

Tribunal fédéral – 5A\_941/2022, destiné à la publication  
II<sup>e</sup> cour de droit civil  
Arrêt du 12 décembre 2023

Newsletter février 2024



Droit de superficie  
*Baurecht*

Droit de retour anticipé ;  
violation de l'obligation  
d'entretien et  
d'exploitation ; conditions  
formelles du droit de  
retour

*Vorzeitiges Heimfallrecht ;  
Verletzung der Unterhalts-  
und Betriebspflicht ;  
formelle Voraussetzungen  
für das Heimfallrecht*

## Résumé et analyse

### Proposition de citation :

Marcel Egger, De l'importance de la fixation d'un délai de grâce dans l'exercice du droit de retour anticipé d'un droit de superficie, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A\_941/2022, Newsletter immodroit.ch février 2024

**Art. 779f ss CC ;  
107-108 CO**

*Art. 779f ff. ZGB ;  
107-108 CO*

## De l'importance de la fixation d'un délai de grâce dans l'exercice du droit de retour anticipé d'un droit de superficie

Marcel Egger

### I. Objet de l'arrêt

L'arrêt commenté porte sur le droit de retour anticipé d'un droit de superficie, qui permet au propriétaire du bien-fonds, aux conditions strictes prévues par la loi, de priver le superficiaire de sa servitude. Régulé par les art. 779f à 779h CC, le droit de retour anticipé est soumis à deux conditions : d'une part, une grave violation de ses devoirs par le superficiaire (cf. art. 779f CC), d'autre part, le versement d'une indemnité équitable par le propriétaire (cf. art. 779g CC ; arrêt 5A\_658/2019 du 7 juillet 2020 consid. 3 et les références).

Le Tribunal fédéral examine dès lors dans l'arrêt discuté des modalités d'exercice du droit au retour anticipé d'un droit de superficie, la motivation de la violation contractuelle et finalement l'attitude des parties et leur bonne foi. Il sera peu revenu sur ce dernier aspect, l'intérêt essentiellement subjectif de ces questions limitant leur intérêt dans le cadre de la présente présentation.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

Par contrat du 17 juillet 1959, la commune de C.B a concédé une servitude personnelle de superficie pour une durée ferme de 99 ans. La servitude confère à son titulaire la faculté de construire et de maintenir un hôtel-restaurant avec terrasses d'une surface totale de 382 m<sup>2</sup> en contrepartie d'une redevance annuelle de CHF 100 payable à la fin de chaque année civile.

Le contrat prévoit une obligation de conserver les constructions en parfait état de propreté et d'entretien. Ce contrat est par la suite complété par l'extension de l'assiette de la servitude et la rente annuelle augmentée et indexée. L'avenant évoque également le principe de l'indemnisation complète (y compris le mobilier) en cas de retour anticipé et prévoit qu'une résiliation pour faute aurait pour conséquence la reprise des bâtiments contre une équitable indemnité fixée par une commission de trois experts, sans obligation de reprendre le mobilier.

En 2003, le droit est cédé à une nouvelle société avec consentement de la commune. La motivation nous apprend que l'immeuble a été utilisé pour offrir des services de prostitution jusqu'en 2011 puis que l'immeuble semble avoir été vide depuis 2016. La société a toutefois engagé en parallèle un projet de développement immobilier, avec un contrat d'architecture et de nombreuses démarches en vue d'une modification du plan d'aménagement local (PAL) et du plan d'aménagement de détail (PAD). On comprend toutefois que ce développement a été fait en délaissant l'entretien de l'hôtel, laissant celui-ci dans un état ne permettant plus l'exploitation d'un hôtel-restaurant. La société recourante a considéré que l'entretien de l'hôtel n'était pas nécessaire, respectivement que l'implication de la Commune dans le projet de développement démontrait son accord avec l'abandon des bâtiments existants et l'abandon de fait de la clause contractuelle de conservation des constructions en parfait état de propreté et d'entretien.

La Commune ne partage toutefois pas cet avis et adresse à la société une sommation, dans lequel elle exige une remise en état et évoque l'état de décrépitude et d'abandon de l'entretien de l'immeuble. La Commune constate que la saison touristique approchant, elle souhaite savoir ce que la recourante envisage de faire et invite celle-ci à lui donner, dans les meilleurs délais, des informations sur l'exploitation du bâtiment et un nouvel état de la situation actuelle du projet « E ».

Ce courrier n'est manifestement pas rédigé par un juriste mais on comprend néanmoins le fait que la Commune insiste sur l'obligation contractuelle d'entretien et de conservation du bâtiment mais sans réellement fixer de délai d'exécution outre le renvoi à la prochaine saison touristique.

