



POUVOIR JUDICIAIRE

C/15544/2018

ACJC/820/2021

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU MARDI 15 JUIN 2021**

Entre

COMMUNE DE A_____, sise _____[GE], appelante d'un jugement rendu par la 10^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 1^{er} décembre 2020, comparant par Me François BELLANGER, avocat, Poncet Turrettini, rue de Hesse 8-10, case postale 5715, 1211 Genève 11, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____ SA, sise c/o Fiduciaire C_____ SA, _____, Genève, intimée, comparant par Me Julien PACOT, avocat, Banna & Quinodoz, rue Verdaine 15, case postale 3015, 1211 Genève 3, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 25 juin 2021.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/15017/2020 rendu le 1^{er} décembre 2020, notifié aux parties le 3 décembre 2020, le Tribunal de première instance a déclaré irrecevable la demande formée par la COMMUNE DE A_____ à l'encontre de B_____ SA le 2 juillet 2018 (ch. 1), arrêté les frais judiciaires à 8'500 fr., partiellement compensés avec les avances de frais versées par la COMMUNE DE A_____ et mis à la charge de celle-ci (ch. 2), condamné en conséquence la COMMUNE DE A_____ à verser 5'300 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du pouvoir judiciaire (ch. 3), ainsi que 15'000 fr. TTC à B_____ SA à titre de dépens (ch. 4), et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).
- B.**
- a.** Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 18 janvier 2021, la COMMUNE DE A_____ a formé appel de ce jugement. Elle a conclu à ce que la Cour annule le jugement entrepris, cela fait, constate qu'elle était titulaire d'une servitude de non-bâtir sur la parcelle n° 1_____, Commune de A_____, appartenant à B_____ SA, conformément à l'autorisation de construire DP 4_____ du _____ 2006 et les plans annexés, ordonne au Conservateur du Registre foncier de Genève de procéder aux inscriptions nécessaires tendant à l'inscription de dite servitude et déboute B_____ SA de toutes ses conclusions, sous suite de frais judiciaires et dépens.
- b.** B_____ SA a conclu à ce que la Cour déclare irrecevable l'appel de la COMMUNE DE A_____, subsidiairement le rejette et la déboute de toutes ses conclusions, sous suite de frais judiciaires et dépens.
- Elle a produit deux pièces nouvelles.
- c.** La COMMUNE DE A_____ a répliqué et persisté dans ses conclusions.
- d.** B_____ SA ayant renoncé à dupliquer, la Cour a informé les parties, par avis du 1^{er} avril 2021, de ce que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier :
- a.** D_____ et E_____ étaient les propriétaires respectifs des parcelles n° 2_____ et n° 3_____, Commune de A_____.
- b.** Le 11 février 2005, une demande préalable en autorisation de construire a été déposée, puis enregistrée sous n° DP 5_____, portant sur la construction de quatre immeubles de logements et d'un parking souterrain sur les deux parcelles précitées.
- Les parcelles en question portaient à l'époque les numéros n° 3_____ et 2_____ déjà mentionnés; elles correspondent actuellement aux parcelles n°

6_____, 7_____ et 1_____ de la commune précitée, un morcellement parcellaire étant intervenu entretemps.

c. Le projet de construction a fait l'objet de divers préavis de la part de la Commission des monuments, de la nature et des sites (ci-après, CMNS). Ces préavis évoquaient une problématique de densité du périmètre concerné par le projet de construction objet de la demande préalable, dès lors que le plan d'aménagement n° 8_____ adopté par le Grand Conseil le 12 juin 1978 prévoyait sur ce périmètre une densité de 0.25, alors que l'indice d'utilisation du sol (IUS) du projet de construction s'élevait à 0.59.

Dans son préavis du 7 juin 2005, la CMNS expliquait notamment que "[s]ans admettre un dépassement de plus du double de l'indice de référence, la commission [était] d'accord d'examiner prioritairement ce projet sous l'angle de son intégration, sans le conditionner impérativement au respect de l'indice". Elle ajoutait ensuite ce qui suit: "*Parce que dans le cas présent la demi surface des parcelles doit être laissée libre de construction, il serait souhaitable que le report des droits à bâtir (sur la partie basse des parcelles) soit inscrit au registre foncier, par exemple sous la forme d'une servitude de non-bâtir au profit de l'Etat*".

La même recommandation concernant une servitude de non-bâtir figure dans les préavis des 11 septembre et 15 novembre 2005 de cette commission.

d.a Le _____ 2006, la Police des constructions (ultérieurement l'Office des autorisations de construire; ci-après l'OAC ou le Département) a délivré une autorisation préalable de construire, n° DP 5_____ relativement au projet précité.

d.b. Les plans "*visés ne varietur*" par le Département et faisant partie intégrante de ladite autorisation préalable mentionnent la condition suivante à l'octroi de l'autorisation de construire :

"Enfin, les propriétaires acceptent la création d'une SERVITUDE DE NON-BATIR dans le nord-est du terrain"

[...]

"le principe de l'inscription d'une SERVITUDE DE NON-BATIR au profit de l'Etat et de la Commune sur la partie Nord-Ouest du périmètre traité dans le cadre du présent projet est admis. L'emprise de cette servitude figure sur le plan ci-contre. Le droit à bâtir attaché à la zone hachurée est reporté sur la partie Sud-Est du périmètre dans lequel s'inscrit le présent projet"

"[L]a partie Nord-Ouest du périmètre", soit l'assiette de la servitude aux termes desdits plans, correspond à l'actuelle parcelle n° 1 _____ de la COMMUNE DE A _____, parcelle qui est située en zone 9 _____ protégée au lieu-dit G _____.

e. Le 7 mai 2007, toujours pour le compte des propriétaires D _____ et E _____, une demande définitive en autorisation de construire a été déposée portant sur la construction de quatre immeubles de logements et d'un parking souterrain.

f. Le 26 novembre 2007, le Département a délivré l'autorisation de construire n° DD 10 _____.

La condition de l'inscription de la servitude de non-bâtir mentionnée dans les plans "*visés ne varietur*" et faisant partie intégrante de ladite autorisation préalable n° DP 5 _____ précitée n'a pas été reprise dans le texte de l'autorisation de construire définitive n° DD 10 _____.

g. Par acte de vente du 24 janvier 2008, D _____ a vendu à F _____ SA la parcelle n° 2 _____ (ancien numéro). L'acte de vente mentionne que le vendeur certifie que la parcelle ne fait l'objet d'aucune servitude.

Le 3 mars 2009, F _____ SA a également fait l'acquisition de la parcelle n° 3 _____ (ancien numéro).

h. Le 9 septembre 2009, le chantier relatif à l'autorisation de construire n° DD 10 _____ a débuté. Ce chantier est situé sur les parcelles n° 6 _____ et 7 _____.

i. Par acte de vente du 3 février 2012, F _____ SA a vendu la parcelle n° 1 _____ à B _____ SA, société sise à Genève et dont le but social consiste en l'acquisition, l'administration et l'aliénation de participations de toutes sortes, de biens mobiliers et immobiliers, ainsi qu'en l'exécution d'opérations financières et fiduciaires en Suisse et à l'étranger pour son propre compte et pour le compte de tiers.

