

FEUILLE FÉDÉRALE

115^e année

Berne, le 2 mai 1963

Volume I

Paraît, en règle générale, chaque semaine. Prix: **33 francs** par an;
18 francs pour six mois, plus la taxe postale d'abonnement ou de remboursement
 Avis: **50 centimes** la ligne ou son espace; doivent être adressés franco
 à l'imprimerie des Hoirs C.-J. Wyss, société anonyme, à Berne

8716

MESSAGE

du

Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi modifiant les dispositions du code civil et du code des obligations sur le droit de superficie et le transfert des immeubles

(Du 9 avril 1963)

Monsieur le Président et Messieurs,

Nous avons l'honneur de vous soumettre ci-après un projet de loi modifiant les dispositions du code civil et du code des obligations sur le droit de superficie et le transfert des immeubles.

CHAPITRE PREMIER

REVISION DES DISPOSITIONS SUR LE DROIT DE SUPERFICIE

I. Le régime actuel

1. Le droit de superficie a, dans la pratique, une fonction tout autre que celle qui lui avait été attribuée par le législateur en 1907.

Comme le relève l'ancien conseiller fédéral Edouard de Steiger, dans un exposé intitulé *Vom Baurecht* et publié dans la *Revue suisse du notariat et du registre foncier* (vol. 37, p. 82), Eugène Huber s'était exprimé à ce sujet de la manière suivante, dans un avis de droit donné en 1909 à la «Gartenstadt-Genossenschaft», de Zurich:

Lorsque les dispositions sur le droit de superficie ont été insérées dans le code civil, on songeait à des circonstances (par exemple au cas des caves et des écluses) autres que celles qui se présentent dans les pays de grande propriété foncière (Angleterre, Allemagne du Nord). Cependant il faut prévoir que des villes s'efforceront de tirer parti avec succès de leur territoire au moyen du droit de superficie.

M. E. Klöti, ancien député au Conseil des Etats, a également reproduit ce passage de l'avis de droit d'Eugène Huber dans son rapport à la municipalité de Zurich: *Das Baurecht des ZGB im Dienste kommunaler Boden- und Wohnungspolitik* (*Statistik der Stadt Zurich*, fasc. 52, 1943, p. 24).

L'exposé des motifs d'Eugène Huber concernant l'avant-projet de code civil passe rapidement sur le droit de superficie, se bornant à quelques remarques sur la place de l'institution dans le régime des servitudes. Il ne dit rien du rôle économique et social que ce droit pourrait être appelé à jouer à l'avenir.

Dans un exposé relatif aux dispositions de l'avant-projet de code civil sur le droit de superficie (*Revue de droit suisse* n. F. 22 (1903), p. 26), le professeur H. F. Hitzig avait cependant déjà prévu « que le droit de superficie jouerait un rôle important, du point de vue social, si l'on parvenait à le mettre au service de la politique communale en matière de logements ouvriers ».

2. Après la première guerre mondiale, cette prévision s'est réalisée dans différentes villes suisses. La commune de Berne, notamment, a fait usage du droit de superficie pour encourager la construction de logements à caractère social. Elle a le mérite d'avoir, grâce à un procès intenté à la suite d'avis de droit d'Eugène Huber, fait élucider les possibilités offertes par la nouvelle institution en matière de politique sociale. Le résultat ne pouvait être que négatif. Il est consigné dans un arrêt de principe du Tribunal fédéral (ATF 52, II, 27; Praxis 15, n° 27; *Journal des tribunaux* 1926, *Droit fédéral*, p. 521 cause Einwohnergemeinde Bern contre Bärcher, du 17 février 1926), à comparer avec l'arrêt rendu précédemment dans la même cause par la chambre des poursuites et faillites du Tribunal fédéral le 16 octobre 1923 (ATF 49, III, 180; Praxis 12, n° 164). Les questions à résoudre étaient les suivantes: La rente du droit de superficie due au propriétaire en vertu du contrat de superficie est-elle un élément du droit réel de superficie, de sorte que l'existence de ce droit dépend du paiement de la rente? La créance du propriétaire est-elle garantie par le droit de superficie et peut-elle faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier?

Le Tribunal fédéral a reconnu que le droit de superficie ne peut garantir la rente que s'il est grevé d'une charge foncière ou d'un gage immobilier. Ne connaissant que certaines catégories de droits réels, la loi, à son avis, exclut toute autre forme de garantie réelle d'une créance. Sans même envisager la possibilité d'une obligation réelle découlant de la nature de la chose, le Tribunal fédéral a en outre constaté ce qui suit: L'obligation de payer la rente n'est pas garantie par le droit de superficie. Aussi, en cas de transfert du droit, ne passe-t-elle pas à l'acquéreur à moins qu'il ne l'ait reprise. De son côté, le propriétaire n'est pas tenu d'accepter l'acquéreur comme débiteur de la rente et peut conserver comme tel l'ancien superficiaire.

