



Article scientifique

Article

2021

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Les servitudes de restriction à bâtir

Martin-Rivara, Irène

How to cite

MARTIN-RIVARA, Irène. Les servitudes de restriction à bâtir. In: La semaine judiciaire II. Doctrine, 2021, vol. 143, n° 5, p. 157–183.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:180409>

LES SERVITUDES DE RESTRICTION À BÂTIR

par

Irène MARTIN-RIVARA

Docteure en droit, avocate au barreau de Genève

I. INTRODUCTION

Le terme générique de « servitude de restriction à bâtir » englobe toutes les servitudes qui ont pour effet de restreindre, dans une mesure plus ou moins large, les possibilités de construire dont disposent les propriétaires d'un immeuble. Instrument de droit privé particulièrement redouté des celles et ceux qui construisent, l'objet de cet article est d'en dresser les contours.

La jurisprudence relative à l'exercice des servitudes de restriction à bâtir illustre bien les difficultés rencontrées en pratique. Ces difficultés s'orientent autour de deux axes principaux : d'une part, la grande sensibilité de ces servitudes à l'épreuve du temps ; d'autre part, les rapports ténus qu'elles entretiennent avec le droit public. Ces deux axes serviront de fils rouges aux développements à suivre.

Après avoir exposé quelques caractéristiques relatives aux servitudes de restriction à bâtir (II.), il sera question des règles permettant d'en déterminer l'étendue (III.). L'examen portera ensuite sur la protection de ces servitudes d'une part (IV.) et sur les moyens de s'en libérer d'autre part (V.). La dernière partie traitera brièvement de la valeur de ces servitudes (VI.). L'expropriation de ce type de servitudes, domaine qui relève essentiellement du droit public, ne sera en revanche pas abordée dans la présente analyse.

II. GÉNÉRALITÉS

A. Caractéristiques de ces servitudes

Les servitudes de restriction à bâtir ne font l'objet d'aucune disposition spécifique du Code civil. Elles ne sont par ailleurs pas définies par le

droit privé. Ces servitudes présentent toutefois les caractéristiques communes suivantes :

- Elles peuvent être constituées sous la forme de servitudes foncières au sens de l'art. 730 al. 1 CC ou de servitudes personnelles au sens de l'art. 781 CC (« autres servitudes ») : dans la première hypothèse, elles imposent certaines restrictions aux propriétaires d'un immeuble (le fonds servant) en faveur des propriétaires d'un autre immeuble (le fonds dominant)¹ ; dans la seconde hypothèse, le bénéfice de la servitude grevant le fonds servant appartient à une personne déterminée ou à la collectivité. En pratique, la grande majorité de ces servitudes est constituée sous la forme de servitude foncière, à l'exception de celles inscrites en faveur de la collectivité publique.
- Il s'agit de servitudes dites négatives : les propriétaires du fonds servant sont tenus de s'abstenir d'exercer certains droits inhérents à leur propriété (art. 730 al. 1, seconde hypothèse, CC), en l'occurrence, de construire dans la pleine mesure de leur possibilité. Les bénéficiaires de la servitude n'utilisent pas directement le fonds servant, mais ont la faculté d'interdire qu'il y soit effectué certains actes d'usages².
- Il s'agit de servitudes constituées volontairement : les propriétaires du fonds servant s'engagent à grever leur immeuble par le biais d'un acte juridique (en général, un contrat constitutif de servitude³) en faveur d'une tierce personne, ou sur simple requête unilatérale si la servitude concerne deux immeubles leur appartenant (art. 733 CC). Dans les deux cas, la loi exige la forme authentique (art. 732 CC).

B. Raisons d'être de ces servitudes

En dépit de leur caractère volontaire, les servitudes de restriction à bâtir créent une atteinte souvent lourde à la liberté de la propriété. Pour cette raison, elles sont rarement consenties « à la légère », mais découlent de situations de fait qui font d'elles un outil de négociation intéressant à un moment donné. Parmi ces situations, on recense notamment les suivantes :

- Celles de propriétaires qui souhaitent aliéner une partie ou l'un de leurs immeubles, tout en se protégeant contre un certain usage du fonds aliéné : les propriétaires constitueront alors une servitude sur

¹ Pour une définition de la servitude foncière, voir notamment GALLAND, N. 24 ss et STEINAUER, tome II, N. 3290.

² ATF 106 II 315 in: JdT 1981 I 306, c. 2a ; GALLAND, N. 128 ; STEINAUER, tome II, N. 3305.

³ Sur le contrat constitutif de servitude, voir JEANDIN, p. 109 ss.

l'un de leurs fonds, avant de le vendre à une tierce personne (art. 733 CC) ou prévoient la constitution d'une telle servitude dans le contrat de vente lui-même (qui sera alors requalifié de contrat complexe).

- Celles de plusieurs propriétaires qui constituent sur leurs immeubles respectifs des servitudes dites croisées, dans ce sens que chaque fonds est à la fois le fonds servant de l'un et le fonds dominant de l'autre. Le but des servitudes croisées consiste à se prémunir mutuellement contre certaines nuisances découlant de projets de construction — voire parfois, de faire obstacle aux projets de densification d'une zone.
- Celles où le droit public subordonne l'octroi d'une autorisation de construire à la constitution d'une servitude de non-bâtir. C'est notamment le cas lorsque deux propriétaires voisins se mettent d'accord pour modifier virtuellement la limite de leurs propriétés, afin de permettre à l'un-e de construire en limite de propriété; le droit des constructions peut en effet autoriser une dérogation aux règles sur les distances, moyennant la création d'une zone inconstructible, par le biais d'une servitude de restriction à bâtir⁴. Cette situation arrive également lors d'un transfert de droits à bâtir d'une parcelle à une autre, admis en droit suisse même sans disposition légale expresse; dans ce cas, il convient alors de s'assurer que les droits cédés sur la surface voisine mise à contribution ne puissent plus être utilisés à l'avenir, ce qui implique la constitution d'une servitude de non-bâtir au profit de la collectivité⁵.

C. Aperçu de quelques-unes de ces servitudes

La pratique est venue cristalliser certaines catégories de servitudes de restriction à bâtir, regroupées sous des dénominations plus ou moins parlantes et qui se recoupent partiellement :

⁴ Voir à Genève, les art. 46 (zones 1 à 4) et 71 (zone 5) de la Loi sur les constructions et les installations diverses (LCI/GE) et 12 du Règlement d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses (RCI/GE), qui prévoient l'inscription d'une servitude de distance et vue droite.

⁵ TF 1C_389/2013 du 25 mars 2014 in: SJ 2014 I 426, c. 4.1; TF 1C_252/2014 du 4 novembre 2014, résumé in: RDAF 2016 I p. 115 ss, 137 (qui admet la suffisance d'une mention au sens de l'art. 962 CC); BELLANGER, Droits à bâtir, p. 305 s. À ce sujet, v. également l'arrêt ATA/66/2020 du 21 janvier 2020, qui traite d'une affaire où l'inscription d'une servitude de non-bâtir sur la parcelle voisine a visiblement été oubliée aux termes de l'instruction du dossier d'instruction de l'autorisation de construire; cet arrêt illustre bien les limites de l'utilisation des servitudes comme outil d'aménagement du territoire.

- les servitudes de non-bâtir (*Bauverbot*), également appelées servitudes d'interdiction de construire, qui interdisent aux propriétaires grevés de construire sur (une partie de) leur immeuble ;
- les servitudes de hauteur (*Bauhöhenbeschränkung*), qui limitent la hauteur (exprimée en mètres ou en étages) des constructions admises sur le fonds servant⁶ ;
- les servitudes de villa, qui interdisent aux propriétaires de construire autre chose qu'une villa sur leur immeuble ;
- les servitudes de distance⁷, également appelées servitudes de vue, qui interdisent les constructions à une certaine distance de la limite de propriété ; etc.

Ces dénominations correspondent généralement au mot-clé inscrit au registre foncier (art. 98 al. 2 let. c ORF). De telles inscriptions, sommaires, sont souvent insuffisantes pour déterminer avec précision le contenu de la servitude de restriction à bâtir, raison pour laquelle cette dernière doit être interprétée⁸. C'est là l'objet de nos prochains développements.

III. L'ÉTENDUE DE CES SERVITUDES

A. Principes généraux d'interprétation des servitudes

L'étendue de la servitude définit la charge imposée aux propriétaires du fonds servant et les prérogatives accordées aux propriétaires du fonds dominant⁹. La détermination de l'étendue de la servitude constitue un préalable indispensable à toute question portant sur ses effets ; elle s'effectue par le biais d'une interprétation de la servitude conformément à l'art. 738 CC.

L'art. 738 CC prévoit une hiérarchie des moyens d'interprétation :

- 1° En premier lieu, l'inscription fait règle, en tant qu'elle désigne clairement les droits et les obligations dérivant de la servitude (al. 1) ;

⁶ PRADERVAND-KERNEN, N. 607.