L'acte de vente prévoyait que le prix du terrain était fixé à 20 fr./m² (soit 45'660 fr. au total compte tenu de la surface du terrain) et qu'il serait porté à 1'000 fr./m² (soit 2'283'000 fr. au total), "*au jour de l'entrée en force d'une autorisation de construire sur l'immeuble vendu d'un immeuble [sic] de mille sept cent mètres carrés (1.700 m²) de surface brute de plancher au minimum*".

j. Le _____ 2012, le Département a déposé une réquisition auprès du Registre foncier pour tenter de faire inscrire la servitude de non-bâtir visée dans l'autorisation préalable de construire n° DP 5 _____.

En annexe à cette réquisition figurait notamment une note adressée par le directeur du Service des monuments et des sites (ci-après : SMS) à l'attention de la direction des autorisations de construire. Cette note, datée du _____ 2011, avait la teneur suivante (extrait):

"[...] Les parcelles citées en références [soit les parcelles n^{os} 3_____ et 2_____] ont fait l'objet de deux demandes d'autorisations auprès du département: une « Demande préalable » enregistrée sous le numéro DP 5_____ et, dans sa continuité, une « Demande définitive » enregistrée sous le numéro DD 10_____.

La requête DP 5_____ a été autorisée le _____ 2006. Elle fixe l'implantation, la destination, le gabarit, le volume et la dévestiture pour quatre bâtiments. Les plans visés ne varietur montrent que deux servitudes (de non bâtir et de passage public piétonnier) au profit de l'Etat et de la commune sont prévues et admises.

Le tracé et l'emprise de ces servitudes apparaissent clairement dans le plan autorisé « 009- Aspects fonciers » (visés ne varietur le _____ 2006, copie ci-jointe).

Après vérification, il apparaît que ces deux servitudes ne sont pas encore inscrites de façon officielle sur ces parcelles. Dès lors, nous vous demandons pour raison de compétence de prendre les mesures administratives qui conviennent, de manière à concrétiser formellement cette question encore en suspens et respecter l'ensemble des conditions d'autorisation [...]"

k. Par courrier du 14 juin 2012, B_____ SA a annoncé à la COMMUNE DE A_____ qu'elle s'apprêtait à déposer des demandes de permis de construire. Elle considérait disposer d'un droit à bâtir sur la parcelle concernée par son projet immobilier (parcelle n° 1_____), dès lors qu'aucune servitude ou projet de servitude de non bâtir n'avait jamais été inscrite.

l. Le 5 février 2013, la COMMUNE DE A_____ a écrit au Registre foncier pour lui demander si la servitude de non-bâtir "*admise et visée ne varietur par la police des constructions le 3 janvier 2006*" avait été inscrite ou non. Selon les informations dont disposait la commune, la direction des autorisations de construire avait prié à plusieurs reprises le Registre foncier de procéder à l'inscription de la servitude. Par ailleurs, la directrice générale de l'office du patrimoine et des sites et le directeur du SMS avaient tous deux confirmé la validité de la servitude à la commune. Or il semblait que l'inscription n'avait pas encore été enregistrée, ce qui suscitait l'incompréhension de la commune. Celle-ci remerciait donc le Registre foncier de la diligence avec laquelle celui-ci traiterait le dossier.

m. Par courrier du 12 février 2013, le Registre foncier a répondu à la commune en lui confirmant qu'il n'y avait "*pas de servitude de non bâtir inscrite ou en cours d'inscription sur la parcelle n° 1_____*". En revanche, il avait reçu du Département "*une réquisition d'inscription d'une mention de "restriction du droit de propriété (droits à bâtir)" sur les parcelles 6_____ à 1_____, commune de A_____, déposée le 22 mars 2012 sous Pj 11_____*". Cette mention n'avait pas encore été acceptée par les services du Registre foncier, car ceux-ci étaient "*dans l'attente des engagements pris par les propriétaires auprès de l'Office de l'Urbanisme*".

n. Le 5 mai 2014, B_____ SA a déposé auprès de l'Office des autorisations de construire (ci-après: OAC) une première demande en autorisation de construire portant le n° DD 12_____, en vue de réaliser sur sa parcelle n° 1_____ la construction de deux immeubles de logements, avec garage souterrain.

o. Dans le cadre de l'instruction de cette demande, la COMMUNE DE A_____ a préavisé défavorablement le projet de construction.

p. Le 8 juillet 2014, la CMNS a également préavisé défavorablement le projet de construction susmentionné au motif notamment que le terrain sur lequel était prévu la construction (i.e la parcelle n° 1_____) ne "*devrait pas être bâti au vu de l'autorisation DP 5_____ et de ses plans visés ne varietur*".

q. Par décision du 1^{er} octobre 2015, le Département a refusé la demande d'autorisation de construire n° DD 12_____ au motif que le projet de construction n'était pas conforme aux exigences posées par les art. 15 et 106 LCI. Dans sa décision de refus, le Département n'a pas mentionné que la parcelle n° 1_____ aurait été vidée de tous ses droits à bâtir ou encore qu'elle aurait été ou devrait être grevée d'une servitude de non-bâtir.

r. Le 2 novembre 2015, B_____ SA a fait recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après, TAPI) contre la décision de refus précitée. Ce recours a été ultérieurement retiré.

s. B_____ SA a déposé le 30 mai 2016 une nouvelle demande d'autorisation de construire, enregistrée sous n° DD 13_____, portant sur la construction d'un immeuble de dix-huit logements ainsi qu'un parking en sous-sol sur la parcelle n° 1_____.

t. En rapport avec cette nouvelle demande d'autorisation de construire et ce nouveau projet de construction, la CMNS a rendu, au gré des modifications apportées au projet, trois préavis:

- Le premier, daté du _____ 2016, expose notamment :

"Terrain qui ne devrait pas être bâti au vu de l'autorisation DP 5 _____ et de ses plans visés ne varietur qui, en 2006, prévoyaient à cet endroit précis (par l'inscription d'une servitude de non-bâtir) une surface libre de construction. [...]"

Suite aux explications du représentant du service, la commission entend que les paramètres ont évolué et qu'il lui est désormais demandé de se prononcer sur la construction d'un bâtiment à cet endroit, sans revenir sur les procédures anciennes puisque le département n'inscrira pas la servitude de non-bâtir.

La commission ne peut que regretter cette décision. Elle rappelle que cette demande de non-bâtir s'inscrivait dans la logique du dossier ayant abouti à la construction des quatre volumes situés en contrebas (le long de la route 14 _____) et que les beaux enjeux paysagers justifiaient pleinement de dégager le site."