3. Cet arrêt déçut la commune de Berne et l'incita à renoncer temporairement à mettre le droit de superficie au service de sa politique en matière de logements.

A l'époque, surtout après 1920, le sol devait être cédé à des conditions très avantageuses pour pouvoir servir à la construction de logements encou-

ragée par la collectivité. Comme le relèvent Edouard de Steiger dans l'exposé susmentionné (p. 86) et M. Klöti (*op. cit.*, p. 28), la commune de Berne était pourtant prête à mettre à disposition des terrains sous forme de droits de superficie d'une durée illimitée.

Etant donnée la situation économique à l'époque, ce n'étaient pas les coopératives de construction de logements bon marché qui éprouvaient le besoin d'une meilleure protection juridique des superficiaires, mais bien les communes propriétaires. Celles-ci ne pouvaient céder des terrains à bâtir sous forme de droits de superficie que si elles étaient habilitées à réclamer comme garantie de leur créance (rente) le droit de superficie avec le bâtiment qui en dépendait et à faire valoir à l'égard de tout acquéreur les nombreux autres engagements découlant du contrat de superficie.

4. Pour garantir la rente du droit de superficie, on disposait bien du gage immobilier et de la charge foncière, mais ces garanties ne paraissaient pas adéquates, le superficiaire étant obligé, pour obtenir les crédits de construction nécessaires, d'engager entièrement le droit de superficie, alors que les demandes de prêts garantis par les droits de superficie rencontraient primitivement de la méfiance et une certaine réserve de la part des établissements de crédit. Si le droit de superficie était grevé d'emblée d'un gage immobilier ou d'une charge foncière destiné à assurer le paiement de la rente, des difficultés souvent insurmontables s'opposaient à l'obtention de crédits de construction. Si le gage immobilier devait garantir la rente annuelle capitalisée, cela eût représenté une charge déjà considérable, qui limitait par trop la possibilité d'obtenir un nouveau crédit. Il semblait cependant qu'une charge aussi élevée était nécessaire pour garantir la rente. A vrai dire, il n'y a pas, en l'espèce, de créance en capital pour le montant de la rente capitalisée; la créance consiste dans les rentes annuelles qui ne sont pas les intérêts d'un capital, ni des amortissements ou des annuités. En réalité, le gage immobilier aurait dû être constitué sous forme d'une hypothèque maximum garantissant l'ensemble des rentes échues à une certaine époque, rentes qui ont le caractère de créances principales. Mais on n'y a pas pensé. Si le montant capitalisé des rentes annuelles était inscrit comme somme garantie, il y aurait cet avantage que chacune de ces rentes pourrait être considérée, du point de vue du droit de la poursuite, comme un intérêt ou une annuité. En vertu de l'article 41, 2^e alinéa, de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, la poursuite pourrait aussi se faire, au choix du créancier, par voie de saisie ou de faillite plutôt que par la réalisation du gage.

5. Mais si la rente du droit de superficie est garantie par une charge foncière, l'inscription au registre foncier doit aussi indiquer un montant égal à vingt fois la prestation annuelle (art. 783, 2^e al., CC). L'indication de la valeur de la charge au registre foncier est analogue à l'inscription de la somme garantie dans le cas du gage immobilier. La valeur de la charge apparaît comme le montant à concurrence duquel la créance est garantie

par le droit de superficie en tant qu'immeuble. Tel n'est cependant pas le cas. La valeur de la charge détermine le prix de rachat; elle joue aussi un rôle dans la réalisation forcée du fonds grevé, pour déterminer quelle part du produit de la réalisation échoit au créancier de la charge foncière lorsque ce produit, sans la charge, dépasse les créances de rang antérieur lors de la seconde crie (art. 812, 2^e al., CC; art. 142 LP; art. 104 ORI). Mais ce cas ne se présente pas en pratique, car la charge foncière constituée pour garantir la rente du droit de superficie prime régulièrement les gages immobiliers. L'indication de la valeur totale de la charge au registre foncier n'a pas d'importance pour l'étendue de cette garantie, qui est fixée par la loi. Il ne sert à rien de vouloir la restreindre en inscrivant comme valeur totale, comme cela se fait en pratique, le triple ou le quintuple de la prestation annuelle au lieu du vingtuple. La garantie immobilière (c'est-à-dire du droit de superficie distinct et permanent immatriculé comme immeuble au registre foncier) s'étend aux prestations dont l'échéance ne remonte pas à plus de trois ans (art. 791 CC). Ce n'est pas un inconvénient, mais un avantage de la charge foncière utilisée pour garantir la rente du droit de superficie. Cette limitation légale de la garantie que constitue le droit de superficie facilite l'obtention des crédits de construction et leur garantie par l'engagement du droit de superficie. Un autre avantage de la charge foncière consiste dans le fait que l'obligation contenue dans cette charge est opposable de par la loi à tout superficiaire actuel, c'est-à-dire qu'elle passe à l'acquéreur du droit de superficie sans qu'il doive la reprendre. L'aliénateur est libéré automatiquement, car, pour les trois annuités qui bénéficient de la garantie réelle, il n'existe aucune responsabilité personnelle. L'article 791 du code civil dit en effet: «La charge foncière ne donne aucune créance personnelle contre le débiteur, mais seulement le droit d'être payé sur le prix de l'immeuble grevé.» Aussi le créancier ne peut-il introduire pour ces annuités que la poursuite en réalisation de gage, à l'exclusion de la poursuite par voie de saisie ou de faillite. Leemann (commentaire, n^o 15/16, ad art. 791 CC) a tenté de justifier la possibilité de la poursuite par voie de saisie, qui serait souhaitable, mais il n'a pas pu imposer sa manière de voir (Jaeger C., commentaire, rem. 12, ad art. 41, 2^e al., LP et Praxis II (1928), rem. 12, ad art. 41, 2^e al., p. 10).