⁷ Il existe également la servitude active contraire, généralement appelée « droit de construire en limite », qui autorise les propriétaires du fonds dominant à construire à la limite de leur bien-fonds ; voir à cet égard l'ATF 128 III 169 in : JdT 2003 I 118.

⁸ Vaut d'une manière générale pour les servitudes, voir HOHL, p. 74. Il n'en demeure pas moins que le mot-clé doit être représentatif de la servitude, dans la mesure où l'interprétation de la servitude ne peut conduire à lui donner un contenu qui ne ressort pas de l'inscription (cf. art. 738 al. 2, « dans les limites de l'inscription ») ; voir en outre STEINAUER, tome II, N. 3454 ; CR CC II-MOOSER, art. 971 CC N. 10.

⁹ MOOSER, Des servitudes, p. 428.

l'inscription est le point de départ¹⁰. C'est seulement si l'inscription est peu claire, incomplète ou sommaire (ce qui sera fréquemment le cas), qu'il convient de passer à la deuxième étape de l'interprétation¹¹.

- 2° En deuxième lieu, le contenu de la servitude peut être précisé, dans les limites de l'inscription, par son origine (art. 738 al. 2 CC), c'est-à-dire par l'acte constitutif de la servitude (soit en général, le contrat constitutif de servitude) déposé comme pièce justificative au registre foncier (art. 948 al. 2 CC)¹².

Il n'est pas rare que le contrat doive lui aussi être interprété: en vertu de l'art. 18 al. 1 CO, il s'apprécie alors selon la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective, qui relève du fait)¹³. Lorsque la volonté commune des parties ne peut pas être établie, le contrat doit être interprété selon le principe de la confiance (interprétation objective, qui relève du droit)¹⁴. Ces principes d'interprétation du contrat constitutif de servitude sont valables sans restriction entre les parties originaires au contrat de servitude. Dans les rapports envers des tiers, ils ne valent en revanche qu'avec la restriction résultant de la foi publique du registre foncier (art. 973 CC): dans l'interprétation du contrat, on ne peut ainsi pas prendre en considération, à l'égard des tiers de bonne foi, les circonstances personnelles ou les motifs individuels qui étaient déterminants pour la formation de la volonté des parties originaires, mais qui ne ressortent pas du contrat de servitude et ne sont pas reconnaissables par les tiers non parties au contrat¹⁵.

- 3° En troisième lieu, si le titre d'acquisition n'est pas non plus concluant pour déterminer le contenu de la servitude, l'étendue de cette dernière peut être précisée, dans les limites de l'inscription, par la manière dont elle a été exercée pendant longtemps, paisiblement,

¹⁰ ATF 130 III 554 in: JdT 2004 I 252, c. 3.1; TF 5A_372/2017 du 2 novembre 2017 in: SJ 2018 I p. 205 ss, c. 5.2.2; STEINAUER, tome II, N. 3453.

¹¹ ATF 130 III 554 in: JdT 2004 I 252, c. 3.1; TF 5A_372/2017 du 2 novembre 2017 in: SJ 2018 I p. 205 ss, c. 5.2.2.

¹² ATF 130 III 554 in: JdT 2004 I 252, c. 3.1; TF 5A_372/2017 du 2 novembre 2017 in: SJ 2018 I p. 205 ss, c. 5.2.2.

¹³ ATF 139 III 404 in: JdT 2014 II 407, c. 7.1; ATF 130 III 554 in: JdT 2004 I 252, c. 3.1; TF 5A_372/2017 du 2 novembre 2017 in: SJ 2018 I p. 205 ss, c. 5.2.2; HOHL, p. 75 s.

¹⁴ ATF 139 III 404 in: JdT 2014 II 407, c. 7.1; ATF 130 III 554 in: JdT 2004 I 252, c. 3.1; TF 5A_372/2017 du 2 novembre 2017 in: SJ 2018 I p. 205 ss, c. 5.2.2; HOHL, p. 75 s.

¹⁵ ATF 139 III 404 in: dT 2014 II 407, c. 7.1; ATF 130 III 554 in: JdT 2004 I 252, c. 3.1; TF 5A_372/2017 du 2 novembre 2017 in: SJ 2018 I p. 205 ss, c. 5.2.2; HOHL, p. 77 s; PIOTET, p. 287; MOOSER, Des servitudes, p. 428.

et de bonne foi (art. 738 al. 2 CC)¹⁶. Cette méthode s'applique difficilement aux servitudes négatives : en effet, ce n'est pas parce que les bénéficiaires d'une servitude de restriction à bâtir ont bénéficié longtemps et paisiblement d'une situation de fait (vue dégagée, petites constructions, tranquillité, etc.) que cela est dû à l'exercice de leur droit ; en d'autres termes, le seul fait que les propriétaires du fonds servant se soient abstenus de construire d'une certaine manière ne permettra que très difficilement d'en tirer des conclusions sur l'étendue d'une servitude de restriction à bâtir¹⁷.

En tout état, l'étendue de la servitude doit être interprétée restrictivement, en ce sens que les droits des propriétaires grevés ne doivent être restreints que dans la mesure nécessaire à l'exercice normal de la servitude¹⁸. Ce corollaire bienheureux de la liberté de la propriété mériterait d'être plus souvent rappelé par le Tribunal fédéral.

Forts de ces considérations, nous dresserons ci-après une casuistique axée autour de certaines problématiques d'interprétation. Nous les traiterons graduellement, suivant le fil de la réflexion à mener pour déterminer le contenu d'une servitude de restriction à bâtir. Dans la mesure où la détermination du contenu d'une servitude dépendra toujours des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce, cette casuistique n'a qu'une valeur exemplative.

B. Casuistique

1. *Quant à l'intention des constituant·e·s*

La recherche de la réelle et commune intention des parties originaires constitue toujours le point de départ de l'interprétation du contrat constitutif de servitude ; cela étant, cette intention — pour autant qu'elle puisse être établie — n'aura pas le même poids selon que le litige oppose les parties originaires au contrat ou des tiers de bonne foi¹⁹. Nous démontrerons cela à l'aide de deux arrêts, qui illustrent bien les

¹⁶ TF 5A_766/2016 du 5 avril 2017, c. 4.1.2 ; ATF 128 III 169 in : JdT 2003 I 118, c. 3.

¹⁷ Voir à titre d'exemples : ATF 99 II 152, c. 5 : un droit de vue ne peut être interprété extensivement comme une extension du droit de vue à l'ensemble de la parcelle par le seul fait que les propriétaires du fonds servant n'ont pas tiré tout le parti possible de leur terrain ; ATF 108 II 542 in : JdT 1983 I 597, c. 3 : « *Le genre des constructions déjà édifiées sur le lotissement ne l'obligeait pas à comprendre autrement la servitude : si les autres propriétaires n'avaient pas construit plus grand, ce n'était pas nécessairement pour respecter la servitude* ».

¹⁸ ATF 113 II 506, c. 8b ; ATF 109 II 412 in : JdT 1984 I 628, c. 3 ; STEINAUER, tome II, N. 3459.

¹⁹ Voir *supra* p. 161 s. Sur cette question : HOHL, p. 77 ss.

divergences qui peuvent exister entre l'intention des propriétaires constituant·e·s d'une part, et la pièce justificative d'autre part.

Dans un premier arrêt de 1982, le Tribunal fédéral a, à juste titre, réformé un arrêt bernois qui avait défini la servitude beaucoup plus largement que l'acte d'acquisition²⁰. Dans cette affaire, la pièce justificative indiquait que les propriétaires étaient réciproquement tenu·e·s de ne construire que des maisons comportant un sous-sol, un rez-de-chaussée et un étage dans le toit. Interrogé comme témoin dans la procédure, l'ancien propriétaire avait expliqué que le but de ces servitudes était d'empêcher la construction de grands bâtiments, tout en permettant la construction de petits chalets. Se fondant sur son témoignage, la cour cantonale avait alors interdit la construction d'une maison à plusieurs logements. Saisi d'un recours, le Tribunal fédéral a constaté une violation des principes d'interprétation des servitudes, en considérant que la partie défenderesse pouvait s'en tenir à la pièce justificative, qui renseignait sur l'étendue de la servitude, sans avoir à enquêter sur les raisons qui avaient dicté la constitution de la servitude de restriction au droit de bâtir.

Dans un second arrêt de 2009, le Tribunal fédéral a cette fois confirmé un arrêt genevois donnant la priorité à la volonté réelle des parties²¹. Dans cette affaire, l'acte constitutif de la servitude de non-bâtir prévoyait l'interdiction de construire un autre bâtiment que celui prévu selon des plans d'autorisation de construire visés *ne varietur*. Lorsqu'une nouvelle propriétaire a souhaité entreprendre des travaux de transformation de la villa sise sur le fonds servant, impliquant une extension du bâtiment existant, le propriétaire du fonds dominant, demeuré inchangé depuis la constitution de la servitude, s'y est opposé par le biais d'une action confessoire. Pour interpréter la servitude, la cour cantonale s'est fondée sur une convention privée passée en marge de l'acte constitutif, indiquant que le but de la servitude était notamment d'éviter la multiplicité d'habitations et l'utilisation accrue du chemin privé; interrogé en qualité de partie, le propriétaire du fonds dominant a confirmé ce but. Partant, la cour cantonale a estimé que les travaux projetés étaient conformes au contenu de la servitude, malgré le texte de l'acte constitutif. Dans ce litige, la propriétaire du fonds servant a eu beaucoup de chance: elle a été «sauvée» par l'absence d'un transfert de propriété du fonds dominant et, surtout, par les déclarations malheureuses de sa partie adverse.