Face à l'absence de suite donnée par la société de promotion, la commune a dénoncé le contrat de superficie en 2017, invoquant des violations des obligations d'entretien et d'exploitation de l'hôtel-restaurant. Les parties n'arrivent pas à s'accorder sur une indemnité équitable pour le retour anticipé du droit de superficie.

La Commune saisit alors la justice en concluant à la constatation de la dénonciation du droit de superficie, le paiement d'une indemnité de retour anticipé et la radiation du droit de superficie. La bénéficiaire du droit, A. SA conteste la validité de la résiliation (et notamment la violation de l'obligation d'entretien) et conclut à titre reconventionnel au paiement des dommages-intérêts et à l'indemnisation de son manque à gagner et d'une indemnité.

Par décision du 15 juin 2021, le Tribunal civil s'est limité au constat de validité de la dénonciation du contrat de superficie et s'est déclaré incompétent sur la question de l'indemnité réclamée en raison de la clause contractuelle prévoyant la nomination d'une commission de trois experts et partant, l'incompétence de la justice civile. Le recours cantonal a été rejeté par arrêt du 31 octobre 2022. La cour cantonale a confirmé l'appréciation du Tribunal civil sur la gravité de la violation de l'obligation d'entretien, laquelle était fondée sur

la passivité de la recourante pendant plusieurs années, l'état de décrépitude avancé du bâtiment qui en a résulté et qui a empêché toute exploitation conforme au but du contrat de superficie, ainsi que sur la position stratégique du bâtiment pour le tourisme local, renvoyant ainsi une image peu attrayante, voire rebutante pour la ville.

La bénéficiaire du droit de superficie exerce un recours en matière civile en invoquant toujours l'irrecevabilité des conclusions de la Commune et en demandant le renvoi du dossier au Tribunal civil sur les conclusions reconventionnelles sur l'indemnité et le dommage lié à la dénonciation du contrat.

## **B. Le droit**

### **Procédure**

Dans un premier grief d'ordre formel, la recourante se plaint d'une violation de l'art. 88 CPC par l'admission, par les premiers juges, d'une conclusion constatatoire visant à faire valider que « *Le contrat de superficie du 17 juillet 1959, modifié les 27 juin 1980, 12 juillet 1990, 27 février 2003 a dûment été dénoncé le 29 juin 2017* ». La recourante considère que la Commune n'aurait pas fait valoir d'intérêt à une conclusion constatatoire et que, dans la mesure où elle pouvait formuler une action condamnatoire, la conclusion serait irrecevable. Cela aurait eu pour conséquence d'empêcher le jugement de première instance qui s'est justement limité à constater la validité de la dénonciation en renvoyant les parties à la commission prévue selon le contrat pour fixer l'indemnité.

Le Tribunal n'a pas suivi ce raisonnement. Il considère que la conclusion en constat est admissible dans la mesure où la Commune a également pris des conclusions condamnatoires tendant au paiement de l'indemnité du droit de retour et la radiation du droit de superficie.

### **Droit matériel**

#### *a. Bonne foi*

Les considérants 5 et 6 portent sur la violation, contestée, de l'obligation d'entretien. La recourante invoque tout d'abord la bonne foi (c. 5) en soutenant que l'obligation doit être relativisée par le contexte du développement en cours et l'attitude de la Commune dans ce processus. Le Tribunal cantonal avait examiné la structure contractuelle et relevé que l'obligation, consacrée à chaque avenant par un acte authentique, avait perduré depuis le contrat original de 1959. La forme authentique avait donc été adoptée par les parties, ce qui rend difficile de retenir une modification des engagements par actes concluants.

L'enthousiasme politique suscité par un développement ambitieux, dans un site touristique et public majeur de la ville se comprend ainsi dans ce contexte. Le projet n'avait en outre jamais dépassé le stade de concours d'architecture. Le syndic qui avait été entendu en procédure a évoqué les incertitudes liées à l'aboutissement du projet, ce qui impliquait que l'exploitation de l'hôtel restaurant devait évidemment être maintenue afin d'éviter notamment que l'état irréversible fasse obstacle à une rénovation future.

Les promoteurs allèguent que la commune n'aurait jamais insisté sur le respect de la clause d'entretien pendant la durée de la phase de planification, soit entre 2009 et 2017 et que l'invocation de cette clause en 2017 et la résiliation subséquente relevaient d'un abus de droit.

Le Tribunal fédéral ne reconnaît pas à la Commune une attitude contraire à la bonne foi et relève que plusieurs contacts ont été pris, par intervalles oscillant entre 2 et 14 mois, pour connaître les intentions de la recourante sur le développement et l'exploitation de l'hôtel, lui rappelant qu'elle suivait de près la situation.

*b. Violation de l'obligation d'entretien*

La recourante développe ensuite une importante argumentation visant à démontrer l'absence de violation grave de l'obligation d'entretien. La recourante invoque une violation du fardeau de la preuve et l'arbitraire dans l'établissement des faits et l'appréciation des preuves.