Considérée comme moyen de garantir la rente du droit de superficie, la charge foncière présente cependant les inconvénients ci-après:

- a. Elle peut être rachetée après trente ans, conformément à l'article 788, 1^{er} alinéa, chiffre 2, du code civil; or on ne sait pas si le rachat serait exclu du fait que la charge foncière serait attachée à une servitude perpétuelle (art. 788, 3^e al., CC) et que cette servitude (ici le droit de superficie) serait dévalorisée pour le bénéficiaire par suite du rachat. Le Tribunal fédéral s'est prononcé — plutôt incidemment — contre la possibilité du rachat (ATF 52, II, 44; Praxis 15, n^o 27, p. 105; *Journal des tribunaux*, 1925, p. 521);

- b. On peut se demander si le paiement de la rente du droit de superficie est «en corrélation avec l'économie du fonds grevé» ou se rattache «aux besoins de l'exploitation du fonds dominant», condition d'une charge foncière valable selon l'article 782, 3^e alinéa, du code civil;
- c. D'après l'article 785 du code civil, les règles concernant la lettre de rente, notamment en matière de rachat, s'appliquent aux charges foncières établies pour sûreté d'une créance (art. 850 CC). L'article 785 vise les charges foncières qui, sans être des lettres de rente, sont soumises aux règles concernant ces lettres parce qu'elles ont pour objet des prestations en argent. C'est pourquoi on pouvait se demander si la charge foncière établie pour sûreté de la rente du droit de superficie est aussi régie par ces règles.

6. Ce n'est pas seulement pour garantir la rente du droit de superficie par un gage immobilier ou une charge foncière que les dispositions légales sont insuffisantes ou trop imprécises. Les contrats de superficie imposent régulièrement encore d'autres obligations au propriétaire du fonds et au superficiaire, en particulier des obligations de faire qui ne peuvent avoir un caractère réel. Tel est le cas si le superficiaire promet que le bâtiment à construire sera maintenu en bon état pendant toute la durée du droit ou si le propriétaire du fonds promet de verser une indemnité équitable pour les constructions qui lui feront retour à l'expiration de la durée du droit de superficie ou en cas de dissolution anticipée du contrat de superficie. Mais ces engagements lient seulement les personnes qui les ont pris et non pas leurs ayants cause (successeurs à titre particulier). L'acquéreur d'un droit de superficie et des constructions édifiées en vertu de ce droit n'est pas tenu de verser la rente et de maintenir en bon état les bâtiments, à moins qu'il n'ait accepté de reprendre ces obligations de l'aliénateur. Celui qui acquiert un fonds grevé d'un droit de superficie n'est pas lié par l'engagement pris par son prédécesseur de verser une indemnité pour les constructions qui lui feront retour, s'il n'a pas repris cet engagement. Dans l'arrêt de principe que nous avons cité, le Tribunal fédéral a confirmé catégoriquement que, d'après l'article 779 du code civil et sa place dans la systématique de la loi, le droit de superficie est une servitude et ne peut avoir pour objet que celui que la loi prévoit pour les servitudes. Il s'ensuit que les clauses du contrat de superficie, si elles ne visent pas seulement à préciser l'objet et l'étendue de ce droit, n'ont pas d'effet réel et, par conséquent, ne sont pas opposables au successeur à titre particulier de l'une ou l'autre des parties au contrat. Le Tribunal fédéral en a tiré cette conséquence pour la rente du droit de superficie: Si le superficiaire vend ce droit, avec les bâtiments, sans transmettre à l'acquéreur l'obligation de verser la rente, il continue à en répondre personnellement, le nouveau titulaire du droit et propriétaire des constructions établies en vertu de ce droit ne répondant de la rente ni sur ces constructions, ni personnellement. Il en est ainsi de toutes les autres obligations qui ne sont pas l'objet de la ser-

vitude, en particulier de toutes les obligations de faire. Pour elles, l'acquéreur n'a pas la responsabilité réelle qui existe pour l'obligation de payer la rente, du fait de la constitution d'un gage immobilier ou d'une charge foncière. Par conséquent il faut trouver une solution pour qu'au moins les principales obligations généralement prévues dans le contrat de superficie puissent être opposées par le propriétaire du fonds à tout acquéreur du droit de superficie et par le superficiaire à tout acquéreur du fonds grevé.