Ainsi, lorsque des propriétaires souhaitent s'éloigner du texte clair d'un acte constitutif de servitude, deux obstacles de taille sont à

²⁰ ATF 108 II 542 in: JdT 1983 I 597.

²¹ TF 5A_204/2009 du 12 mai 2009 in: SJ 2010 I p. 49.

surmonter : d'une part, prouver une volonté réelle divergente des parties constituantes ; d'autre part, démontrer que cette volonté est opposable à la partie adverse. Les déclarations des propriétaires ayant pris part à la constitution de la servitude auront dès lors plus de valeur lorsqu'ils ou elles sont entendu·e·s en tant que parties au procès que lorsqu'ils ou elles sont auditionné·e·s comme témoins ; dans ce dernier cas en effet, la portée de leur témoignage sera fortement relativisée par l'effet de foi publique.

2. *Quant au degré de précision de l'acte constitutif*

La jurisprudence reconnaît de nombreux objectifs aux servitudes de restriction de bâtir : limitation du volume des constructions, dégagement de la vue, préservation de l'ensoleillement et de la lumière, recherche d'une certaine tranquillité liée à l'éloignement de toute construction, protection contre les immissions ; etc.²².

Cela étant, la marge laissée à une interprétation sur d'autres critères que le texte de l'acte constitutif est d'autant plus étroite que le texte est précis²³. Prenons l'exemple d'une servitude limitant la hauteur des constructions à 6,50 m au-dessus du sol : selon le Tribunal fédéral, une telle limitation doit être comprise comme une restriction absolue à la hauteur des constructions : l'intention des parties n'est assurément pas que l'on doive rechercher dans chaque cas si une construction plus haute serait effectivement incompatible avec les besoins du fonds dominant. Une telle interprétation serait contraire à la sécurité du droit²⁴. À l'inverse, un titre d'acquisition qui prévoit l'interdiction de construire plus de deux étages laisse une plus grande marge d'interprétation. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que l'expression « deux étages » faisait avant tout référence à l'impression optique laissée par le bâtiment dans son ensemble et qu'il importait peu, en l'occurrence, que le sous-sol dépasse de 90 cm la surface du sol²⁵.

Idéalement, le contrat constitutif de servitude devrait répondre à l'imperatif de précision : cela passera soit par la fixation d'une restriction claire et absolue (hauteur, indice de densité, référence à un plan visé *ne varietur*, etc.), soit par l'indication des buts de la servitude. Les personnes chargées de la rédiger l'acte prendront néanmoins garde à la cohérence de celui-ci dans son ensemble : trop de précisions induisent parfois la contradiction. Ainsi, il sera déconseillé de prévoir une

²² ATF 109 II 412 in : JdT 1984 I 628, c. 3 ; TF 5A_340/2013 du 27 août 2013, c. 4.3.

²³ ATF 115 II 434 in : JdT 1991 I 88, c. 2b.

²⁴ ATF 115 II 434 in : JdT 1991 I 88, c. 2c.

²⁵ TF 5C.240/2004 du 21 janvier 2005, c. 4.

limitation absolue avec un but restreint, par exemple, une limitation de hauteur et un but de dégagement de la vue sur le lac. Une servitude constituée sur cette base interdit-elle les constructions dépassant la hauteur maximale sans pour autant entraver la vue sur le lac d'une quelconque manière? La question ouvre assurément la porte à des litiges d'interprétation.

Lorsque l'interprétation de l'acte constitutif ne permet pas de déterminer avec précision le contenu d'une servitude de restriction à bâtir (par exemple, si l'inscription et l'acte constitutif se limitent à indiquer: «restriction au droit de bâtir»), il convient de s'en remettre au principe de l'interprétation restrictive des servitudes²⁶. En vertu de ce principe, le Tribunal fédéral considère qu'une servitude de restriction à bâtir vise normalement à empêcher l'édification de constructions au-dessus du sol: elle n'a pas pour but d'interdire les constructions souterraines et invisibles (en l'occurrence, la construction d'un garage souterrain) ni l'aménagement du terrain au niveau du sol (en l'occurrence, la création d'un chemin et de places de parc)²⁷. En somme, ces distinctions relèvent souvent du bon sens, sans que l'on puisse tracer une ligne claire entre ce qui serait autorisé ou non en présence d'une servitude de restriction à bâtir ne contenant aucune indication sur sa portée. Ne devraient à notre avis pas être jugés compatibles avec une telle servitude: des canalisations souterraines, une balançoire pour enfants, une piscine hors sol, un compost; à l'inverse, devraient être considérés comme incompatibles avec la servitude: une piscine avec emprise en sous-sol, un terrain de tennis, des ruches, une pergola. Tout cela, bien sûr, sous réserve des circonstances particulières propres à chaque situation.

3. *Quant au poids des mots*

Lorsque la restriction à bâtir limite le droit de construire des propriétaires à certains types de constructions déterminées, les termes utilisés dans l'acte constitutif de servitude sont capitaux.

Dans un arrêt de 2013 concernant une servitude de restriction à bâtir, prévoyant qu'il ne pouvait être édifié qu'une villa comprenant rez-de-chaussée avec combles habitables, le Tribunal fédéral s'est ainsi livré à une définition du terme «villa»²⁸. En se fondant sur l'«usage actuel de la langue», en référence aux dictionnaires Larousse et Petit Robert, il a défini le terme comme suit: «maison moderne de plaisance ou d'habitation — généralement vaste — avec jardin, le terme maison

²⁶ Voir *supra* p. 162.

²⁷ ATF 109 II 412 in: JdT 1984 I 628, c. 3; CARREL, p. 26 s.

²⁸ TF 5A_340/2013 du 27 août 2013.

s'entendant d'un bâtiment construit pour loger une seule famille, par opposition à un appartement situé dans un immeuble». Le Tribunal fédéral en a conclu que la construction d'un bâtiment de trois niveaux habitables, comportant chacun deux appartements de quatre pièces, ne satisfaisait pas aux caractéristiques d'une villa, notamment parce que la construction projetée pouvait accueillir jusqu'à six familles. Dans le même considérant, il a balayé l'argument des parties recourantes en faveur d'une interprétation conforme au droit public : le fait qu'un projet soit conforme à la zone n'a pas d'influence sur le contenu de la servitude de droit privé²⁹. L'on en déduit que la construction d'un petit immeuble d'habitations (du type habitat groupé), ou d'une villa conçue pour accueillir plusieurs appartements, est pour l'heure incompatible avec les servitudes dites de villa.

Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral s'est également arrêté sur la notion de « construction », qu'il a interprétée plus largement qu'à l'art. 667 CC en y incluant certaines constructions mobilières (art. 677 CC) jugées incompatibles avec la servitude, telles que hangars légers, halle d'exposition, chapiteau, etc.³⁰ La portée de cet arrêt a toutefois été récemment relativisée par le Tribunal fédéral, qui n'a pas jugé arbitraire de considérer qu'une servitude interdisant toute construction n'interdisait pas les constructions mobilières (soit en l'espèce, deux niveaux de containers à ordures, un réservoir de ciment de 10 m et deux bennes)³¹. Dans cette affaire, le registre des servitudes mentionnait pourtant que le terrain en cause ne pourrait recevoir « que du mobilier urbain, des plantations d'ornements, monument décoratif, fontaine, kiosque, ce dernier d'une hauteur n'excédant pas 5 m, à l'exclusion de tout (*sic*) autre construction, de toute vespasienne ou chalet de nécessité ». Le résultat de l'arrêt, qui fait fi des exemples donnés, est contestable : à rigueur de texte, l'exclusion mentionne en effet deux constructions mobilières, alors que la tolérance porte, au contraire, sur des aspects décoratifs. Or, pour reprendre les termes de *Marchand* : « Même les plus hardis amateurs d'art contemporain auraient du mal à qualifier de monument décoratif un empilement de containers »³².

Il faut en conclure que le terme de « construction », lorsqu'il est utilisé dans un acte constitutif d'une servitude de restriction à bâtir, est empreint d'une certaine insécurité juridique. Alors qu'une interprétation large de la notion risque de porter une trop grande atteinte à la liberté des propriétaires grevé·e·s, une interprétation trop restrictive

²⁹ TF 5A_340/2013 du 27 août 2013, c. 3.4.

³⁰ ATF 109 II 412 in : JdT 1984 I 628, c. 5b.