Le Tribunal conteste tout renversement du fardeau de la preuve en rappelant que lorsque l'appréciation des preuves convainc le juge qu'une allégation a été établie ou réfutée (soit ici l'état de décrépitude avancée du bâtiment), la question de la répartition du fardeau de la preuve ne se pose plus et l'art. 9 Cst. est alors seul en cause (**ATF 141 III 241** consid. 3.2 et les références ; **137 III 268** consid. 3 ; arrêt 5A\_182/2022 du 10 août 2022 consid. 6.2). En l'occurrence, dans la mesure où la cour cantonale a considéré que le manque d'entretien était établi, notamment sur la base de l'inspection des lieux et l'audition des parties qui avaient été proposées comme offres de preuve par la commune, il n'y a pas lieu de traiter plus avant de ce grief.

La recourante conteste ensuite une appréciation des preuves arbitraire dans la mesure où la Cour cantonale aurait retenu la violation de l'obligation d'entretien en 2017, fondant la résiliation, en se limitant à une inspection en 2020 et un interrogatoire de partie. La II<sup>e</sup> Cour de droit civil balaie cet argument et relève que la cour cantonale pouvait se limiter à une inspection, un interrogatoire des parties et l'examen de titres et de photographies. Elle retient en particulier qu'une expertise n'était pas nécessaire pour retenir que l'hôtel était à l'abandon en 2017 déjà et permettait de retenir une violation de l'obligation d'entretien.

*c. Modalités de résiliation et mise en demeure*

L'enjeu principal du litige porte cependant sur les modalités de résiliation du droit de superficie. La recourante, bénéficiaire du droit de superficie, considère que la résiliation était ineffective faute d'avoir été précédée d'une mise en demeure formelle par la Commune.

La recourante conteste que le courrier du 9 mars 2017 corresponde à une mise en demeure formelle, que la recourante ne l'avait pas interprété comme telle, que les courriers subséquents n'ont pas maintenu ou confirmé la demeure et que, s'agissant d'un contrat synallagmatique, la demeure devait au surplus être qualifiée et imposait dès lors la fixation d'un délai supplémentaire avant de permettre la résiliation.

Le courrier de la commune du 9 mars 2017 contenait bien une interpellation quant à la violation de l'obligation contractuelle d'entretien et indiquait la conséquence de cette violation, à savoir le droit d'exiger le retour anticipé. La Commune demandait également des nouvelles du projet de développement en évoquant le début de la saison touristique 2017 comme date butoir et attendait une prise de position à cet égard de la recourante. Il se comprend aussi à la lecture de l'arrêt que par un courrier subséquent du 10 avril 2017, la Commune conteste toute responsabilité dans l'état des chambres et confirme son refus que les locaux continuent d'être exploités à des fins de prostitution.

Le Tribunal fédéral est donc amené à déterminer les conditions formelles permettant l'exercice du droit de retour anticipé d'un droit de superficie. La loi (art. 779ss CC), n'énonce pas de délai à impartir au superficiaires pour remédier à la violation de ses obligations. Une partie de la doctrine préconisait d'appliquer un délai de trois mois, dès la connaissance de la violation du droit. Le Tribunal fédéral retient la position doctrinaire majoritaire consistant à appliquer l'art. 107 CO par analogie, dans la mesure où les conséquences du retour anticipé pour le superficiaire sont les mêmes que celles d'une résolution du contrat.

Le Tribunal fédéral confronte les deux positions doctrinales et retient que les auteurs se référant aux règles sur le droit de préemption concentrent leur examen sur la situation du titulaire au moment de l'exercice du droit en laissant perdurer une incertitude quant aux modalités préalables de l'exercice. L'application des modalités de la demeure qualifiée présente ainsi l'avantage d'assurer la sécurité et la prévisibilité des rapports juridiques en imposant une mise en demeure préalable avec fixation d'un délai de grâce permettant au superficiaire de rétablir la situation conforme au droit.

Le tribunal rappelle que la fixation d'un délai de grâce est opérée par le biais d'une sommation adressée au débiteur **attirant son attention sur son retard d'exécution (respectivement sur son inexécution) et lui en enjoignant d'exécuter intégralement son obligation dans le délai fixé ; cette sommation doit être clairement exprimée et permettra au débiteur de comprendre que le créancier veut obtenir la prestation en souffrance et qu'un délai lui a été fixé, ce qui implique l'indication d'un délai fixe et précis. A l'issue du délai de grâce, le propriétaire doit alors faire une déclaration immédiate qu'il entend exercer son droit au retour anticipé permettant au débiteur défaillant de savoir qu'il ne doit plus s'exécuter.**

**En l'espèce, le Tribunal considère que la sommation de la Commune ne remplit pas ces exigences dans la mesure où la mise en demeure n'enjoint pas la recourante d'entreprendre des travaux ou d'exploiter l'hôtel-restaurant dans un délai donné.**

Le premier juge avait retenu qu'une interpellation n'était en toute hypothèse pas nécessaire eu égard à l'attitude du superficiaire qui laissait apparaître d'emblée que la fixation d'un délai de grâce resterait sans effet, compte tenu du refus clair et net du superficiaire de se mettre en conformité.