Ce résultat peut être atteint de différentes manières :

- a. En vertu de la loi, ces obligations font partie du contrat de superficie. Dans la mesure où cette réglementation est de droit dispositif, les parties peuvent y déroger par contrat, la loi pouvant toutefois donner à ce contrat un effet renforcé en cas d'annotation au registre foncier ;
- b. Certaines obligations déterminées, prévues par les parties, sont de par la loi objet du contrat de superficie, de sorte qu'elles lient tout propriétaire du fonds et tout superficiaire. A titre d'exemple tiré du régime actuel, nous citons la convention entre le bénéficiaire de la servitude et le propriétaire grevé (art. 730, 2^e al., CC) qui impose à ce dernier l'obligation d'exécuter les travaux et de supporter les frais nécessaires pour l'entretien, l'exploitation, la sauvegarde et la surveillance des installations de la servitude ;
- c. La loi peut autoriser les parties à faire annoter au registre foncier au moins les principaux droits et obligations prévus dans le contrat de superficie, leur donnant ainsi un effet renforcé, c'est-à-dire les rendant opposables aux ayants cause des parties ;
- d. On peut aussi obtenir le résultat recherché par un moyen détourné : Le propriétaire du fonds se réserve un droit d'emption ou de réméré et le fait annoter au registre foncier, en disposant qu'il l'exercera si le superficiaire viole une clause du contrat, par exemple, s'il ne verse pas la rente pour le terme fixé.

II. Propositions de modifier le régime actuel

1. C'est dans les années 1920 déjà, par un postulat Affolter adopté le 25 juin 1926 au Conseil national, que les démarches ont commencé en vue d'une révision du régime du droit de superficie. Mais la nécessité d'une révision ne parut pas urgente puisqu'aucune étude ne fut entreprise et que le postulat fut classé, en 1937, sur proposition du Conseil fédéral.

Peu après la seconde guerre mondiale, le postulat fut repris par le conseiller national Freimüller (Berne) ; déposé le 20 mars 1946, il fut adopté le 12 juin suivant. Il suggère d'édicter des mesures législatives pour supprimer les difficultés auxquelles donne lieu l'application du droit de superficie. Comme celui de 1926, le postulat tend surtout à une révision du droit de

superficie en vue de favoriser la construction de logements à caractère social. Il demande en conséquence, avant tout, une meilleure protection des intérêts des communes et d'autres collectivités de droit public qui pourraient et voudraient céder des terrains à bâtir, sous forme de droits de superficie, pour la construction de maisons d'habitation. Il s'agirait, notamment, de protéger le droit à la rente que possède la commune en sa qualité de propriétaire du fonds, comme aussi son pouvoir de mettre fin au droit de superficie ou de le reprendre en cas de violation du contrat. De cette manière, la commune pourrait utiliser son sol pour remplir la tâche sociale importante qui lui incombe en matière de construction de logements, sans avoir à craindre que le superficiaire ne détourne le fonds de sa destination ou ne se soustraie à l'obligation d'exécuter la contre-prestation, si modeste soit-elle.

2. Des travaux préliminaires fort utiles ont été faits par une commission spéciale instituée par l'association suisse pour le plan d'aménagement national (appelée ci-après commission spéciale). Le rapport de la commission, avec projet législatif et modèles de contrats de superficie, a été publié en 1950 sous le titre: *Das Baurecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch (Le droit de superficie d'après le code civil suisse)*. Ce rapport, comme les postulats déposés au Conseil national, met, lui aussi, au premier plan la protection des intérêts du propriétaire du fonds par rapport au superficiaire.