³¹ TF 5A_453/2019 du 20 novembre 2019 in : SJ 2020 I p. 148 ss, c. 3.

³² Voir la note de MARCHAND, SJ, p. 151 s.

peut s'éloigner du but voulu par les parties. En l'état, les propriétaires qui souhaiteraient se prémunir de constructions mobilières au sens de l'art. 677 CC seraient bien inspiré·e·s de le préciser dans le contrat constitutif de la servitude³³.

L'interprétation restrictive des servitudes interdit enfin de faire dire à une servitude plus qu'elle n'en dit. Nous l'illustrerons à l'aide des deux exemples suivants :

- une servitude selon laquelle ne peuvent être construites plus de deux maisons mitoyennes, chacune de ces maisons pouvant avoir au maximum un appartement par étage («*Parkring-Servitut*», à Zurich), n'interdit pas la construction de deux maisons mitoyennes dépendantes, avec un appartement en attique s'étendant sur les deux maisons³⁴;
- une servitude selon laquelle il ne peut être construit d'autre bâtiment qu'une maison familiale n'a pas pour but de limiter le nombre de constructions mais d'en restreindre l'usage ; elle n'interdit pas la construction d'un bâtiment supplémentaire abritant des animaux (lapins et pigeons), un garage, un hangar à vélos et une cabane à outils qui restent en rapport avec un usage familial³⁵.

4. *Quant à l'examen du contexte juridique*

La détermination du contenu d'une servitude de restriction à bâtir peut enfin conduire à un examen du droit (public ou privé) en vigueur au moment de sa constitution. Cet examen ne peut toutefois se faire que si l'historique ou les circonstances entourant la constitution sont objectivement reconnaissables pour les tiers de bonne foi.

Dans un ancien arrêt publié de 1973, relatif à l'interprétation d'une servitude foncière de vue et de jours de 1948, le Tribunal fédéral a indiqué ce qui suit : «Lorsqu'on se trouve en présence d'un type de servitude appartenant notoirement à l'ancien droit ou au droit cantonal — servitude de type courant dérogeant aux règles sur les distances à observer dans les constructions — l'inscription au registre foncier doit être comprise dans le sens où l'entend le droit cantonal»³⁶. Le mot à retenir ici est «notoirement», qui présuppose que les tiers diligents sont tenus d'avoir connaissance du contexte ayant entouré la constitution de la servitude.

³³ MARCHAND, SJ 2020 I, p. 152.

³⁴ ATF 113 II 506.

³⁵ TF 5C.210/2006 du 15 janvier 2017, résumé in : DC 2007 p. 171.

³⁶ ATF 99 II 152, c. III.3.

Il existe une certaine insécurité juridique autour de la question de savoir si une interprétation inspirée du droit cantonal (ou communal) peut ou doit primer sur une interprétation littérale de la servitude selon l'usage actuel de la langue. Dans un arrêt concernant une servitude d'interdiction de construire un bâtiment de plus de deux étages («*zweigeschossige Bauten*»), le Tribunal fédéral a considéré qu'il était possible de se référer au règlement local sur les constructions pour définir la notion de « deux étages » : à le suivre, les propriétaires doivent en effet savoir que cette notion est définie dans un règlement et peuvent en déduire que la terminologie du contrat constitutif est logiquement associée à celle du règlement³⁷. Cet arrêt, non publié, propose ainsi une interprétation du contrat inspirée du droit public — celui-ci étant appréhendé en tant que composante de l'interprétation objective de l'acte constitutif de servitude. En l'état actuel de la jurisprudence, ce moyen d'interprétation des servitudes reste toutefois peu fréquent³⁸.

Toutefois, en présence d'une servitude de restriction à bâtir constituée en faveur de la collectivité publique, la servitude devrait à notre sens pouvoir être interprétée selon le droit cantonal en vigueur au moment de sa constitution³⁹. Prenons l'exemple d'un transfert de la totalité des droits à bâtir d'un immeuble à un autre, impliquant l'inscription d'une servitude de non-bâtir au profit de la parcelle appartenant à la collectivité : si une modification législative crée de nouveaux droits à bâtir (par exemple, par le biais d'une augmentation des indices d'utilisation du sol dans une zone donnée), les propriétaires du fonds servant doivent pouvoir bénéficier de ces nouveaux droits, sous déduction du taux maximal préalablement transféré⁴⁰. Une interprétation littérale de la servitude comme interdisant toute construction à l'avenir serait ici choquante. L'on en déduit qu'en présence d'une servitude constituée en faveur de la collectivité publique, les motifs de sa constitution doivent pouvoir être opposés à la collectivité publique (mais aussi, le cas échéant, à d'autres cotitulaires de la servitude).

³⁷ TF 5C.240/2004 du 21 janvier 2005, c. 4.

³⁸ Comparer à cet égard les arrêts TF 5C.240/2004 du 21 janvier 2005, c. 4 et TF 5A_340/2013 du 27 août 2013, c. 3.4.

³⁹ Pour un raisonnement *a contrario*, voir l'arrêt TF 1C_79/2015 du 6 août 2015 : dans cette affaire, le fait que la servitude n'ait pas été inscrite au registre foncier en faveur de la collectivité a été pris en compte pour nier une limitation à la densité du fonds servant.

⁴⁰ Pour un examen de cette question sous l'angle du droit genevois des constructions, voir ATA/517/2018 du 19 mai 2018.

IV. LA PROTECTION DE CES SERVITUDES

Selon l'art. 737 al. 1 CC, celles et ceux à qui la servitude est due peuvent prendre toutes les mesures nécessaires pour la conserver et pour en user. Cette disposition sert notamment de base à l'action confessoire, qui permet aux titulaires d'une servitude troublé·e·s dans l'exercice de leur droit de faire cesser l'état de chose incompatible avec la servitude⁴¹. En matière de servitude de restriction à bâtir, la protection de la servitude s'oppose fréquemment à la tolérance (réelle ou alléguée) des bénéficiaires de la servitude vis-à-vis d'une situation de fait. L'exemple classique est celui des propriétaires qui requièrent la démolition d'une construction pourtant tolérée pendant un certain temps.

En tant que telle, l'action confessoire est imprescriptible. Elle peut toutefois être considérée comme abusive au sens de l'art. 2 al. 2 CC si elle est exercée tardivement, et entraîner en conséquence la péremption du droit des bénéficiaires de la servitude d'exiger la destruction d'une construction contraire à leur droit réel⁴². Cela suppose que les bénéficiaires aient toléré la violation de leur droit pendant longtemps et que les propriétaires grevé·e·s pouvaient de bonne foi se fier à l'inaction des bénéficiaires⁴³.

Les exigences pour admettre un abus de droit sont à juste titre élevées. Le simple fait de renoncer à former opposition à une autorisation de construire n'équivaut pas à une renonciation tacite à l'exercice de la servitude⁴⁴: cela semble d'autant plus évident que l'invocation des moyens de droit privé est irrecevable dans le cadre d'un litige de droit public. En revanche, le fait de contresigner des plans relatifs à des constructions projetées⁴⁵, de même que le retrait d'une opposition s'insérant dans le cadre d'un accord global entre les parties⁴⁶, peuvent être révélateurs d'un comportement contradictoire des bénéficiaires de la servitude, et, partant, faire échec à l'action confessoire intentée.

Que faut-il par ailleurs entendre par une «longue tolérance» de la situation de fait, respectivement un «exercice tardif» de l'action confessoire? La durée ne saurait être fixée de manière absolue, mais s'examine en fonction de la confiance dont pouvait tirer les propriétaires

⁴¹ STEINAUER, tome II, N. 3481; CR CC II-ARGUL, art. 737 CC N. 7; sur les conditions de cette action, voir CPra Actions-BOHNET, vol. I, par. 53 N. 1 SS.

⁴² TF 5A_369/2013 du 14 mai 2014 in: SJ 2014 I p. 429 ss, c. 5.1; TF 5C.307/2005, c. 6.2; ACJC/1595/2015 du 18 décembre 2015, c. 4.

⁴³ TF 5A_369/2013 du 14 mai 2014 in: SJ 2014 I p. 429 ss, c. 5.1; TF 5C.307/2005, c. 6.2; ACJC/1595/2015 du 18 décembre 2015, c. 4.

⁴⁴ TF 5C.307/2005, c. 5.3; TC NE du 25 février 2009 in: RJN 2009 p. 123, c. 3.

⁴⁵ TC NE du 25 février 2009 in: RJN 2009 p. 123, c. 3 et 4 (contresignature des plans relatifs aux aménagements extérieurs de la piscine projetée).

⁴⁶ TF 5A_1016/2017 du 13 juin 2018, c. 5.2.

grevé·e·s de l'inaction des bénéficiaires de la servitude. Pour l'examen de ce critère, il convient de tenir compte non pas du moment de la délivrance du permis de construire, mais du début de travaux⁴⁷; en effet, seule l'exécution de ces derniers concrétise la violation de la servitude. La jurisprudence a ainsi admis qu'un laps de temps d'un an et demi entre l'exécution de travaux de rénovation de façade et la protestation expresse contre ces derniers n'apparaissait pas excessivement long, compte tenu du fait que les bénéficiaires n'étaient pas resté·e·s totalement inactif·ve·s dans l'intervalle⁴⁸.