Elle a préavisé des modifications au projet, rappelant par ailleurs qu'un espace largement ouvert à cet endroit correspondait au plan directeur communal (adopté par le conseil d'Etat en 2011) qui ne voyait pas le périmètre comme un potentiel à bâtir, mais comme un verger.

- Le deuxième, daté du _____ 2017, aux termes duquel la CMNS a, en substance, regretté que les changements apportés au projet ne prennent pas en considération, voire contredisent les remarques et directives évoquées dans son premier préavis du _____ 2016, et persisté ainsi dans sa demande de projet modifié.
- Le troisième, daté du _____ 2017, aux termes duquel la CMNS a, en substance, pris connaissance du nouveau projet enregistré le _____ 2017, relevé que ledit projet répondait aux remarques formulées dans ses précédents préavis et correspondait aux options précédemment admises, de sorte qu'elle a émis un préavis favorable sous conditions.

u. Le nouveau projet de construction (demande d'autorisation de construire, enregistrée sous le numéro DD 13 _____) a fait aussi l'objet de divers préavis de la COMMUNE DE A _____ les _____ 2016, _____ 2017 et _____ 2017, tous défavorables.

Entre autres motifs indiqués à l'appui de ces préavis défavorables, la commune a fait valoir que la parcelle n° 1 _____ avait été vidée de tous ses droits à bâtir par l'autorisation préalable n° DP 5 _____. Le fait que le plan directeur communal 2011 prévoyait l'implantation de vergers sur la parcelle n° 1 _____ corroborait ce fait.

La servitude de non-bâtir litigieuse était, par ailleurs, valable indépendamment de son inscription au registre foncier.

v. Le _____ 2018, le département compétent a accordé à B _____ SA l'autorisation de construire n° DD 13 _____ sollicitée.

w. La COMMUNE DE A _____ a recouru contre cette autorisation de construire n° DD 13 _____ (cause A/15 _____/2018).

Son recours a été rejeté par le TAPI le 7 février 2019 (jugement n° JTAPI/141/2019).

Dans le cadre de cette procédure, par observations adressées au TAPI le 13 septembre 2018, le Département avait expliqué le fait que la condition de l'inscription de la servitude litigieuse n'avait pas été reprise dans l'autorisation de construire définitive n° 10 _____ comme suit:

"Ainsi, aux yeux du département, l'absence de condition quant à la création d'une servitude de non-bâtir s'explique à la lecture du préavis de consultation de la CMNS du 11 septembre 2005, du fait que cette dernière confirmait expressément "que la question de la densité reste secondaire", puisque "le projet doit être envisagé selon son intégration dans le site".

Par conséquent, dès lors que la CMNS a jugé que le projet initial et ses demandes complémentaires s'intégraient au site et que la commune n'exigeait pas non plus de mise en place de servitude, le département a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'exiger la constitution d'une servitude de non-bâtir, puisque toute future construction, assujettie à autorisation de construire, aurait à se soumettre à une analyse similaire quant à son intégration au site, ce qui constituait un garde-fou suffisant".

Dans le cadre des enquêtes menées par le TAPI, le représentant du Département a, lors de l'audience du 28 novembre 2018, déclaré que, "[p]ersonnellement", il pensait *"que l'obligation d'inscription d'une servitude suite à la DP 5 _____ [était] un oubli"*.

Statuant sur recours de la COMMUNE DE A _____, la Chambre administrative de la Cour de justice a confirmé le jugement du TAPI par arrêt n° ATA/1358/2020 du 22 décembre 2020.

La Chambre administrative s'est, notamment, déclarée compétente pour examiner la question d'une restriction de droit public quant à la constructibilité de la parcelle concernée et découlant des autorisations de construire antérieures. Elle est parvenue à la conclusion qu'il n'en existait aucune et a réservé aux juridictions civiles les questions de droit privé liées à une éventuelle servitude.

-
- D. a.** Par demande déposée au greffe du Tribunal pour conciliation le 2 juillet 2018, non conciliée le 20 septembre 2018 et introduite le 16 octobre 2018, la COMMUNE DE A_____ a pris les conclusions suivantes:

"Préalablement

- 1) **Déclarer** recevable la présente action.

Sur action en constatation

- 2) **Constater** que la COMMUNE DE A_____ est titulaire d'une servitude de non-bâtir sur la parcelle N° 1_____, sise sur la Commune de A_____, appartenant à la société B_____ SA, selon l'autorisation de construire et les plans annexés, N° DP 4_____, du _____ 2006.
- 3) **Constater** que le Conservateur du Registre foncier du Canton de Genève est tenu d'inscrire au Registre foncier du Canton de Genève une servitude de non-bâtir sur la parcelle N° 1_____, sise sur la Commune de A_____, appartenant à la société B_____ SA, en faveur de la COMMUNE DE A_____, selon l'autorisation de construire et les plans annexés, N° DP 4_____, du _____ 2006.
- 4) **Ordonner** au Conservateur du Registre foncier du Canton de Genève de procéder aux inscriptions nécessaires tendant à l'inscription d'une servitude de non-bâtir, grevant la parcelle N° 1_____, sise sur la commune de A_____, propriété de la société B_____ SA, en faveur de la COMMUNE DE A_____, titulaire d'une servitude de non-bâtir sur la parcelle N° 1_____, sise sur la commune de A_____, selon l'autorisation de construire et les plans annexés, N° DP 4_____, du _____ 2006.
- 5) **Débouter** la société B_____ SA, ainsi que toute autre partie, de toute autre ou contraire conclusion.
- 6) **Condamner** la société B_____ SA à tous les frais et dépens, lesquels comprendront une indemnité valant participation aux honoraires d'avocat de la Commune de A_____.

Sur requête en exécution

- 7) **Ordonner** au Conservateur du Registre foncier du Canton de Genève de procéder aux inscriptions nécessaires tendant à l'inscription d'une servitude de non-bâtir, grevant la parcelle N° 1_____, sise sur la commune de A_____, propriété de la société B_____ SA, en faveur de la COMMUNE DE A_____, titulaire d'une servitude de non-bâtir sur la parcelle N° 1_____, sise sur la commune de A_____, selon l'autorisation de construire et les plans annexés, N° DP 4_____, du _____ 2006.

8) **Débouter** la société B_____ SA, ainsi que toute autre partie, de toute autre ou contraire conclusion.

9) **Condamner** la société B_____ SA à tous les frais et dépens, lesquels comprendront une indemnité valant participation aux honoraires d'avocat de la Commune de A_____.

Plus subsidiairement

Acheminer la COMMUNE DE A_____ à apporter la preuve des faits allégués dans les présentes."

b. Par mémoire réponse déposé au greffe du Tribunal de première instance le 31 janvier 2019, B_____ SA a conclu à ce que le Tribunal, à la forme, déclare irrecevable l'action introduite par la COMMUNE DE A_____, et au fond, la déboute de toutes ses conclusions, sous suite de frais judiciaires et dépens.

c. Les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives aux termes de leurs plaidoiries finales orales tenues en deux tour de parole lors de l'audience du 17 juin 2020.