La commission spéciale fait les propositions suivantes:

- a. L'obligation de payer la rente du droit de superficie peut grever ce droit sous forme de charge foncière. En conséquence, l'article 788 du code civil devrait être complété par un nouvel alinéa ainsi conçu: «La charge foncière constituée en garantie de la rente du droit de superficie n'est pas rachetable pendant la durée de ce droit»;
- b. Pour garantir les autres obligations contractuelles du superficiaire, il faudrait créer par contrat des droits d'emption et de réméré. Ces droits ne seraient pas soumis à la restriction prévue par l'article 683, 2^e alinéa, du code civil, suivant laquelle ils «cessent dans tous les cas, dix ans après l'annotation». Ils en seraient libérés par une disposition nouvelle à insérer sous la forme d'un 3^e alinéa de l'article 683, ayant la teneur suivante: «Toutefois, les droits d'emption ou de réméré en faveur du propriétaire du fonds peuvent subsister et être annotés au registre foncier pour toute la durée fixée dans le contrat de superficie.»
- c. Afin que le droit de superficie ne puisse être transféré à un acquéreur qui n'offrirait aucune garantie pour l'exécution correcte des obligations découlant du contrat de superficie, ou ne remplirait pas les conditions voulues pour que le droit soit exercé conformément à sa destination, le propriétaire devrait disposer d'un droit de préemption légal, comme le copropriétaire à l'égard de tiers acquéreurs d'une part de l'immeuble indivis (art. 682 CC). Cet article devrait être complété par un deuxième

alinéa, ainsi rédigé: «Le propriétaire d'un fonds grevé d'un droit de superficie distinct et permanent a un droit de préemption légal contre tout tiers acquéreur du droit de superficie.»

- d. L'article 779 du code civil devrait être complété par le nouvel alinéa suivant: «Les règles de la propriété foncière sont applicables à l'acquisition et à l'inscription d'un droit de superficie.»
- e. Pour l'amortissement des gages immobiliers grevant des droits de superficie, il y aurait lieu d'insérer dans le code civil un nouvel article 801 *bis*, ainsi conçu: «Les créances garanties par les gages immobiliers grevant un droit de superficie distinct et permanent doivent être entièrement amorties trois ans au moins avant l'échéance du droit, au moyen d'annuités dont le montant figurera au registre foncier. Le droit de gage afférent à chaque annuité est éteint trois ans après que l'annuité est devenue exigible.»

3. Entre-temps, l'intérêt pratique du droit de superficie s'est considérablement accru. Auparavant, c'étaient les collectivités publiques, notamment les communes urbaines, mais aussi d'autres collectivités de droit public, comme la bourgeoisie de Berne, ainsi que des associations d'utilité publique qui donnaient en superficie des terrains pour la construction d'importants ouvrages publics et privés. On trouve de ces ouvrages en particulier à Bâle (bâtiments et autres installations du port du Rhin, de la *Basler Reederei*, *Markthalle*, studio de la radio, patinoire artificielle, constructions établies sur les terrains de l'hôpital des bourgeois et de la fondation Christophe Mérian) et à Genève (Palais de la Société des Nations, Genève-Plage, gare de la Praille, Hôtel du Rhône, maisons locatives). A Berne aussi, des installations publiques ont été érigées en vertu d'un droit de superficie (patinoire artificielle et piscine, garages); les constructions de l'Etat sur les terrains de la bourgeoisie sont toujours plus nombreuses. Mais depuis quelque temps, le droit de superficie est de plus en plus utilisé dans les transactions immobilières entre particuliers. Dans la ville de Berne, c'est presque exclusivement sous cette forme que des terrains sont mis à disposition dans les principales artères pour la construction ou la transformation de bâtiments importants. Mais il en est ainsi ailleurs aussi. Cette évolution pourrait bien se poursuivre tant que la demande de terrains à bâtir reste aussi forte. En accordant un droit de superficie, le propriétaire d'un fonds a la possibilité d'en tirer un parti avantageux sans devoir l'aliéner et de réaliser, le moment venu, la plus-value qui se sera produite entre-temps. Comme la demande est beaucoup plus forte que l'offre, le propriétaire a généralement une position prédominante lors de la conclusion de contrats de superficie. C'est pourquoi la durée moyenne des droits de superficie a fortement diminué au cours des dernières années et décennies. Auparavant, ces droits étaient accordés pour une durée illimitée ou pour 99 ou 100 ans, puis pour 80 ans; aujourd'hui la plupart ne sont pas constitués pour plus de 50 ans. Il s'ensuit un accroisse-

ment des charges du superficiaire. Outre les frais de construction, la rente, les intérêts du capital et spécialement les amortissements jouent un rôle, car les dettes hypothécaires devraient être amorties à l'expiration du droit de superficie. En effet, le droit de superficie s'éteint alors et avec lui les gages dont il est l'objet. La radiation au registre foncier ne fait qu'établir une concordance formelle entre ce registre et la situation juridique découlant de la loi (1). Dans la situation économique actuelle — et il en sera probablement ainsi à l'avenir — le propriétaire du fonds a généralement une position prédominante et il est en mesure, pour sauvegarder ses intérêts, d'imposer au superficiaire des obligations importantes, comme aussi de prévoir de sévères sanctions en cas de violation de ces obligations. C'est pourquoi, en revisant les dispositions en vigueur, il convient non seulement de donner des garanties plus efficaces au propriétaire du fonds, comme cela eût suffi précédemment, mais encore de protéger, lorsque le droit et l'équité le demandent, le superficiaire contre l'exercice des attributions que s'est réservées le propriétaire.