On notera à toutes fins utiles qu'une renonciation à faire valoir les droits découlant d'une servitude face à une situation donnée ne signifie pas une renonciation à l'entier du bénéfice de la servitude. Ainsi, les bénéficiaires d'une servitude de villa qui renoncent tacitement à s'opposer à la construction d'une seconde villa sur la parcelle grevée ne donnent pas un blanc-seing à tout futur projet de construction contraire à la servitude. Il en va de même s'agissant d'une construction dépassant la limite maximale fixée dans une servitude de hauteur.

Il convient enfin de s'arrêter sur une controverse doctrinale relative à l'application analogique de l'art. 674 al. 3 au cas d'une construction empiétant sur l'assiette d'une servitude. Selon cette disposition, lorsque les propriétaire lésé·e·s, après avoir eu connaissance de l'empiètement, ne s'y sont pas opposé·e·s en temps utile, les propriétaires des constructions et autres ouvrages peuvent demander, si ils ou elles sont de bonne foi et si les circonstances le permettent, que l'empiètement à titre de droit réel ou la surface usurpée leur soient attribués contre paiement d'une indemnité équitable. La question divise la doctrine⁴⁹; quant au Tribunal fédéral, après avoir nié l'application analogique de l'art. 674 al. 3 CC dans un ancien arrêt⁵⁰, il a plus récemment renoncé à confirmer cette jurisprudence et laissé la question ouverte⁵¹.

On peut se demander quel est l'enjeu de cette controverse, puisque l'abus de droit permet de faire obstacle à la destruction de la construction dans certaines situations. Il n'en demeure pas moins que l'abus de droit est admis restrictivement et, de fait, est probablement plus difficile à mettre en œuvre pour empêcher la destruction d'une

⁴⁷ TF 5A_369/2013 du 15 mai 2014 in: SJ 2014 I p. 429, c. 5.1.

⁴⁸ TF 5C.307/2005 du 19 mai 2006, c. 6.3.

⁴⁹ En faveur de l'application analogique: STEINAUER, tome II, N. 3482; CR CC II-ARGUL, art. 737 CC N. 7; PRADERVAND-KERNEN, N. 789 ss; PIOTET, N. 370; en défaveur de l'application analogique: CR CC II-MARCHAND, art. 674 CC N. 9; ZK-HAAB, art. 674 N. 1.

⁵⁰ ATF 83 II 201 in: JdT 1958 I 108, c. 2.

⁵¹ TF 5C.307/2005 du 19 mai 2006, c. 7.

construction que ne l'est l'art. 674 al. 3 CC⁵². Par ailleurs, l'admission d'un abus de droit, s'il a pour effet de faire échec à l'action confessoire de propriétaires donnés, n'équivaut pas à l'extinction de la servitude en tant que telle. Il en résulte que si une tierce personne acquiert postérieurement le fonds au bénéfice de la servitude de non bâtir, elle est *a priori* en droit de solliciter la destruction de la construction violant dite servitude. C'est toutefois sous réserve de l'application de la jurisprudence relative à la publicité dite naturelle, qui prévoit que la bonne foi des propriétaires qui se fient au registre foncier peut être détruite par la publicité dite naturelle⁵³, en ce sens que les limitations à l'exercice de la servitude qui auraient été visibles lors d'une visite sur les lieux sont opposables à celles et ceux qui acquièrent l'immeuble⁵⁴. Appliqué aux servitudes de restriction à bâtir, cela peut conduire à détruire la bonne foi des propriétaires qui exigeraient le respect d'une servitude de vue alors qu'une visite des lieux rendait flagrante l'absence de vue dégagée; à l'inverse, cette jurisprudence s'appliquera plus difficilement aux constructions peu (*a fortiori*, pas) visibles depuis le fonds dominant (par exemple, une piscine sur le fonds servant) ou aux violations moins évidentes (par exemple, le respect d'une certaine distance).

Au vu de ce qui précède et en dépit de son intérêt résiduel (à savoir le maintien d'une construction illicite au regard du droit privé), il convient à notre avis de rejeter l'application analogique de l'art. 674 al. 3 CC. Premièrement, la solution consistant à constituer d'une servitude d'empiètement au bénéfice de son propre immeuble s'éloigne sensiblement du texte légal; deuxièmement, le fait que cette servitude s'inscrive sur l'assiette d'une servitude de non bâtir grevant ce même immeuble crée une situation juridique inutilement complexe; troisièmement, la jurisprudence sur l'abus de droit et la publicité naturelle offre déjà une protection adéquate contre la destruction de certaines constructions; quatrièmement et plus fondamentalement, l'application analogique de l'art. 674 al. 3 CC permettrait de contourner efficacement, par la politique du fait accompli, les règles relatives à l'extinction des servitudes.

⁵² Encore que l'application de l'art. 674 al. 3 CC est également soumise à des conditions restrictives, notamment la bonne foi de la perturbatrice (voir notamment TF 5A_891/2017 in: SJ 2018 I p. 373 ss).

⁵³ Selon l'ATF 137 III 153 in: JdT 2011 II 423, c. 4.1.3, la publicité dite naturelle «[...] consiste en ceci que la situation juridique se manifeste d'une manière extérieurement visible par l'état physique du bien-fonds».

⁵⁴ ATF 137 III 153 in: JdT 2011 II 423, c. 4.2.3; ATF 137 III 145 in: JdT 2011 II 415, c. 3.3.3; STEINAUER, tome II, N. 3458.

V. L'EXTINCTION DE CES SERVITUDES

A. L'action en radiation d'une servitude

1. *En cas de perte d'utilité (art. 736 al. 1 CC)*

Selon l'alinéa premier de l'art. 736 CC, les propriétaires grevés peuvent exiger la radiation d'une servitude qui a perdu toute utilité pour le fonds dominant. L'utilité correspond à l'intérêt des propriétaires du fonds dominant à l'exercice de la servitude selon son objet et son étendue; elle se définit conformément au principe de l'identité de la servitude, selon lequel une servitude ne peut être maintenue dans un autre but que celui pour lequel elle a été constituée⁵⁵. Il convient donc de rechercher si l'usage de la servitude présente encore pour ses titulaires un intérêt conforme à son but initial⁵⁶.

L'application de cette disposition aux servitudes de restriction à bâtir se heurte à deux obstacles: d'une part, ces servitudes sont généralement constituées en vue d'un but futur (et par voie de conséquence, couvrant une large palette d'éventualités); d'autre part, en tant que servitudes négatives, leur non-usage pendant une longue durée (et par voie de conséquence, la perte d'utilité) est plus difficile à établir, puisque leurs bénéficiaires n'utilisent pas le droit d'une manière active⁵⁷.

Plaider l'extinction d'une servitude de restriction à bâtir en application de l'art. 736 al. 1 CC relève ainsi souvent de la témérité. En particulier, l'argumentation tirée de l'ancienneté des servitudes par rapport au développement d'un quartier, au changement d'affectation du fonds servant, ou encore à l'augmentation du potentiel constructible par suite d'un changement de législation, est régulièrement balayée par les tribunaux⁵⁸.

À notre avis, la perte d'utilité d'une servitude peut exceptionnellement être retenue lorsque le non-respect de la servitude est patent⁵⁹ et que ses titulaires ont renoncé à faire valoir leur droit au respect de la servitude pendant une certaine durée (selon nous, d'autant plus courte que la violation est crasse et vice versa, mais au minimum dix ans). L'extinction se justifie alors pour des motifs liés à la sécurité du droit,

⁵⁵ TF 5A_340/2013 du 27 août 2013, c. 4.3; CR CC II-ARGUL, art. 736 CC N. 5.

⁵⁶ TF 5A_340/2013 du 27 août 2013, c. 4.3; CR CC II-ARGUL, art. 736 CC N. 5.

⁵⁷ Sur les caractéristiques d'une servitude négative, voir *supra* p. 158.

⁵⁸ ATF 107 II 331 in: JdT 1982 I 118, c. 3 (servitude constituée en 1932 et passage du fonds servant en zone de construction); TF 5C.155/1998 in: SJ 1999 I 102, c. 6a (servitude de villa constituée en 1911 sur une assiette comportant des « petits immeubles urbains »); TF 5A_340/2013 du 27 août 2013, c. 4.3 (servitude de villa constituée en 1948 et développement subséquent du quartier); TF 5A_128/2020 du 13 avril 2021, c. 4.1.

⁵⁹ Voir dans ce sens, semble-t-il: TF 5C.155/1998 in: SJ 1999 I 102, c. 6a.

puisque si la servitude de non-bâtir est ostensiblement violée depuis de nombreuses années, sa protection par le biais de l'art. 737 CC sera vraisemblablement vaine⁶⁰, de sorte qu'il paraît opportun de constater formellement son extinction.