La cause a été gardée à juger à l'issue de cette audience.

E. Dans le jugement entrepris, le Tribunal a notamment retenu, s'agissant de la compétence à raison de la matière, que la nature de la "*servitude de non-bâtir*" dont se prévalait la COMMUNE DE A_____ était incertaine au vu des écritures de celle-ci, puisqu'elles renvoyaient tant à des normes relatives aux droits réels limités qu'aux restrictions légales à la propriété. Une restriction légale à la propriété fondée sur le droit public échappait à la compétence du Tribunal. Or, il s'agissait ici d'une dérogation conventionnelle à une restriction de droit public portant sur l'IUS, soit une servitude de droit public, qui ne pouvait être l'objet d'une procédure à titre principal devant le Tribunal civil. Le Tribunal était donc incompétent. Subsidiairement, même s'il avait été compétent, le Tribunal aurait dû rejeter la requête qui tendait à l'inscription d'une servitude, alors que seule une mention était *in casu* envisageable.

Même si la restriction des droits à bâtir litigieuse devait être qualifiée de servitude personnelle, la demande aurait dû être rejetée. La constatation de l'existence d'une telle servitude était impossible, car faute d'inscription au registre foncier, elle n'existait pas. De surcroît, la demande d'autorisation préalable de construire ne constituait pas une convention constitutive de servitude, faute de revêtir la forme écrite prescrite à l'époque pour ce genre d'acte. L'action condamnatoire aurait dû, par hypothèse, être dirigée contre les parties à cette convention, soit les anciens propriétaires des parcelles et non B_____ SA, en vertu du principe de la relativité des conventions.

EN DROIT

1. 1.1 L'appel a été interjeté auprès de l'autorité compétente (art. 120 al. 1 let. a LOJ), dans le délai utile de 30 jours et selon la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 145 al. 1 let. b et 311 CPC) et contre une décision finale de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC).

1.2 Lorsque la contestation porte sur l'existence d'une servitude, on retiendra l'augmentation de valeur qu'elle procurerait au fonds dominant ou, si elle est plus élevée, la diminution de valeur du fonds servant (ATF 136 III 60 consid. 1.1.1; 113 II 151 consid. 1; 95 II 14 consid. 1; arrêts 5A_23/2008 du 3 octobre 2008 consid. 1.1 et la jurisprudence citée; arrêt du Tribunal fédéral 5A_32/2008 du 29 janvier 2009 consid. 1.2).

En l'espèce, la valeur de la servitude objet de la procédure est largement supérieure à 10'000 fr. (art. 91 al. 1, 94 et 308 al. 2 CPC), puisque l'appelante l'évalue à quelque 2'200'000 fr., correspondant à la diminution de valeur du fonds servant, ce qui est incontesté, de sorte que la valeur litigieuse minimale de l'appel est atteinte.

1.3 L'intimée conclut à l'irrecevabilité de l'appel en raison de l'absence d'intérêt de l'appelante à la constatation à l'existence d'une servitude.

1.3.1 L'action constatatoire est de nature subsidiaire par rapport à l'action condamnatoire ou formatrice (arrêt du Tribunal fédéral 4A_688/2016 du 5 avril 2017 consid. 3.1).

La jurisprudence reconnaît de manière générale le droit à faire constater l'existence d'une servitude (arrêt du Tribunal fédéral 5A_325/2011 du 14 novembre 2011 consid. 2.1.2).

1.3.2 En l'espèce, l'appelante dispose d'un intérêt à faire constater l'existence d'une servitude, ce afin de dissiper l'incertitude juridique autour de cette question, étant relevé qu'elle ne dispose d'aucune action condamnatoire ou formatrice.

Par ailleurs, si elle invoque, à titre liminaire, le risque d'un conflit négatif de compétence entre les autorités judiciaires civiles et administratives (cf. consid. 2.2.1 ci-après), elle formule, contrairement à ce que soutient l'intimée, plusieurs autres griefs dans son appel, de sorte que celui-ci ne se limite pas à cette question de conflit de compétence.

L'appel est donc recevable.

1.4 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC).

1.5

1.5.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

1.5.2 En l'espèce, les deux pièces nouvelles produites par l'intimée en appel sont recevables, ainsi que les faits qui s'y rapportent, car ils sont postérieurs à la date à laquelle le Tribunal a gardé la cause à juger.

2. Les griefs de l'appelante portent, en substance, sur la reconnaissance de l'existence d'une servitude de non-bâtir dont elle serait bénéficiaire. L'appelante reproche dans ce cadre au Tribunal de s'être déclaré incompétent *ratione materiae*, puis, subsidiairement, d'avoir nié son droit à la constatation de l'existence d'une servitude et à l'inscription de celle-ci au registre foncier.

En l'espèce, la question litigieuse consiste à déterminer si les juridictions civiles sont compétentes pour constater l'existence d'une restriction des droits à bâtir sur la parcelle litigieuse (n° 1 _____), voire si les conditions sont réunies pour procéder à l'inscription au registre foncier d'une telle restriction. A cet égard, il s'agira de distinguer selon la qualification de droit public ou de droit privé de cette restriction.

2.1

2.1.1 Ainsi que le révèle la systématique du Code civil, il existe deux grandes catégories de servitudes : les servitudes foncières (art. 730 à 743 CC) et les "*autres servitudes*", à savoir les servitudes personnelles (art. 745 à 781a CC). Les servitudes foncières asservissent le fonds servant au fonds dominant, alors que les servitudes personnelles existent au profit d'une personne individuellement déterminée en faveur de laquelle est asservi un fonds servant ou grevé (STEINAUER, Les droits réels, Tome II, 5^{ème} éd., 2020, n. 3284 et suivantes).

Les servitudes personnelles se divisent ensuite en deux catégories : les servitudes personnelles proprement dites et les servitudes personnelles irrégulières. Celles-là sont indissolublement liées à une personne déterminée (par exemple l'usufruit ou le droit d'habitation). Celles-ci ne le sont pas et peuvent donc être cédées ou transmises, ce qui est le cas pour le droit de superficie et le droit de source. Les autres servitudes personnelles irrégulières ne sont en principe ni cessibles, ni transmissibles, mais le contraire peut être prévu. Les servitudes personnelles irrégulières peuvent avoir le même contenu que des servitudes foncières, mais elles sont établies en faveur d'une personne déterminée ou d'une collectivité (*Ibid.*, n. 3287 et suivantes).