Dans ces conditions, la revision envisagée devrait permettre de réaliser les buts suivants :

- a. Le superficiaire devrait, sauf convention contraire en raison de circonstances spéciales, avoir droit à une indemnité équitable pour les constructions qu'il a faites, lorsqu'elles font retour au propriétaire parce que le droit de superficie est arrivé à échéance ou que le contrat de superficie a été prématurément dissous ;
- b. Le superficiaire, propriétaire des bâtiments, ne devrait pas être exposé au risque d'être privé du droit de superficie et des bâtiments, à cause d'une violation même minime du contrat, parce que le propriétaire exercerait à un prix extrêmement bas le droit d'emption ou de réméré qu'il s'est réservé. Ce retrait ne devrait être permis qu'en cas de violation grave des obligations souscrites et contre paiement d'une indemnité équitable pour les constructions faisant retour au propriétaire du fonds ;
- c. Dans le cas où le propriétaire du fonds serait ainsi tenu d'indemniser le superficiaire, la situation des créanciers hypothécaires de ce dernier pourrait s'en trouver améliorée si la loi dispose que l'indemnité garantie, en lieu et place du droit de superficie et des bâtiments, le solde non amorti de leurs créances. Indirectement, le superficiaire bénéficierait aussi de cette disposition, puisqu'elle permet aux créanciers hypothécaires de ne pas se montrer trop rigoureux à son égard pour l'exécution des amortissements prévus ;
- d. Le droit d'exiger une indemnité équitable pour les constructions qui font retour au propriétaire du fonds pousse le superficiaire à bien entre-

(1) Leemann, *Kommentar*, n° 74, ad art. 779 CC et *Codice civile*, art. 954, 2816; exposé de Liver dans la *Revue de la Société des juristes bernois*, 89 (1953), p. 229 s. et dans la *Revue suisse du notariat et du registre foncier*, 39 (1958), p. 328 s.

tenir ces constructions; l'indemnité en effet se réglera en premier lieu d'après l'état des bâtiments, de sorte qu'un bon entretien paye. Enfin, le propriétaire du fonds profite lui aussi de cette solution, puisqu'il a intérêt à ce que les bâtiments soient convenablement entretenus et impose régulièrement cette charge au superficiaire dans le contrat.

III. Genèse du projet

Le 24 novembre 1955, le chef du département de justice et police chargea M. Peter Liver, professeur à la faculté de droit de l'université de Berne, d'établir deux avant-projets de loi avec exposés des motifs: l'un pour reviser les dispositions sur la copropriété et les compléter par des dispositions sur la propriété par étages, l'autre pour compléter les dispositions du code civil sur le droit de superficie. Le premier avant-projet (propriété par étages) fut remis par M. Liver le 11 mai 1957; le second (droit de superficie) le suivit en avril 1958. Ce second avant-projet fut examiné par la même commission d'experts que le premier. Des délibérations de la commission, en juin et juillet 1958, sortit un nouvel avant-projet qui, en 1960, fut soumis à la procédure de consultation habituelle. L'auteur remania ensuite l'avant-projet que la commission d'experts examina dans ses séances des 12 et 17 juillet 1961. M. Liver, après avoir mis ce projet au net, l'adressa le 18 août 1961 au département de justice et police avec un exposé des motifs.

IV. Le projet

A. Les grandes lignes

1. Il n'y a pas de divergences importantes au sujet des buts de la revision. Auparavant, on pensait généralement qu'il fallait assurer au propriétaire du fonds la protection de ses intérêts légitimes pour lui permettre de recourir sans crainte au droit de superficie et donner ainsi à cette institution l'expansion qu'elle mérite, notamment comme instrument de la politique sociale des collectivités publiques en matière de logements. Dans cet ordre d'idées, la revision doit donner au propriétaire du fonds:

- a. La faculté de se faire payer, sur la valeur du droit de superficie et des constructions, les créances représentées par les arrérages de la rente (garantie réelle de la rente par le droit de superficie);
- b. La faculté de retirer le droit de superficie lorsque le titulaire ou son ayant cause excède son droit ou viole les obligations souscrites dans le contrat de superficie;
- c. Un droit de préemption en vertu duquel il peut recouvrer le droit de superficie si le superficiaire ou son ayant cause aliène ce droit, le droit

de préemption étant opposable à tout superficiaire (droit de préemption avec effet renforcé).

En outre, la commission spéciale a déclaré qu'il était nécessaire de soumettre le contrat de superficie à la forme authentique. Elle a proposé de compléter à cet effet l'article 779 du code civil. Cette proposition a été accueillie favorablement, du moins en tant qu'il s'agit de la constitution de droits de superficie distincts et permanents.