2. *En cas de disproportion entre l'utilité et la charge* (art. 736 al. 2 CC)

Selon le second alinéa de l'art. 736 CC, les propriétaires grevé·e·s peuvent obtenir, contre indemnité⁶¹, 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. La disproportion entre l'utilité et la charge peut résulter non seulement d'une diminution de l'intérêt des titulaires de la servitude au maintien de cette dernière, mais également d'une aggravation de la charge pour les propriétaires du fonds servant⁶². C'est ce que le Tribunal fédéral a confirmé un arrêt de 1981⁶³, mettant un terme à une jurisprudence trop restrictive qui refusait de prendre en compte la diminution de l'intérêt des titulaires de la servitude. Or, selon le Tribunal fédéral, l'art. 736 al. 2 CC s'applique également lorsque l'utilité de la servitude est demeurée identique pour ses titulaires, mais disproportionnée compte tenu de l'accroissement de la charge imposée aux grevé·e·s ; en d'autres termes, ce qui est décisif, c'est que l'intérêt au maintien de la servitude soit devenu proportionnellement tenu⁶⁴.

En matière de servitude de restriction à bâtir, c'est généralement l'aggravation de la charge qui motive l'introduction d'une action en radiation de la servitude. Or, selon le Tribunal fédéral : « [L]orsqu'une servitude de restriction de bâtir a été constituée en vue de limiter les constructions sur le fonds servant, une aggravation de la charge résultant uniquement d'un changement, voire de l'introduction d'un plan d'affectation ou encore de l'augmentation des prix des terrains ne constitue pas en principe un motif suffisant pour admettre une libération

⁶⁰ Voir développements *supra* p. 169 ss.

⁶¹ À noter que le texte français, contrairement aux textes allemand (« *gegen Entschädigung* ») et italien (« *mediante indennità* »), omet malencontreusement de se référer à l'indemnisation.

⁶² ATF 107 II 331 in: JdT 1982 I 118, c. 4 ; STEINAUER, tome II, N. 3428 ; CR CC II-ARGUL, art. 736 CC N. 15.

⁶³ ATF 107 II 331 in: JdT 1982 I 118, c. 4.

⁶⁴ ATF 107 II 331 in: JdT 1982 I 118, c. 4 ; STEINAUER, tome II, N. 3428 ; CR CC II-ARGUL, art. 736 CC N. 15.

judiciaire fondée sur l'art. 736 al. 2 CC⁶⁵». Vu sous cet angle, le changement de jurisprudence évoqué *supra* paraît presque cosmétique en matière de servitude de restriction à bâtir, puisque l'accroissement de l'intérêt à construire (et donc, l'augmentation de la charge que représente la servitude qui empêche cette construction) ne saurait, à lui seul, constituer un motif de libération.

Il est en effet admis que l'intérêt des servitudes de restriction à bâtir s'actualise lorsque les propriétaires grevés manifestent leur intention de construire⁶⁶, puisque ces servitudes ont précisément été constituées dans le but d'empêcher une certaine utilisation future du fonds servant. Or, c'est au moment où un projet de construire se concrétise que ces servitudes remplissent leur fonction initiale, à savoir celle de «rempart» de droit privé: en parallèle à l'augmentation de la charge, l'intérêt au maintien de la servitude s'accroît également⁶⁷, de telle sorte que l'utilité de celle-ci n'apparaît pas nécessairement disproportionnée au regard de la charge qu'elle induit. Il y a donc, en quelque sorte, un rééquilibrage des intérêts en présence.

N'ont ainsi pas été considérés comme des motifs d'extinction un accroissement de l'intérêt à la construction résultant du développement du droit de l'aménagement du territoire (changement d'affectation, introduction d'un plan d'affectation, admissibilité d'une densité des constructions plus importante, etc.), de l'urbanisation du périmètre où se situe le fonds servant et/ou tout simplement de l'augmentation du prix des terrains à bâtir⁶⁸.

Les exemples suivants, issus de la jurisprudence, illustrent le propos :

- Une servitude de non bâtir a été constituée en 1932 sur un terrain agricole, au bénéfice d'un autre terrain agricole. Le périmètre de la ville s'est étendu, de sorte que le fonds servant a été classé en zone constructible, au contraire du fonds dominant. Le maintien de l'intérêt des propriétaires du fonds dominant à la conservation d'un espace libre de toute construction entre leur domaine agricole et le territoire bâti a été admis⁶⁹, et le motif d'extinction de la servitude rejeté.

⁶⁵ TF 5A_340/2013 du 27 août 2013, c. 5.3.2 et réf. cit.; dans ce sens, v. également TF 5A_128/2020 du 13 avril 2021, c. 4.1.

⁶⁶ ATF 107 II 331 in: JdT 1982 I 118, c. 5.b; TF 5A_340/2013 du 27 août 2013, c. 5.3.2; TF 5A_128/2020 du 13 avril 2021, c. 4.1; CJ GE, ACJC/264/2012 du 24 février 2012, c. 3.2; ARGUL GROSSRIEDER, N. 536.

⁶⁷ Dans ce sens: ATF 107 II 331 in: JdT 1982 I 118, c. 5b.

⁶⁸ ATF 107 II 331 in: JdT 1982 I 118, c. 5.b; TF 5A_340/2013 du 27 août 2013, c. 5.3.2; TF 5C.155/1998 in: SJ 1999 I 102, c. 6.c; CJ GE, ACJC/264/2012 du 24 février 2012, c. 3.2; CR CC II-ARGUL, art. 736 CC N. 15.

⁶⁹ ATF 107 II 331 in: JdT 1982 I 118.

- Une servitude de villa a été constituée en 1911 dans le quartier des Eaux-Vives à Genève, à une époque où le fonds grevé faisait partie d'un périmètre à faible densité de construction. Aujourd'hui, le fonds grevé se situe dans un périmètre urbain à forte densité. Le motif d'extinction tiré de l'intérêt des propriétaires du fonds servant à pouvoir construire de hauts immeubles sur leur parcelle n'a pas été jugé suffisant au sens de l'art. 736 al. 2 CC⁷⁰.
- Plusieurs servitudes interdisant la construction de bâtiments de plus d'un étage ont été constituées en 1951 ; depuis, les parcelles grevées ont été incluses dans le périmètre d'un plan localisé de quartier (PLQ), prévoyant la construction d'immeubles de six étages et attique. L'intérêt des propriétaires des fonds servants à pouvoir construire conformément au PLQ n'a pas été jugé suffisant pour admettre l'extinction de la servitude⁷¹.
- Une servitude de villa a été constituée en 1948. La densité des constructions autorisée a sensiblement augmenté au gré des modifications du droit public, si bien que les propriétaires du fonds servant ont obtenu l'autorisation de construire un bâtiment de trois niveaux habitables comportant chacun deux appartements (habitat groupé). Le motif d'extinction, tiré de l'intérêt des propriétaires du fonds servant à pouvoir construire conformément au régime du droit des constructions, n'a pas été admis⁷².

En réalité, dans de telles situations, le Tribunal fédéral considère que la servitude de restriction à bâtir ne sera disproportionnée au regard de l'art. 736 al. 2 CC que si elle empêche l'utilisation rationnelle du fonds servant⁷³. Mais qu'est-ce qu'une utilisation rationnelle ? À notre connaissance, cette notion indéterminée n'a pour l'heure été définie qu'à l'aide de contre-exemples. Selon la jurisprudence, n'empêchent ainsi pas une utilisation rationnelle du fonds servant le fait de pouvoir y édifier une villa (en lieu et place d'un petit immeuble d'habitation)⁷⁴ ou encore le fait de pouvoir l'exploiter comme terrain agricole ou s'en servir pour de l'équipement (en lieu et place d'un terrain constructible)⁷⁵. À ce

⁷⁰ TF 5C.155/1998 in : SJ 1999 I 102.

⁷¹ CJ GE, ACJC/264/2012 du 24 février 2012.

⁷² TF 5A_340/2013 du 27 août 2013.

⁷³ ATF 107 II 331 in : JdT 1982 I 118, c. 5.c ; TF 5A_340/2013 du 27 août 2013, c. 5.3.2 ; TF 5C.155/1998 in : SJ 1999 I 102, c. 6.c ; CR CC II-ARGUL, art. 736 CC N. 15 ; STEINAUER, tome II, N. 2275a ; ARGUL GROSSRIEDER, N. 536.

⁷⁴ TF 5A_340/2013 du 27 août 2013, c. 5.4.

⁷⁵ ATF 107 II 331 in : JdT 1982 I 118, c. 5.c.

sujet, on notera encore un intéressant arrêt genevois de 2012⁷⁶, relatifs à des immeubles grevés de servitudes de non-bâtir et situés dans le périmètre d'un plan d'affectation prévoyant un certain gabarit. Dans cette affaire, les parties recourantes faisaient valoir que les servitudes consacraient *de facto* une interdiction absolue de bâtir, puisqu'il n'était pas possible de construire en respectant à la fois les servitudes et le plan d'affectation. En raison d'une allégation tardive, la Cour de justice a malheureusement refusé d'examiner ce grief.