Les servitudes personnelles irrégulières sont réglées à l'art. 781 CC. Celui-ci prévoit que le propriétaire peut établir, en faveur d'une personne quelconque ou

d'une collectivité, d'autres servitudes sur son fonds, à la condition que le fonds se prête à une jouissance déterminée, par exemple, pour des exercices de tir ou pour un passage (art. 781 al. 1 CC). L'un des buts de l'art. 781 CC est de permettre la constitution de servitudes de droit privé en faveur des collectivités publiques, sans rattachement à un fonds dominant. De fait, la servitude de l'art. 781 CC a été utilisée très largement par les collectivités publiques à des fins d'intérêt public (PIOTET, Commentaire Romand - CC II, 2016, n. 15 ad art. 781 CC; SCHMID / ZBINDEN, Popularservituten - Entstehung, Wirkungen und öffentlichrechtliche Alternativen, *in* Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, 2016, p. 1023 et suivantes, p.1024).

2.1.2 Parallèlement aux servitudes évoquées ci-dessus, le Code civil prévoit à l'art. 680 CC que les restrictions légales de la propriété existent sans qu'il y ait lieu de les inscrire au registre foncier (al. 1). Elles ne peuvent être supprimées ou modifiées que par un acte authentique et une inscription (al. 2). Les restrictions établies dans l'intérêt public ne peuvent être ni modifiées, ni supprimées (al. 3).

Il s'agit de ce qu'il est convenu d'appeler les restrictions légales "*directes*" qui existent sans avoir à être modalisées par un acte juridique pour limiter le droit de la propriété privée. Elles existent donc indépendamment de toute concrétisation, notamment au registre foncier (PIOTET, *op. cit.*, n. 1 ad art. 680 CC; STEINAUER, *op. cit.*, n. 2515 et suivantes).

L'art. 680 CC ne distingue pas entre restrictions directes de droit privé et restrictions directes de droit public (PIOTET, *op. cit.*, n. 2 ad art. 680 CC et les réf. citées).

Ce qui ne peut être inscrit ou annoté dans la partie dotée de la foi publique du registre foncier, soit toutes les restrictions de droit public, peut apparaître dans les écritures informatives, pour répondre à des besoins de publicité. L'art. 962 al. 1 CC oblige même, depuis le 1^{er} janvier 2012, les cantons à y procéder dans les cas définis à l'art. 129 ORF, ce qui n'emporte aucune dérogation au principe de l'art. 680 al. 1 CC dès lors que la mention ou sa radiation n'influent en rien sur l'existence du rapport de droit administratif visé (PIOTET, *op. cit.*, n. 6 et suivante ad art. 680 CC et les réf. citées; ZELGER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2^{ème} éd. 2018, n. 7 ad art. 680 CC). Cette obligation n'est cependant valable que pour les décisions prises postérieurement au 1^{er} janvier 2012 (STEINAUER, *op. cit.*, n. 2855 et suivantes).

L'art. 680 al. 2 CC a pour seul objet les restrictions de droit privé, qu'il s'agisse de droit privé fédéral ou de droit privé cantonal; c'est le droit public qui régit la possibilité et la forme des dérogations aux normes administratives selon l'al. 3. L'art. 680 al. 2 CC ne vise que l'abandon anticipé ou la modification anticipée de restrictions légales qui, pour être opposables aux tiers en lien avec l'immeuble,

doivent prendre la forme de servitudes : il n'a aucune portée propre par rapport aux art. 730 et suivants CC. L'attachement à l'immeuble et l'opposabilité aux tiers de dérogations aux restrictions de droit administratif à la propriété privée relèvent de ce droit et non de l'art. 680 al. 2 CC (PIOTET, *op. cit.*, n. 10 et 20 ad art. 680 CC et les réf. citées).

L'art. 680 al. 3 CC vise les règles établies dans l'intérêt public, soit celles de droit administratif décrites plus haut. Il a pour portée d'exclure toute dérogation conventionnelle selon le droit privé fédéral à de telles dispositions d'intérêt public. Un contrat de servitude conclu en violation d'une norme contraignante de droit public serait donc nul (art. 20 CO). Cela ne signifie toutefois pas que le droit administratif exclut toute convention dérogatoire à une norme de droit public. Il peut tout d'abord s'agir d'un accord constituant la condition à une dérogation réglementaire qu'accorde l'autorité administrative. Il est aussi envisageable qu'une restriction de droit public à la propriété soit "*étendue*" en ce sens que le propriétaire foncier concerné par cette restriction à la propriété s'engage dans une transaction juridique vis-à-vis d'un tiers (par exemple en concluant un accord de servitude) à accepter une restriction à la propriété qui va au-delà de celle de droit public. Selon certains auteurs, si une servitude correspondante est inscrite au registre foncier, la restriction de propriété conclue par acte juridique produit également ses effets à l'égard du successeur légal de l'obligé. Il convient toutefois d'examiner dans chaque cas si l'objectif de la restriction de droit public spécifique permet un tel accord entre les parties. Selon d'autres auteurs, l'accord conclu entre deux personnes privées étendant les contraintes fixées par le droit public n'est pas une servitude de droit privé, mais une restriction de droit administratif transférée indépendamment de toute inscription au registre foncier, soit une servitude de droit public cantonal, qui ne peut être inscrite au registre foncier. Tout au plus une telle restriction peut-elle faire l'objet d'une mention (HAAB, *Zürcher Kommentar* - art. 641 - 729 ZGB, 1977, n. 8 ad art. 680 CC; REY / STREBEL, *Basler Kommentar* - ZGB II, 6^{ème} éd. 2019, n. 30 et suivantes ad art. 680 CC; PIOTET, *op. cit.*, n. 8 et suivantes ad art. 680 CC les réf. citées).

2.1.3 La question de savoir quelle forme peut ou doit prendre, suite à un transfert de droits à bâtir, la restriction des possibilités de construire sur la parcelle transférante desdits droits est complexe, est débattue en doctrine et fait l'objet de discussions dans la jurisprudence.

La jurisprudence considère que le transfert des possibilités de bâtir est admis en droit suisse, même sans disposition légale expresse, l'essentiel étant que la surface voisine mise à contribution pour le calcul de la surface constructible ne puisse plus servir ultérieurement à un tel calcul (ATF 109 Ia 188 consid. 3; 101 Ia 289 consid. 3a; arrêt du Tribunal fédéral 1C_430/2015 du 15 avril 2016 consid. 5.1).

