation, l'office peut soit fixer un délai à la personne qui présente la réquisition s'il s'agit uniquement d'apporter des pièces justificatives manquantes (art. 87 al. 2 ORF), soit rejeter la réquisition et notifier à la personne qui a fait la réquisition les motifs du rejet (art. 966 al. 1 CC et art. 87 al. 1 et 3 ORF ; Camille JOYE-YERLY, *op.cit.*, n° 221)

**3.2.** En l'occurrence, selon la réquisition litigieuse, il était question « d'inscrire une servitude foncière de jouissance à charge de la parcelle de base n° xx1 de S \_\_\_\_\_ en faveur de la PPE n° yy1, 105/1000° du n° xx1 de S \_\_\_\_\_ ». Cette formulation laisse supposer la création d'une servitude foncière conférant un droit d'usage sur l'ensemble du fonds servant en faveur des propriétaires de la part de la PPE n° yy1. Cependant, selon l'acte constitutif de la servitude, la volonté des copropriétaires d'étages ne s'étend, en réalité, qu'à une partie commune dite « cave-concierge ». Ainsi, force est de constater que les termes utilisés dans la réquisition ne permettent pas de comprendre que l'exercice de la servitude se limite à une partie du fonds seulement, ni ne renvoient aux plans du bâtiment et à la cave-concierge qui y est représentée. A cela s'ajoute que cette réquisition n'indique pas non plus si le droit d'usage en faveur de la part de la PPE n° yy1 est exclusif. Or, la dénomination « servitude foncière de jouissance » en tant que telle n'est pas assez précise pour exclure tout droit d'usage d'un tiers, raison pour laquelle elle aurait dû être suivie d'une adjonction qui en détermine le sens et la portée, de manière à ce que les droits et les obligations qui en découlent soient manifestes pour un tiers acquéreur de bonne foi. En effet, en vertu du principe de publicité attaché à l'inscription au registre foncier, le droit réel doit généralement revêtir une forme extérieure, reconnaissable pour les tiers et, en tant que droit absolu, qui doit être respecté par tous, il doit être rendu manifeste pour les tiers (Paul-Henri STEINAUER, *Les droits réels – Tome I*, 6<sup>e</sup> éd., 2019, n° 130). Il convient de ne pas oublier que la fonction principale du registre foncier est de donner l'état des droits sur les immeubles et que les inscriptions à proprement parler ont une double fonction, à savoir être constitutives des droits réels (principe de l'inscription) ainsi qu'être destinées à renseigner les tiers sur le statut de l'immeuble quant à l'existence de ces droits (Camille JOYE-YERLY, *op.cit.*, n° 232). A cet égard, l'inscription, telle que formulée dans la réquisition litigieuse, n'est pas à même de remplir cette fonction d'information et de publicité, puisqu'elle ne permet pas de déterminer la portée de la servitude en question.

Face à ce défaut, et conformément à l'article 87 al. 1 ORF, l'office de B \_\_\_\_\_ était fondé à rejeter la requête, même si, dans l'éventualité non réalisée en l'espèce où le problème concernait uniquement des pièces justificatives manquantes, il aurait

également pu choisir de fixer un bref délai au requérant pour produire celles-ci. Par ailleurs, une première réquisition d'inscription concernant la constitution de cette même servitude avait déjà fait l'objet d'un rejet le 15 janvier 2019 en raison, notamment, du fait que le statut de la « cave-concierge » n'était pas clair, si bien que l'attention des requérants avait déjà été attirée sur le fait que le contenu et les modalités de la servitude n'étaient pas suffisamment déterminés et déterminables.

**4.** Dans un autre grief, les recourants soutiennent que le contenu de la servitude ne pose pas de problème, étant donné que les parties sont libres de déterminer le contenu de ce droit réel, et qu'il ne vide pas de sa substance le droit de propriété des copropriétaires, dans la mesure où ces derniers conservent le droit d'utiliser leurs parties privées ainsi que toutes les autres parties communes.