Au vu de ces exemples, c'est peu dire que les arguments économiques n'ont pas la côte auprès des juridictions civiles ; de même, ces dernières n'apprécient guère que des propriétaires privé-e-s invoquent des intérêts publics liés à la rationalisation des constructions, qui, il est vrai, cachent souvent des motifs plus égoïstes. Comme le relève à juste titre *Steinauer*: « [s]'il devait y avoir un véritable intérêt public à la densification, c'est la collectivité qui devrait procéder à l'expropriation de la servitude »⁷⁷. On en revient, encore et toujours, à l'interminable partie de ping-pong droit public/droit privé. Mais alors, que plaider pour se débarrasser d'une servitude de restriction de bâtir ?

À notre avis, dans le cadre d'une action en radiation d'une servitude fondée sur l'art. 736 al. 2 CC, les parties demandereses devraient concentrer leurs efforts sur l'interprétation de la servitude et la mise en exergue d'une disproportion des intérêts en présence (et non sur la seule démonstration de l'accroissement de la charge). Il leur revient en effet de démontrer que l'intérêt au maintien de la servitude est devenu proportionnellement tenu. Les arrêts cités à l'appui de nos précédents développements partent tous du postulat d'un renforcement simultanée de l'utilité de la servitude pour chacune des deux parties, ayant pour effet un rééquilibrage des intérêts en présence⁷⁸. C'est souvent vrai, mais pas toujours. En effet, l'interprétation de la servitude peut démontrer que celle-ci avait un but précis (par exemple, une vue dégagée) que l'urbanisation a d'ores et déjà réduit à néant ou largement réduit, indépendamment du maintien de la servitude litigieuse (par exemple, parce que la vue est déjà obstruée par d'autres bâtiments).

Notons enfin que lorsqu'une servitude, qui n'est pas à proprement parler une servitude de non-bâtir, a pour conséquence indirecte une restriction de construire, sa radiation en vertu de l'art. 736 al. 2 CC sera largement facilitée. Ainsi en irait-il par exemple d'une servitude de passage, de passage, de parking etc. qui aurait pour effet indirect

⁷⁶ CJ GE, ACJC/264/2012 du 24 février 2012, c. 3.2.

⁷⁷ STEINAUER, DC, p. 137.

⁷⁸ Voir *supra* p. 174 s.

d'interdire toute construction sur son assiette⁷⁹. Il s'agit là d'un cas d'application du principe de l'identité de la servitude.

B. Autres moyens de droit privé envisageables

1. Par une division parcellaire ?

Les propriétaires d'un fonds grevé d'une servitude de restriction à bâtir pourraient être tenté·e·s de procéder à une division parcellaire afin de mettre à mal la servitude. Prenons l'exemple d'une servitude de villa, limitant la construction à une villa sur le fonds servant. Que se passerait-il en cas de division de ce fond ?

En vertu de l'art. 743 al. 1 CC, si le fonds servant est divisé, la servitude subsiste sur toutes les parcelles. Cet article prévoit ainsi une multiplication des servitudes de par la loi⁸⁰. Or, dans notre exemple, la multiplication d'une servitude de villa existante sur le fonds servant en deux servitudes de villas grevant les deux parcelles issues de la division a précisément pour effet de permettre la construction de deux villas au lieu d'une sur la même surface de terrain. *Quid iuris ?*

Le but de l'art. 743 al. 1 CC consiste en ce que la division ne puisse pas avoir pour effet de modifier matériellement le contenu de la servitude⁸¹, de sorte que les titulaires de la servitude ne soient pas lésé·e·s par la modification des limites du fonds servant. Or, dans l'exemple donné, il est manifeste que l'application textuelle de l'art. 743 al. 1 CC ne permet pas de garantir le but visé par cette disposition.

À notre avis, il convient ici de procéder à une application analogique de l'art. 974b al. 2 CC, applicable aux servitudes inscrites à charge lors d'une réunion d'immeubles. En vertu de cette disposition, lorsque des servitudes grevent des immeubles visant à être réunis, cette réunion ne peut se faire que si les bénéficiaires y consentent ou si leurs droits ne sont pas lésés à raison de la nature de la charge. En effet, cette disposition, qui est le pendant de l'art. 743 al. 1 CC en matière de réunion d'immeubles, vise le même but, à savoir que la situation des titulaires de droits sur les immeubles ne soit pas altérée⁸².

Il en découle que dans notre exemple, les propriétaires du fonds grevé de la servitude de villa ne devraient pouvoir diviser leur immeuble qu'avec l'accord des titulaires de dite servitude — libres aux parties de

⁷⁹ ARGUL GROSSRIEDER, N. 537.

⁸⁰ CR CC II-ARGUL, art. 743 CC N. 3.

⁸¹ Message, FF 2007 5044 ; CR CC II-ARGUL, art. 743 CC N. 4 ; MOOSER, p. 175 s.

⁸² CR CC II- MOOSER, art. 974b CC N. 1 ; MOOSER, Modifications, p. 175 s.

négocier les termes d'un éventuel accord et de décider d'un nouvel état des droits sur leurs immeubles.

2. Par l'invocation de la nullité de la servitude ?

Il est enfin des cas où les propriétaires d'un fonds grevé d'une servitude de restriction à bâtir pourraient à notre avis invoquer la nullité de la servitude. Le contenu de la servitude doit en effet être licite, sous peine d'entraîner la nullité du contrat qui la constitue⁸³ : selon l'art. 20 al. 1 CO, le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs.

Parmi les causes de nullité possibles, celle résultant du principe de la limitation des charges mérite une attention particulière. En effet, la charge imposée par une servitude ne peut pas porter sur l'ensemble des droits inhérents à la propriété, faute de quoi le droit de propriété pourrait être vidé de sa substance⁸⁴.

Appliqué aux servitudes de restriction à bâtir, les critères suivants sont à prendre en considération : les constructions (totalement ou partiellement) interdites, l'assiette de la servitude, la durée (limitée ou illimitée) du droit, les possibilités résiduelles d'exploitation de l'immeuble grevé, etc⁸⁵. Ainsi, une servitude d'interdiction de construire non limitée dans le temps et grevant la totalité ou une grande partie d'un immeuble destiné à accueillir des bâtiments pourrait être considérée comme nulle, motif pris de la violation du principe de la limitation des charges⁸⁶.

Rappelons enfin que cette hypothèse doit être distinguée des éventuels cas de nullité de servitudes de restriction à bâtir constituées pour faire obstacle au droit de l'aménagement du territoire en vigueur. Ainsi en irait-il probablement de servitudes constituées dans le but de nuire à la mise en œuvre d'un plan d'affectation en force (par exemple, un plan localité de quartier) et contraires au contenu de ce dernier (par exemple, des servitudes de villa là où la construction d'immeubles est projetée).

VI. LA VALEUR DE CES SERVITUDES

Selon une jurisprudence constante, une servitude n'a pas de valeur vénale propre, indépendante du ou des fonds concerné(s) : elle est en

⁸³ STEINAUER, tome II, N. 3315 ; GALLAND, N. 170.

⁸⁴ GALLAND, N. 395 ; CR CC II-ARGUL, art. 730 CC N. 8.

⁸⁵ Dans ce sens, v. également GALLAND, N. 423.

⁸⁶ V. ATF 107 II 331 in : JdT 1982 I 118, c. 5c ; GALLAND, N. 424.

effet en étroite dépendance économique avec le fonds qu'elle grève, et, si elle est foncière, avec le fonds en faveur duquel elle est constituée⁸⁷. Sa valeur ne peut donc pas être déterminée pour elle-même.

En outre, la valeur d'une servitude varie nécessairement selon le point de vue adoptée : pour les propriétaires du fonds servant, elle correspond à la dépréciation globale de leur immeuble (soit la dépréciation de la partie touchée par la servitude additionnée à la dépréciation de la partie non directement touchée par la servitude, selon les effets négatifs provoqués par cette dernière) ; pour les propriétaires du fonds dominant en revanche, elle correspond à l'augmentation de la valeur de leur immeuble⁸⁸.

La valeur d'une servitude de restriction à bâtir est ainsi généralement supérieure pour les propriétaires du fonds grevé (pour qui la servitude équivaut parfois ni plus ni moins à une interdiction de construire), que pour les propriétaires du fonds dominant (pour qui la servitude protège, selon son but, une vue, une tranquillité, un ensoleillement, etc.).

La présente contribution n'a pas pour effet de présenter une méthode de calcul de la valeur de ces servitudes⁸⁹, valeur qui dépend notamment d'une multitude de facteurs, dont notamment :

- le contexte : négociation en vue de la constitution d'une servitude, estimation des servitudes grevant un immeuble, demande de libération d'une servitude, expropriation, etc. ;
- le type de restriction à bâtir ;
- la nature et l'ampleur de la surface touchée⁹⁰ : surface constructible, inconstructible, grande surface, petite surface, surface faisant l'objet d'autres servitudes, etc. ;
- les possibilités résiduelles d'exploitation de l'immeuble.