Le coefficient d'utilisation du sol (CUS) ou indice d'utilisation du sol (IUS) relève du droit cantonal auquel renvoie la LAT, de sorte que cet indice ne relève pas du droit privé (PIOTET, Le transfert du coefficient d'utilisation ou d'occupation du sol et le droit privé fédéral, DC 2000 p. 39 et suivantes, p.39 [ci-après, PIOTET, Coefficient]; PIOTET, Le transfert des droits de bâtir - Aspects de droit public et de droit privé, *in* La densification du territoire et son impact sur les transactions immobilières, 2019, p. 155 et suivantes, p. 163 [ci-après, PIOTET, Droits de bâtir]). La convention passée entre deux propriétaires par laquelle l'un d'eux cède à l'autre des droits d'utilisation est une convention relevant du droit administratif, car soumise à l'appréciation de l'autorité compétente. Ainsi, en cédant son droit, le propriétaire admet l'augmentation d'une restriction de droit public à sa propriété qui, selon certains auteurs, existe, en tant que "*servitude de droit public*" non régie par le Code civil, sans apparaître au registre foncier, voire peut faire l'objet d'une mention (art. 962 CC; PIOTET, Coefficient, p. 41; PIOTET, Droits de bâtir, p. 172) ou qui, selon d'autres auteurs, doit faire l'objet d'une servitude inscrite au registre foncier pour être opposable aux tiers (REY / STREBEL, *op. cit.*, n. 32 ad art. 680 CC). S'il est décidé de garantir le transfert par une servitude de droit privé, celle-ci doit être inscrite pour exister (PIOTET, Droits de bâtir, p. 171). Dans tous les cas, afin de répondre à un besoin de publicité, certains cantons ont exigé dans leur législation la constitution de servitudes de restrictions de bâtir en faveur de l'autorité (au sens de l'art. 781 CC; ce qui n'est pas le cas à Genève) reprenant le contenu de la restriction de bâtir née du transfert entre propriétaires (PIOTET, Coefficient, p. 41).

En droit cantonal genevois, les restrictions du droit de propriété résultant de l'application de la loi sur les constructions et installations diverses (LCI) peuvent faire l'objet d'une mention au registre foncier (art. 153 al. 1 LCI). L'art. 267 du règlement d'application de cette loi dispose que peuvent être mentionnées au registre foncier les restrictions du droit de propriété résultant de l'application de la loi, notamment les mesures administratives et les règlements spéciaux (al. 1), et que la mention est inscrite au registre foncier à titre déclaratif sur la seule réquisition du département accompagnée, s'il y a lieu, de la décision ou des conventions qui la concernent (al. 2).

Selon le Tribunal fédéral, l'interdiction de bâtir doit pratiquement impliquer que la surface soit grevée d'une servitude de non-bâtir au profit de la collectivité (ATF 109 Ia 188 consid. 3; 101 Ia 289 consid. 3a; arrêt du Tribunal fédéral 1C_430/2015 du 15 avril 2016 consid. 5.1). Cette interdiction existe, à l'instar des autres restrictions de droit public à la propriété, indépendamment de son inscription au registre foncier en vertu de l'art. 680 al. 1 CC. Elle est donc opposable aux acquéreurs de bonne foi (arrêt du Tribunal fédéral 1P.806/2006 du 10 mai 2007 consid. 3.4).

Selon la jurisprudence de la chambre administrative de la Cour de justice par contre, la constitution d'une servitude n'est pas indispensable pour empêcher la prise en compte ultérieure, lors d'un calcul de densité, de droits à bâtir cédés ou déjà utilisés, l'essentiel étant qu'une telle cession soit connue du département chargé de la délivrance des autorisations de construire (A/639/2020 du 30 juin 2020 consid. 7a ; ATA/517/2018 du 29 mai 2018 consid. 4 ; ATA/699/2015 du 30 juin 2015 consid. 7b ; ATA/98/2012 du 21 février 2012 consid. 6).

Le Tribunal fédéral a eu à connaître d'une affaire portant sur une modification d'un "*plan de structuration*" décidé par la Commune de Sion et impliquant un transfert de droit à bâtir d'une parcelle sur d'autres. Dans ce cadre, le Conseil municipal de la ville de Sion avait notamment décidé de la constitution d'une servitude de non-bâtir en sa faveur. Saisi de plusieurs recours, le Conseil d'Etat valaisan a annulé l'ensemble de la décision municipale, faute de compétence communale. Il a en outre constaté que le propriétaire des parcelles devant être grevées par la servitude n'avait pas consenti à la constitution de celle-ci et qu'aucune procédure d'expropriation n'avait été suivie, aucune disposition de droit cantonal administratif ne prévoyant d'exception à l'expropriation. Le Tribunal fédéral a confirmé la décision du Conseil d'Etat, car il n'était pas arbitraire de retenir que la constitution de la servitude de non-bâtir était une clause accessoire indissociable de la modification du plan de structuration. L'annulation de la décision emportait aussi l'abandon de la servitude. De surcroît, il apparaissait certes que l'actuel propriétaire, professionnel de l'immobilier, avait participé à l'ensemble de la promotion concernée, avait des liens avec le promoteur et avait connaissance des problèmes de densité et de la condition posée dans de précédentes autorisations de construire. Cela étant, il n'était pas le destinataire de l'autorisation, ni le propriétaire de la parcelle à l'époque de la décision imposant la constitution d'une servitude. Il n'avait donc pas donné son consentement à la création d'une nouvelle servitude (arrêt du Tribunal fédéral 1C_113/2012 du 23 mai 2012 consid. 2 et 3).

2.1.4 L'inscription au registre foncier est nécessaire pour la constitution des servitudes (art. 731 al. 1 CC). Depuis le 1^{er} janvier 2012, l'acte constitutif d'une servitude foncière est soumis à la forme authentique (art. 732 al. 1 CC). Auparavant, il n'était soumis qu'à la forme écrite (art. 732 aCC).

A teneur de l'art. 13 al. 1 CO, le contrat pour lequel la loi exige la forme écrite doit être signé par toutes les personnes auxquelles il impose des obligations.

2.1.5 L'observation de la forme requise par la loi est une condition de validité du contrat (art. 11 al. 2 CO).

L'invocation d'un vice de forme est inadmissible lorsqu'elle viole les règles de la bonne foi et constitue un abus de droit manifeste au sens de l'art. 2 al. 2 CC. Le

juge décide si tel est le cas sur la base de toutes les circonstances du cas concret, sans être lié par des principes rigides. La portée et les effets de la forme prescrite doivent être limités par le but et le sens de la règle instituant une exigence formelle (ATF 120 III 341 consid. 4b).

2.1.6 Selon l'art. 86 al. 1 LOJ, le Tribunal civil de première instance est compétent pour tous les actes de la juridiction civile contentieuse ou non contentieuse que la loi n'attribue pas à une autre autorité judiciaire ou administrative.

Le Tribunal administratif de première instance est l'autorité inférieure de recours dans les domaines relevant du droit public, pour lesquels la loi le prévoit (art. 116 al. 1 LOJ). Toute décision prise par le département compétent en matière de construction en application de la LCI ou des règlements correspondants peut être déférée au Tribunal administratif de première instance (art. 145 al. 1 LCI).

En matière de servitude personnelle irrégulière en faveur d'une collectivité (art. 781 CC), la doctrine admet la compétence des juridictions civiles (ZBINDEN, *op. cit.*, p. 1025). S'agissant par contre des restrictions légales de droit public à la propriété (art. 680 CC), elles sont de la compétence des autorités administratives (STEINAUER, *op. cit.*, n. 2850).