La cour cantonale a toutefois jugé inutile de se prononcer à ce sujet, ce qui ne permet pas à la IIe Cour de droit civil de se prononcer sur la question. Elle n'a donc eu pas d'autres choix que de renvoyer le dossier à la cour cantonale pour détermination sur cette question précise.

### III. Commentaire

Le droit de superficie prend fin par l'expiration de la durée pour lequel il a été constitué, d'entente entre les parties, par renonciation unilatérale du superficiaire qui requiert la radiation, un jugement, une expropriation, des enchères forcées ou à l'issue de la durée légale de 100 ans (art. 779 CC). L'exercice du droit de retour anticipé ne met pas fin au droit de superficie, il provoque le transfert du droit de superficie au propriétaire de l'immeuble grevé (STEINAUER, Fin et prolongation du droit de superficie, *in* : *Le droit de superficie*, Neuchâtel, 2016, p. 124). L'indemnité équitable due au superficiaire par le superficiant porte en principe sur les constructions dont la propriété passe au propriétaire à l'échéance du droit de superficie. Le montant de l'indemnité est dès lors en principe fixé en fonction de la valeur de cette construction à l'échéance du droit, ce qui devrait en principe inciter le bénéficiaire à bien

entretenir la construction pour assurer une valeur maximale de la construction (STEINAUER, op.cit, p. 127). Les créanciers gagistes disposent en outre d'une prétention *ex lege* sur l'indemnité du superficiaire (art. 779a al. 1 CC) et peuvent préserver leurs intérêts par l'inscription d'une hypothèque légale.

L'arrêt commenté ici amène dès lors des précisions bienvenues dans une matière qui va connaître une multiplication des litiges avec l'échéance prochaine de nombreux contrats de superficie qui ont connu un essor suite aux modifications législatives qui ont consacré le droit de superficie et le transfert des immeubles (RO 1965 449, FF 1963 I 993). Une part importante de ces contrats conclus pour une durée de 50 ans sont désormais arrivés à échéance et les litiges en lien avec leur prolongation ou échéance sont en cours de traitement. Les litiges vont logiquement encore augmenter ces prochaines années, rendant nécessaire plusieurs clarifications jurisprudentielles sur les questions juridiques demeurrées ouvertes.

La précision matérielle à laquelle procède le Tribunal fédéral dans l'arrêt commenté quant aux modalités d'exercice du droit au retour anticipé est ainsi évidemment à saluer. La prévisibilité et la sécurité juridiques sont garanties et préservées par cette confirmation de la doctrine majoritaire qui s'appuyait sur un raisonnement pragmatique.

En l'espèce, il est toutefois regrettable que cette décision n'apporte que peu de réponses concrètes aux parties à la procédure. La presse nous apprend que la Commune a déposé par la suite son propre projet de développement contre lequel la recourante a fait opposition. Elles semblent donc bien loin d'un épilogue à leurs différends. Il serait intéressant de savoir si dans le cas d'espèce, un éventuel bailleur de fonds de la recourante n'aurait pas dénoncé son financement à raison de l'état d'entretien de l'immeuble, qui rend sa prétention sur l'indemnité équitable potentiellement douteuse et pourrait dès lors précipiter l'issue malheureuse qui se dessine.

Le coût financier de cette querelle semble en effet particulièrement important et explique sans doute l'ampleur des sommes engagées dans cette procédure mais aussi la frustration que doit ressentir la Commune avec ce renvoi au Tribunal cantonal pour détermination sur l'application de l'art. 108 ch. 1 CO. Les praticiens seront évidemment attentifs à l'arrêt qui apportera peut-être des précisions sur les conditions d'application de cette disposition dans le cas d'espèce.

Nous tirons toutefois de l'arrêt les leçons pratiques suivantes :

1. En cas d'excès dans l'exercice du droit de superficie, le droit de retour peut être exercé par le superficiaire aussi longtemps que dure l'excès, sous réserve de l'abus de droit qui pourrait être retenu par une tolérance prolongée de l'excès.
2. Le propriétaire doit adresser une sommation – mise en demeure – attirant l'attention du superficiaire sur son inexécution contractuelle et l'enjoindre de s'exécuter dans un délai certes convenable mais fixé de manière précise et claire.
3. A l'issue du délai de grâce, le superficiaire doit ensuite faire la déclaration immédiate, qu'il entend exercer son droit au retour anticipé.