En droit public, la question de la valeur d'une servitude se posera en particulier lors de l'expropriation de cette servitude : dans ce cas, les indemnités versées en contrepartie de l'expropriation (calculées selon la méthode de la différence ; art. 19 let. b LEX) seront souvent

⁸⁷ ATF 131 II 458 in: JdT 2006 I 668, c. 3.3; ATF 122 II 246 in: JdT 1998 I 409, c. 4; ATF 121 II 436 in: JdT 1996 I 425 c. 8.a); ATF 114 Ib 321 in: JdT 1990 I 543, c. 3; EGGS, N. 128; PRADERVAND-KERNEN, N. 129 s.

⁸⁸ V. pour une synthèse : PRADERVAND-KERNEN, N. 1130 ss.

⁸⁹ À ce sujet, lire : PRADERVAND-KERNEN, N. 611 ss.

⁹⁰ V. notamment SIEGRIST, p. 59, qui indique qu'en règle générale, les experts immobiliers admettent que la partie du terrain grevée d'une servitude d'interdiction de bâtir consécutive à l'octroi d'une servitude de distance ou à l'aliénation de droit à bâtir perd entre le quart et la moitié de sa valeur, selon les circonstances.

faibles, voir nulles⁹¹. Dans le cadre des relations entre personnes privées en revanche, le calcul dépendra avant tout du contexte (constitution *versus* libération) et pourra atteindre des montants plus substantiels.

Quoi qu'il en soit, la détermination de la valeur d'une servitude sera souvent déterminée par un expert immobilier, en fonction du mandat confié, et avec les incertitudes qui en découlent. Ces incertitudes liées à un calcul nécessairement empirique devraient inciter les parties à se mettre d'accord — ce qui, il faut bien l'admettre, est toujours plus facile à dire qu'à faire !

VII. CONCLUSION

Au terme de cette analyse, nul doute que les servitudes de restriction à bâtir n'échappent pas au qualificatif de « fléau » (*Plage*), utilisé par *Eugen Huber* pour décrire l'effet de certaines servitudes⁹². Quoi qu'on en pense, elles constituent des armes terriblement efficaces pour leurs bénéficiaires, qui se voient arroger le droit de décider ce qui peut — ou, en l'occurrence, ne peut pas — être construit à un endroit donné.

Bouclier pour les un·e·s, coup de massue pour les autres, les servitudes de restriction à bâtir sont un outil à manier avec prudence et parcimonie. Ce qui, au premier jour, peut sembler la meilleure des idées, peut *a posteriori* se révéler la pire. Les conséquences peu prévisibles sur le long terme de ce type de servitudes devraient inciter les parties à rédiger attentivement les contrats qui les constituent, en y décrivant notamment le but poursuivi.

Confronté·e·s à une problématique concrète, les praticien·ne·s n'oublieront enfin pas de se faire détectives : l'interprétation de la servitude, pour autant qu'elle puisse être opposée aux propriétaires actuel·le·s, est une étape indispensable de tout litige portant sur une servitude (qu'il s'agisse de sa protection ou de son extinction). Pour le reste, les servitudes de restriction à bâtir offrent un joli terrain de jeu pour celles et ceux qui apprécient l'argumentation et la négociation.

⁹¹ BELLANGER, Déclaration, p. 76. Pour des exemples, v. notamment TF 1C_148/2012, ATA/79/2012 du 8 février 2012, c. d, ATA/294/2013 du 7 mai 2013, c. 18.

⁹² HUBER, p. 143.

BIBLIOGRAPHIE

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur ou des auteurs.

ARGUL MARIA CONSUELO, Art. 730-743 CC, in: Pichonnaz / Foëx / Piotet (édit.), Code civil II. Commentaire romand, Bâle 2016 (cité: CR CC II-ARGUL)

ARGUL GROSSRIEDER MARIA CONSUELO, Les causes d'extinction des servitudes foncières, thèse (Université de Fribourg), Zurich/Bâle/Genève 2005

BELLANGER FRANÇOIS, La déclaration d'utilité publique, in: La maîtrise publique du sol: expropriation formelle et matérielle, préemption, contrôle du prix, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 61-89 (cité: BELLANGER, Déclaration)

BELLANGER FRANÇOIS, Les droits à bâtir: une notion virtuelle pour une valeur réelle, in: Direkte Demokratie Herausforderungen zwischen Politik und Recht: Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Berne 2013, p. 287-307 (cité: BELLANGER, Droits à bâtir)

BOHNET FRANÇOIS, Actions civiles, Volume I: CC et LP, Commentaire pratique, 2^e éd., Bâle 2018 (cité: CPra Actions-BOHNET)

CARREL MATTHIEU, Le régime du sous-sol en droit suisse, thèse (Université de Fribourg), Zurich 2015

EGGS RAPHAËL, Les «autres préjudices» de l'expropriation, thèse (Université de Fribourg), Zurich 2013

GALLAND CYRIL, Le contenu des servitudes foncières, thèse (Université de Fribourg), Zurich 2013

HAAB ROBERT, Art. 694-696 CC, in: Haab / Simonius / Scherrer / Zobl, Das Eigentum, Zürcher Kommentar, vol. IV.1, 2^e éd., Zurich 1929-1977 (cité: ZK-HAAB)

HOHL FABIENNE, Le contrôle de l'interprétation des servitudes par le Tribunal fédéral, in: RNRF 90/2009 p. 73-80

HUBER EUGEN, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, Vol. II, 2^e éd. Berne 1914

- JEANDIN NICOLAS, Le contrat constitutif de servitude, in: Les servitudes et les cédules hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil, Zurich 2012, p. 109-137
- MARCHAND SYLVAIN, Art. 667-678, 793-811 CC, in: Pichonnaz / Foëx / Piotet (édit.), Code civil II. Commentaire romand, Bâle 2016 (cité: CR CC II-MARCHAND)
- MARCHAND SYLVAIN, Note à propos de l'arrêt TF 5A_453/2019 du 20 novembre 2019, in: SJ 2020 I 148, p. 151 s (cité: MARCHAND, SJ)
- MOOSER MICHEL, Art. 942-977 CC, in: Pichonnaz / Foëx / Piotet (édit.), Code civil II. Commentaire romand, Bâle 2016 (cité: CR CC II-MOOSER)
- MOOSER MICHEL, Des servitudes – une revue d'arrêts récents, in: RNRF 88/2007 p. 420-438 (cité: MOOSER, Des servitudes)
- MOOSER MICHEL, Les servitudes et les modifications de limites, in: Les servitudes et les cédules hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil, Zurich 2012, p. 169-189 (cité: MOOSER, Modifications)
- PIOTET DENIS, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, Traité de droit privé suisse, vol. V/2, 2^e éd., Bâle 2012
- PIOTET PAUL, Le contenu d'une servitude, sa modification conventionnelle et la protection de la bonne foi, in: RNRF 81/2000 p. 284-288
- PRADERVAND-KERNEN MARYSE, La valeur des servitudes foncières et du droit de superficie, thèse (Université de Fribourg), Zurich 2007
- SIEGRIST JEAN-MARC, L'estimation des biens expropriés, in: La maîtrise publique du sol: expropriation formelle et matérielle, préemption, contrôle du prix, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 41-60
- STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, tome II, 5^e éd., 2020 (cité: STEINAUER, tome II)
- STEINAUER PAUL-HENRI, Commentaire de l'arrêt TF 5A_340/2013 in: DC 2014 p. 137 (cité: STEINAUER, DC)
-

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION.....	157
II.	GÉNÉRALITÉS	157
	A. Caractéristiques de ces servitudes	157
	B. Raisons d’être de ces servitudes.....	158
	C. Aperçu de quelques-unes de ces servitudes.....	159
III.	L’ÉTENDUE DE CES SERVITUDES	160
	A. Principes généraux d’interprétation des servitudes	160
	B. Casuistique	162
	1. Quant à l’intention des constituant·e·s	162
	2. Quant au degré de précision de l’acte constitutif.....	164
	3. Quant au poids des mots.....	165
	4. Quant à l’examen du contexte juridique	167
IV.	LA PROTECTION DE CES SERVITUDES	169
V.	L’EXTINCTION DE CES SERVITUDES	172
	A. L’action en radiation d’une servitude.....	172
	1. En cas de perte d’utilité (art. 736 al. 1 CC)	172
	2. En cas de disproportion entre l’utilité et la charge (art. 736 al. 2 CC).....	173
	B. Autres moyens de droit privé envisageables	177
	1. Par une division parcellaire ?.....	177
	2. Par l’invocation de la nullité de la servitude ?	178
VI.	LA VALEUR DE CES SERVITUDES	178
VII.	CONCLUSION	180
	BIBLIOGRAPHIE.....	181