2.2

2.2.1 Par un premier grief, l'appelant se plaint de ce que le Tribunal a décliné sa compétence pour statuer sur l'existence d'une restriction de droit public.

2.2.1.1 Le Tribunal a nié sa compétence au motif que le transfert des droits à bâtir constituait une restriction de droit public (indice d'utilisation du sol), dérogation conventionnelle qu'il convenait de qualifier de servitude de droit public.

Sur ce point, l'appelante relève elle-même que l'examen de l'existence d'une restriction de droit public à la propriété est de la compétence des autorités administratives. Puis, elle se prévaut du fait que le transfert des droits à bâtir était fondé sur l'autorisation préalable de construire DP 5_____, point, qui, comme elle le reconnaît, n'a pas été repris, dans l'autorisation définitive délivrée ultérieurement. Cette restriction devrait donc être assimilée, pour autant que l'on comprenne l'appelante, à une restriction légale au sens de l'art. 680 al. 1 CC fondée sur le droit public. L'analyse de l'appelante paraît partir, entre autres, de la prémisse qu'il serait possible en droit public genevois de prononcer, par un acte de puissance publique, une restriction à la constructibilité d'une parcelle sans obtenir l'accord des propriétaires, ni exécuter une procédure d'expropriation moyennant indemnisation du propriétaire concerné.

Nonobstant ces considérations, il est envisageable, à l'instar de l'un des courants de doctrine, de définir le prétendu accord dont se prévaut l'appelante, comme une "*servitude de droit public*". Ainsi qu'il sera exposé ci-après, il est aussi

envisageable, à l'instar de l'autre courant doctrinal, que la restriction invoquée fasse l'objet d'une servitude de droit privé.

Si l'on qualifie la restriction des droits à bâtir litigieuse de "*servitude de droit public*", l'examen de ce type de questions juridiques n'échoirait pas aux juridictions civiles, au moins à titre principal, ainsi que l'a retenu à juste titre le Tribunal. En effet, il n'est pas du ressort de ces juridictions de déterminer et de délimiter les obligations découlant du droit public seul.

Pour fonder dite restriction, l'appelante se réfère à l'existence d'une autorisation préalable de construire, puis, pour justifier l'absence d'inscription ou de mention au registre foncier, elle invoque une inactivité du département compétent de l'administration cantonale. Ceci démontre que la restriction en question, en tant qu'elle serait assimilable aux restrictions prévues à l'art. 680 al. 1 CC, est du ressort des juridictions administratives, puisque seuls des organes de droit public sont impliqués. Il en va de même des nombreuses considérations développées par l'appelante au sujet des plans directeurs, des préavis des autorités administratives et des effets d'une autorisation préalable de construire, toutes étrangères au droit privé.

La décision du Tribunal de décliner sa compétence, pour peu que la restriction aux droits à bâtir invoquée par l'appelante soit fondée sur le droit public, est ainsi conforme tant à la loi qu'à la doctrine, qui réserve aux autorités administratives la compétence de se prononcer sur les restrictions de droit public liées à l'art. 680 al. 1 CC.

2.2.1.2 L'examen de ce grief rend sans objet la question du conflit négatif de compétence soulevée par l'appelante.

2.2.2 La deuxième question à examiner est celle de savoir si une restriction de droit privé, à savoir une servitude de non-bâtir, existe sur la parcelle de l'intimée, voire si son inscription peut être ordonnée.

En déclarant irrecevable la demande de l'appelante dans son intégralité, le Tribunal s'est déclaré incompétent pour tout le litige. Pourtant, en tant que la servitude dont la constatation, voire la mention ou l'inscription est requise, serait qualifiée de servitude de droit privé, la demande de l'appelante repose sur du droit privé pour lequel le Tribunal est compétent.

2.2.3 En l'occurrence, l'intention première des autorités administratives semble avoir été de conditionner la délivrance de l'autorisation de construire à l'inscription d'une servitude de non-bâtir à la charge de la parcelle n° 1_____ au profit de l'appelante. Cette exigence n'a cependant pas été reprise dans l'autorisation de construire et n'a fait l'objet d'aucune convention écrite entre les

parties concernées, à savoir l'appelante et les propriétaires de l'époque. L'inscription de cette servitude au registre foncier n'est pas intervenue.

Par un premier grief, l'appelante soutient qu'une restriction légale de droit privé existerait sur la parcelle au sens de l'art. 680 CC. Tel n'est pas le cas puisqu'on cherche en vain la norme de droit privé qui interdirait de construire sur cette parcelle : la constructibilité de celle-ci est modulée seulement par le droit public des constructions.

Est donc uniquement envisageable une servitude de non-bâtir à ranger dans la catégorie des servitudes personnelles irrégulières.

Telle servitude n'existe pas en l'état, faute d'inscription au registre foncier, de sorte que le constat de son existence n'est pas justifié.

A titre de fondement pour obtenir l'inscription de cette servitude, l'appelante invoque les plans de droit public et l'autorisation de construire préalable, ce qui ne saurait représenter un acte de droit privé constituant la servitude.

Comme déjà dit, l'examen de savoir si un acte de puissance publique fondant une éventuelle servitude est du ressort des autorités administratives. Aucune procédure d'expropriation n'a été exécutée. Seule est donc encore envisageable une convention entre les propriétaires du fonds à l'époque et l'appelante.

A ce sujet, l'appelante invoque uniquement l'existence de plans *ne varietur* qui ne sont signés ni par elle-même, ni par le propriétaire de l'époque. Elle se rapporte pour le surplus aux indications mentionnées par le département compétent selon lequel les propriétaires avaient accepté la création d'une servitude et reconnaît elle-même qu'il n'existe aucune convention "*formellement*" passée entre les intéressés.

Force est donc de retenir, au regard des exigences de forme écrites applicables à l'époque, qu'il n'existe pas d'acte constitutif écrit et signé par les parties concernées permettant d'ordonner l'inscription de cette servitude. Le simple fait que les autorités administratives aient conditionné l'octroi de l'autorisation préalable de construire à l'accord des propriétaires, dont rien n'indique qu'il aurait été donné, alors que l'autorisation a *in fine* été délivrée sans mention de cette condition, est insuffisant.

A titre subsidiaire, et conformément au raisonnement développé par le Tribunal, il apparaît que l'appelante se heurte en outre à un autre écueil : pour peu qu'une convention existât, elle ne lierait pas l'intimée, personne morale distincte du ou des propriétaires de l'époque. En effet, l'intimée n'a jamais donné son accord à la création d'une servitude et n'était pas la destinataire de l'autorisation de construire. Par ailleurs, l'appelante n'apporte aucun élément tendant à démontrer qu'il

existerait des liens entre les propriétaires à l'époque de l'autorisation préalable et l'intimée. A supposer que l'on désigne la convention envisagée à un moment donné comme relevant du droit privé, elle devait être formalisée par une servitude pour être opposable aux tiers, y compris l'intimée, acquéreur ultérieur (cf. art. 665 CC applicable par renvoi de l'art. 731 al. 2 CC).