**4.1.1** En droit suisse, la propriété par étages est une copropriété sur un immeuble, organisée de manière à ce que chaque copropriétaire ait le droit exclusif d'utiliser et d'aménager intérieurement des parties déterminées d'un bâtiment (art. 712a al. 1 CC). Le droit du propriétaire d'étages se présente ainsi comme un droit de propriété *sui generis*, qui comporte deux éléments indissolublement liés : d'une part, un droit de copropriété, qui porte sur l'immeuble tout entier, et d'autre part, un droit exclusif de jouissance et d'administration sur des parties déterminées de l'immeuble (ATF 132 III 9 consid. 3.1 ; Paul-Henri STEINAUER, *op. cit.*, n° 1552).

L'ensemble des parties du bâtiment qui font l'objet du droit exclusif d'un propriétaire d'étages constitue son unité d'étage. Les parties exclusives doivent impérativement répondre à certaines exigences imposées par la loi (art. 712b al. 1 CC) : unité indépendante avec un accès propre et constituant un local (Amédéo WERMELINGER, *Propriétés collectives*, Bâle, 2021 [ci-après : Amédéo WERMELINGER II], n° 53). Le propriétaire d'étages a le pouvoir d'administrer, d'utiliser et d'aménager ses locaux dans la mesure où il ne restreint pas l'exercice du droit des autres copropriétaires, n'endommage pas les parties, ouvrages et installations communs du bâtiment, n'entrave pas leur utilisation ou n'en modifie pas l'aspect extérieur (ATF 132 III 9 précité consid. 3.1.1).

Tandis que les parties exclusives font l'objet d'un droit exclusif d'un propriétaire d'étages, les parties du bâtiment qui sont des parties communes au sens de l'article 712b al. 2 et 3 CC sont soustraites à la maîtrise individuelle d'un seul propriétaire d'étages (ATF 132 III 9 précité consid. 3.1.2). Des règles impératives tracent la ligne de démarcation entre le domaine exclusif de chaque propriétaire d'étages et le domaine commun à tous les

copropriétaires. Ainsi le propriétaire d'étages ne peut acquérir de droit exclusif ni sur le bien-fonds (ou le droit de superficie en vertu duquel le bâtiment a été construit), ni sur les parties importantes pour l'existence, la disposition ou la solidité du bâtiment (toit, murs porteurs, etc.), ni sur celles qui déterminent la forme extérieure et l'aspect du bâtiment (façades, côté extérieur d'un balcon, etc.), ni sur les ouvrages ou installations qui servent aussi aux autres copropriétaires pour l'usage de leurs locaux (chauffage, ascenseur, etc.). Toutes ces parties de l'immeuble sont nécessairement communes et objets d'une gestion collective (art. 712*b* al. 2 CC) ; Paul-Henri STEINAUER, *op. cit.*, n° 1560). Selon l'article 712*b* al. 3 CC, les copropriétaires peuvent, dans l'acte constitutif de la propriété par étage ou dans une convention ultérieure soumise à la même forme – et donc aussi à l'exigence de la forme authentique –, déclarer communes encore d'autres parties du bâtiment; à ce défaut, elles sont présumées être l'objet du droit exclusif (ATF 132 III 9 précité consid. 3.1.2).

En principe, chaque propriétaire d'étages peut utiliser les parties communes conformément à leur destination, tout en tenant compte du droit identique des autres propriétaires d'étages (cf. art. 648 al. 1 CC ; Amédéo WERMELINGER II, *op. cit.*, n° 229). Toutefois, les parties communes ne sont pas nécessairement à la disposition de tous les propriétaires d'étages ; la communauté des propriétaires d'étages peut accorder à certains de ses membres (moyennant contre-prestation) un droit exclusif d'utiliser certaines parties communes comme une terrasse, une place de stationnement ou une partie du jardin (Paul-Henri STEINAUER, *op. cit.*, n° 561). Ainsi, une servitude foncière ou personnelle peut permettre d'accorder un droit d'usage particulier à l'un des propriétaires d'étages, qui dispose alors d'un droit réel limité sur l'immeuble de base (Amédéo WERMELINGER II, *op. cit.*, n° 234). En règle générale, un droit d'usage particulier ne confère pas de droits étendus d'administration sur la partie commune concernée. La plupart des actes d'administration restent en mains de la communauté des propriétaires d'étages et un propriétaire d'étages n'a pas le droit d'exécuter des travaux de construction sur la partie commune concernée. Il n'est toutefois pas exclu de lui accorder certaines prérogatives restreintes d'aménagement individuel, pour autant que cela ressorte de l'acte qui constitue le droit d'usage particulier (Amédéo WERMELINGER II, *op. cit.*, n° 236). Dès lors, de par la construction légale, les parties communes ne peuvent être entièrement soustraites au contrôle de la communauté des propriétaires d'étages, même si des droits d'usage particulier sont constitués (Amédéo WERMELINGER II, *op. cit.*, n° 50).