Comme on l'a déjà dit, le droit de superficie a, entre-temps, acquis une importance économique nouvelle. Les propriétaires fonciers, même s'il s'agit de particuliers, s'en servent toujours davantage. Ils peuvent ainsi tirer parti de la valeur du sol sans aliéner l'immeuble et s'assurer les avantages d'une plus-value future. C'est pourquoi la revision doit aussi veiller à ce que, en vertu de dispositions contractuelles, le superficiaire ne puisse être obligé de se dessaisir de son droit en faveur du propriétaire du fonds sans avoir contrevenu à ses engagements d'une manière qui justifierait la perte de ce droit. Tel est le but des dispositions sur l'indemnité que doit verser le propriétaire du fonds pour les constructions qui lui font retour et sur les conditions requises pour la dissolution anticipée du contrat de superficie par l'exercice du droit de retour.

2. Notre projet diffère des propositions de revision formulées par la commission spéciale, tout d'abord par le fait qu'il les complète, comme nous venons de l'indiquer, puisqu'il use d'autres moyens pour les réaliser. Il y a concordance en ce qui concerne la proposition d'accorder au propriétaire du fonds un droit de préemption légal sur le droit de superficie. Notre projet s'écarte aussi des propositions de la commission spéciale sur le point suivant : Il évite de bouleverser les institutions du code civil ayant une portée générale, en y introduisant des exceptions pour les faire servir au développement du droit de superficie.

Il en résulte ce qui suit : Lorsque la charge foncière suffit à garantir la créance résultant de la rente, elle doit continuer à être utilisée. Mais si tel n'est pas le cas ou s'il y a des doutes à ce sujet, le législateur aurait tort de déclarer qu'elle est le moyen rêvé et que les dispositions légales qui pourraient s'y opposer sont sans effet sur le contrat de superficie. Au lieu de porter ainsi atteinte à des institutions existantes pour les faire servir à un but spécial, mieux vaut trouver une institution légale utilisable sans qu'on lui fasse violence. Il est donc tout indiqué d'examiner si, pour garantir la rente du droit de superficie, on ne peut pas avoir recours à l'hypothèque maximum. C'est une création du code civil qui a fait ses preuves, tandis que la charge foncière, d'une manière générale et notamment s'il s'agit de garantir une créance d'argent, n'est pas soumise à des règles très claires et précises.

Des hésitations sont aussi légitimes pour les raisons suivantes : D'après les propositions de la commission spéciale, le propriétaire du fonds dispose-

rait d'un droit d'emption et de réméré pour faire observer le contrat de superficie et, si le contrat est violé, pour obtenir satisfaction; ce moyen serait encore renforcé par une disposition spéciale permettant de prendre une annotation pour toute la durée du contrat de superficie, au lieu des dix ans prescrits par l'article 683, 2^e alinéa, du code civil, lorsque l'annotation sert au propriétaire du fonds contre le superficiaire.

Abstraction faite du renforcement dû à cette disposition spéciale, il est peu souhaitable que le propriétaire du fonds puisse se servir du droit d'emption comme moyen de pression. Aucune institution du droit civil ne risque, autant que le droit d'emption, d'être utilisée abusivement. Le plus souvent, ce droit est constitué non pas en vue de l'achat d'un immeuble, mais comme moyen de pression et de contrainte en vue d'obtenir l'exécution d'engagements. Il peut être une épée de Damoclès suspendue sur la tête du superficiaire. Le droit de superficie est ainsi ravalé au rang d'un droit précaire, ce qui lui enlève le caractère de négociabilité que la loi lui reconnaît lorsqu'il est constitué en droit distinct.

On ne saurait interdire aux parties de prévoir un droit d'emption dans le contrat de superficie. Mais ce droit ne doit pouvoir s'exercer qu'à un prix qui puisse être considéré comme constituant une indemnité équitable pour les constructions qui font retour au propriétaire du fonds et seulement si le superficiaire contrevient gravement aux obligations souscrites (sa faute étant cependant un motif de réduction).

3. Pour rendre opposables aux ayants cause (successeurs à titre particulier) des deux parties les accords importants que le propriétaire du fonds et le superficiaire passent habituellement, on avait le choix entre les possibilités ci-dessus indiquées (ch. I, p. 9). L'avant-projet avait adopté tout d'abord la solution réalisée déjà dans l'ordonnance allemande (*Erbbaurechtsverordnung*) de 1919, selon laquelle l'effet renforcé de ces accords résulterait d'une disposition légale. L'avant-projet voulait que certains engagements contractuels, souscrits par le propriétaire du fonds ou le superficiaire, lient aussi son ayant cause; il s'agit d'accords sur le versement de la rente, sur l'indemnité de retour et la garantie qu'elle constitue pour les créanciers gagistes, ainsi que sur l'exercice du droit de retour pour de justes motifs et contre une indemnité équitable.