Il s'ensuit qu'il n'existe pas de servitude de non-bâtir sur le fonds litigieux en faveur de l'appelante. Par ailleurs, les conditions pour que l'inscription d'une telle servitude soit ordonnée ne sont pas réunies.

2.2.4 L'appelante se prévaut enfin de la mauvaise foi de l'intimée. Elle soutient que celle-ci était contrôlée par les mêmes personnes que F_____ SA et assistée du même architecte, et était donc au courant de l'historique du dossier, en particulier de la question de la servitude de non-bâtir.

Cette argumentation ne peut être suivie. En effet, au vu de ce qui précède, il n'est pas de la compétence des juridictions civiles de se pencher sur l'éventuelle existence d'une restriction de droit public à la propriété de l'intimée. Ceci exclut donc de se préoccuper de l'éventuelle mauvaise foi de l'intimée sous l'angle du droit public et donc des raisons pour lesquelles la condition de l'inscription d'une servitude au registre foncier ne figurait pas dans l'autorisation définitive de construire. Par ailleurs, dans la mesure où l'existence d'une servitude de droit privé a été examinée, il a été vu précédemment qu'une telle servitude n'existe pas, faute d'inscription, respectivement que cette inscription ne peut être ordonnée, faute de convention écrite. La prétendue mauvaise foi de l'intimée - ou de ses mandataires architectes -, qui n'est au demeurant pas démontrée, ne saurait jouer de rôle, dès lors que, même si la vente de la parcelle en sa faveur n'était pas intervenue et que l'action avait été dirigée contre les propriétaires antérieurs, l'inscription de la servitude n'aurait pas pu intervenir.

Dans le même contexte, l'appelante entend tirer argument du prix de vente promis par l'intimée pour l'acquisition du terrain litigieux. Selon elle, il était trop bas pour ne pas impliquer que les parties à la vente savaient que le terrain n'était pas constructible. Il ressort cependant du dossier que les parties ont promis deux prix de vente, selon qu'une autorisation de construire était obtenue ou non. Cette seule circonstance ne permet pas d'inférer que les parties avaient connaissance d'une prétendue restriction des droits à bâtir, respectivement avaient tenté de la contourner.

Au vu de l'argumentation de l'appelante, il s'agirait plutôt de se demander, même si elle ne le formule pas juridiquement ainsi, s'il était abusif de retenir la nullité d'une éventuelle convention de servitude faute de forme écrite. Or, cette prétendue convention a été passée avec des tiers à la procédure, soit des personnes dont l'appelante n'invoque pas qu'elles auraient une quelconque identité économique

avec l'intimée. Cette convention n'a jamais été évoquée avec l'acquéreur de la parcelle au moment, soit F_____ SA. Il s'ensuit que le rapport entre l'évocation de cette servitude sur des plans de l'autorisation préalable, dont on ignore d'ailleurs si les propriétaires d'alors y avaient acquiescé, et la situation actuelle de l'intimée est tellement distendu qu'il ne saurait être question de lui reprocher un comportement abusif.

Il s'ensuit que les griefs de l'appelante quant à la mauvaise foi de l'intimée seront rejetés.

2.2.5 En définitive, le Tribunal n'était pas compétent pour trancher la question de l'existence d'une "*servitude de droit public*", mais l'était pour examiner les conditions d'existence d'une servitude de droit privé. Dès lors, le chiffre 1 du dispositif du jugement sera annulé et il sera statué à nouveau en ce sens que les conclusions de l'appelante seront déclarées irrecevables en tant qu'elles tendent à la constatation ou à l'inscription d'une servitude de non-bâti de droit public sur la parcelle n° 1_____, sise sur la Commune de A_____ et que l'appelante sera déboutée de ses conclusions en tant qu'elles tendent à la constatation ou à l'inscription d'une servitude de non-bâti de droit public sur la même parcelle.

Au vu de l'issue du litige, il n'y a pas lieu de statuer sur les autres motifs de rejet de l'action invoqués par l'intimée.

3. 3.1 Vu l'issue de l'appel, l'appelante est considérée avoir intégralement succombé en première instance (art. 106 al. 1 CPC). Les frais de première instance n'étant pas contestés, il n'y a donc pas lieu de statuer à nouveau sur ce point (art. 318 al. 3 *a contrario* CPC).

3.2 L'avance de frais demandée à l'appelante et payée par elle a été limitée à 8'000 fr.

Cependant, au vu de la complexité juridique de la question traitée et du volume important des écritures des parties, ainsi que de la valeur litigieuse excédant 2'000'000 fr., il y a lieu de réévaluer les frais judiciaires d'appel à un montant supérieur.

Les frais judiciaires d'appel seront ainsi arrêtés à 25'000 fr., mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 95, 96 et 106 al. 1 CPC; art. 5, 17 et 35 RTFMC), et compensés partiellement avec l'avance de 8'000 fr. fournie par celle-ci, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 98 et 111 al. 1 1^{ère} phr. CPC). L'appelante sera donc condamnée à verser 17'000 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire (art. 111 al. 1 2^{ème} phr. CPC).

L'appelante sera également condamnée à verser à l'intimée la somme de 20'000 fr. à titre de dépens d'appel, débours et TVA compris (art. 95 al. 3 CPC; art. 85 et 90 RTMFC; art. 25 et 26 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par la COMMUNE DE A_____ contre le jugement JTPI/15017/2020 rendu le 1^{er} décembre 2020 par le Tribunal de première instance dans la cause C/15544/2018.

Au fond :

Annule le chiffre 1 du dispositif du jugement entrepris, et cela fait statuant à nouveau :

Déclare irrecevables les conclusions de la COMMUNE DE A_____ en tant qu'elles tendent à la constatation ou à l'inscription d'une servitude de non-bâtir de droit public sur la parcelle n° 1_____, sise sur la Commune de A_____, et recevables pour le surplus.

Déboute la COMMUNE DE A_____ de ses conclusions en tant qu'elles tendent à la constatation ou à l'inscription d'une servitude de non-bâtir de droit privé sur la parcelle n° 1_____, sise sur la Commune de A_____.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 25'000 fr., les met à la charge de la COMMUNE DE A_____ et les compense partiellement avec l'avance de 8'000 fr. qu'elle a versée et qui demeure acquise à l'Etat de Genève.

Condamne la COMMUNE DE A_____ à verser 17'000 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, à titre de solde des frais judiciaires d'appel.

Condamne la COMMUNE DE A_____ à verser 20'000 fr. à titre de dépens d'appel à B_____ SA.

Siégeant :

Madame Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI, présidente; Madame Sylvie DROIN, Monsieur Jean REYMOND, juges; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.