Par ailleurs, dans le cas où, en fin de compte, des travaux de construction conduisent à un changement d'affectation, ceux-ci doivent être acceptés à l'unanimité (art. 648 al. 2

CC), peu importe qu'ils soient utiles ou somptuaires. Le changement de destination d'un local annexe ne conduit pas, en règle générale, au changement d'affectation de la propriété par étages et n'est donc pas soumis à l'article 648 al. 2 CC. Cela ne signifie toutefois pas qu'une telle transformation puisse être décidée par le seul propriétaire d'étages (p. ex. une cave est transformée en chambre d'amis ; dans ce sens ATF 130 III 450 consid. 2.3). Si le local annexe perd sa destination initiale, cette transformation doit être approuvée par l'assemblée des propriétaires d'étages (Amédéo WERMELINGER II, *op. cit.*, n° 231). En effet, les locaux annexes (cave, respectivement aire de rangement, buanderie, garage) doivent être utilisés conformément au règlement et il ne serait pas admissible qu'un copropriétaire transforme durablement, sans obtenir une décision de la communauté qui l'y autorise, un garage en chambre d'enfant ou aire de rangement en pièce d'habitation, parce que les locaux seraient ainsi privés de leur fonction de service (ATF 130 III 450 consid. 2.3).

**4.1.2** En vertu du principe du *numerus clausus* qui domine la partie du code civil consacrée aux droits réels, la loi, lorsqu'elle définit le contenu des différents droits réels, a un caractère impératif, de sorte que seules les servitudes comprises dans l'une des catégories définies par le code civil peuvent être créées en droit suisse (ATF 103 II 181). Selon le principe de la limitation des charges, qui découle de l'article 730 al. 1 CC, pour ne pas vider la propriété de sa substance, la servitude doit conférer à son titulaire un droit d'usage limité, notamment quant à son contenu. Ce principe est applicable aux relations entre propriétaires d'étages ; ainsi, une restriction dans l'utilisation d'une part de copropriété constituée en propriété par étages peut, le cas échéant, avoir les effets pratiques d'une servitude ; il en résulte la nécessité de tenir compte par analogie de l'article 730 al. 1 CC et d'observer le principe de la limitation de l'étendue de la charge (ATF 116 II 275 consid. 3b). En particulier, le propriétaire du fonds servant doit pouvoir conserver un usage raisonnable de son bien-fonds malgré la charge imposée par la servitude, peu importe la contre-prestation qu'il a pu toucher pour la constitution de la servitude (Cyril GALLAND, *Le contenu des servitudes foncières – Aspects de droits réels et obligations de faire rattachées à la servitude*, thèse 2013, n° 406). Lorsqu'il s'agit d'utiliser un garage, une cave ou certaines pièces d'un bâtiment, le propriétaire du fonds servant peut toujours profiter de son bien-fonds puisqu'il lui reste l'ensemble de son bâtiment à disposition, à l'exception des pièces touchées par la servitude ; son droit de propriété n'est donc pas vidé de sa substance (Cyril GALLAND, *op. cit.*, n° 415). Cependant, lorsque l'objet du droit d'usage conféré par la servitude foncière concerne le droit d'habiter un bâtiment ou une partie de celui-ci, il se confond avec le droit d'habitation (cf. Cyril GALLAND, *op. cit.*, n° 474). Or, la jurisprudence et la doctrine n'admettent pas la

possibilité de constituer un droit d'habitation sous forme de servitude foncière, car cette servitude viderait la propriété de sa substance (Cyril GALLAND, *op. cit.*, n° 477).

La limitation des types de droits réels implique également que, lorsque la loi définit le contenu d'un droit, les parties ne sont plus libres de modifier celui-ci (fixation du type). Ainsi, la constitution d'une charge foncière n'est possible que si les conditions de l'article 782 al. 3 sont réalisées ; de même, n'est-il pas possible d'éluider les règles sur le droit d'habitation (art. 776 ss CC) en créant une servitude personnelle irrégulière de même contenu, mais cessible et transmissible ; ou encore, il n'est pas licite de déduire d'une servitude foncière des prétentions qui vont au-delà de l'usage du fonds grevé au profit du fonds dominant, mais relèvent de la jouissance de ce fonds que seul un usufruit peut conférer (Paul-Henri STEINAUER, *op. cit.*, n° 129)

**4.2.** *In casu*, la « cave-concierge » située au rez inférieur du bâtiment n'est pas une partie commune nécessaire au sens de l'article 712b al. 2 CC. Cependant, il ressort de l'acte constitutif de la PPE du 16 décembre 1965 qu'elle a été érigée en partie commune. En principe, chaque propriétaire d'étages peut donc l'utiliser conformément à sa destination. Selon l'acte de constitution de servitude du 10 décembre 2018, il est question de conférer, par le biais d'une servitude foncière, un droit d'utilisation exclusive de la partie commune dénommée « cave-concierge » en faveur de la part de PPE n° yy1 qui lui est attenante, de murer l'accès existant à ce local et d'en créer un nouveau depuis l'appartement des bénéficiaires de la servitude. Conformément aux précisions apportées par le notaire X \_\_\_\_\_, la cave-concierge demeure partie commune, même si les autres propriétaires d'étages n'y ont plus accès.

En règle générale, un droit d'usage particulier peut être créé par le biais d'une servitude, mais, sur le vu de la configuration des lieux dans le cas d'espèce, il est légitime de s'interroger, comme l'ont fait le Conseil d'Etat et l'office de B \_\_\_\_\_, sur l'utilisation que les propriétaires de la part de PPE n° yy1 ont prévu de faire de cette cave-concierge. En effet, le fait de condamner l'accès depuis le couloir et d'en créer un autre directement depuis l'appartement objet de la PPE n° yy1 laisse supposer qu'il pourrait être question d'augmenter la surface habitable de leur logement en modifiant cette cave-concierge en chambre ou en pièce de vie supplémentaire. Or, une telle transformation ne peut avoir lieu sans l'accord de la communauté des propriétaires d'étages et rien au dossier n'atteste que celui-ci ait été obtenu. Quand bien même un droit d'usage exclusif en faveur de la part de PPE n° yy1 serait créé, les actes d'administration en lien avec la cave-concierge restent en mains de la communauté des propriétaires d'étages et un propriétaire d'étages n'a pas le droit d'exécuter des travaux

de construction sur la partie commune concernée sans l'accord de la communauté. Dès lors, pour ce motif déjà, la servitude litigieuse ne peut être inscrite en l'état.

A cela s'ajoute que, si le but de la servitude prévue est de transformer la cave-concierge en extension habitable de l'appartement objet de la PPE n° yy1, son contenu s'apparente à celui d'un droit d'habitation. Or, il n'est pas possible de constituer un droit d'habitation sous la forme d'une servitude foncière (cf. consid. 4.1.2). Partant, une telle servitude ne peut pas faire l'objet d'une inscription au registre foncier.

Il s'ensuit que l'avis de rejet de la réquisition n° 389 du 21 janvier 2019 a été confirmé à bon droit par le Conseil d'Etat.

**5.** Attendu ce qui précède, le recours est rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).

**6.1.** Vu l'issue du litige, les frais de la cause sont mis à la charge, avec solidarité, des recourants (art. 89 al. 1 LPJA), qui n'ont pas droit à des dépens (art. 91 al. 1 *a contrario* LPJA).

**6.2.** Sur le vu des principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations et compte tenu des critères d'appréciation et des limites des articles 13 al. 1 et 25 de la loi du 11 février 2009 fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives (LTar ; RS/VS 173.8), l'émolument de justice est fixé à 1500 fr., débours compris (art. 11 LTar).

**Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce**

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais, par 1500 fr., sont mis, solidairement, à la charge de X \_\_\_\_\_ et de Y \_\_\_\_\_.
3. Le présent arrêt est communiqué au notaire X \_\_\_\_\_, pour les recourants, et au Conseil d'Etat, à Sion.

Sion, le 23 avril 2021