Mais cette réglementation rencontra une forte opposition, particulièrement lors de la procédure de consultation. On lui reprochait surtout de heurter le principe de la publicité du registre foncier, strictement appliqué dans notre régime des droits réels. On demandait que pour donner un effet renforcé à tous ces accords, leur annotation ou un autre mode de publicité au registre foncier fût prévu et qu'on renonce à l'octroi de cet effet par la loi.

Le projet actuel est différent. Partant de l'idée que les obligations en cause font normalement partie du contrat de superficie, nous proposons de déclarer qu'elles font, en vertu de la loi, partie du contrat et lient ainsi néces-

sairement tout propriétaire du fonds et tout superficiaire, sauf conventions contraires. De telles conventions, dans la mesure où elles sont admissibles, doivent pouvoir être annotées au registre foncier. L'annotation rend publiques ces conventions.

4. Pour garantir la rente du droit de superficie, une règle spéciale était indispensable. L'acquéreur du droit ne se contente pas de savoir qu'il doit payer une rente; il lui importe aussi d'en connaître le montant, les échéances et les annuités. Ces modalités, la loi ne peut pas les prescrire; elles doivent figurer dans le contrat de superficie ou faire l'objet d'accords subséquents. L'acquéreur doit se renseigner. Il ne se justifierait pas de lui épargner cette démarche grâce à une annotation au registre foncier, car cette annotation souvent ne serait pas exacte, étant données surtout les modifications pouvant intervenir quant à la rente.

Le projet s'abstient de créer une obligation légale de payer la rente ou de conférer de par la loi un effet renforcé aux accords passés à ce sujet. En donnant au propriétaire le pouvoir de faire inscrire une hypothèque sur le droit de superficie, il le met en mesure de pourvoir lui-même à ce que la rente soit garantie par le droit de superficie. Le premier avant-projet prévoyait une hypothèque légale, valable sans inscription. Il restait possible de placer en rang préférable d'autres droits de gage. Mais cette solution présentait certaines difficultés d'ordre technique. En outre, elle se heurtait à une opposition presque générale parce que l'on ne pouvait admettre cette nouvelle limitation de la publicité du registre foncier.

Notre projet permet au propriétaire du fonds de requérir l'inscription d'une hypothèque légale au sens de l'article 837 du code civil, analogue à celle des artisans et entrepreneurs. Elle prend naissance par l'inscription au registre foncier et a le rang qui lui revient d'après son inscription. La constitution de cette hypothèque présente moins de difficultés que celle de l'hypothèque des artisans et entrepreneurs, parce que la base — le contrat de superficie — est plus sûre, notamment en ce qui concerne la somme garantie, et que l'hypothèque sera régulièrement prévue dans ce contrat. Bien entendu, la constitution de cette hypothèque pourrait aussi être convenue dans le contrat de superficie, sans que la loi donne au propriétaire du fonds un droit à l'inscription d'une hypothèque. Jusqu'à maintenant, toutefois, on a souvent contesté que la créance sur les arrérages de la rente puisse être garantie, pour un montant déterminé, par une hypothèque maximum, en tant que créance principale et non en tant que créance d'intérêts ou d'annuités (1). Pourtant rien ne s'y oppose. Il n'est donc pas nécessaire de constituer un droit de gage du montant de l'annuité capitalisée de la rente. Ce serait grever le droit de superficie d'une charge excessive, de sorte qu'il serait très difficile de garantir encore les crédits de construc-

(1) E. Klöti, *op. cit.*, p. 41.

tion. On garantirait ainsi une créance en capital inexistante. Le droit de gage ne serait nécessaire que pour garantir le prix de rachat, mais cette garantie n'est pas du tout demandée. Ce qui doit être garanti, c'est seulement la créance sur les arrérages de la rente. Il appartient au propriétaire du fonds d'empêcher que ces arrérages ne s'étendent à plus de deux annuités, avant d'engager une procédure d'exécution forcée. Pour sa sécurité, il suffit d'une hypothèque maximum pour une somme représentant trois annuités de la rente (la rente courant pendant que dure la procédure d'exécution forcée doit aussi être comptée et peut représenter plus d'une annuité). Sans aucun doute, on aura habituellement recours à cette possibilité, de sorte que le contrat de superficie prévoira la constitution d'une hypothèque maximum. Ce n'est donc qu'exceptionnellement que le propriétaire du fonds sera forcé de faire usage de son droit à la constitution d'une hypothèque.

E. Commentaire des dispositions du projet

Article 779, 3^e alinéa. — Le 3^e alinéa, nouveau, prévoit que, pour constituer valablement un droit de superficie distinct et permanent, il faut avoir recours à la forme authentique. On admet que cette forme est ici tout spécialement nécessaire. Selon certains auteurs, la pratique actuelle, suivant laquelle le contrat de superficie est valable en la simple forme écrite, repose sur une interprétation inexacte de la loi ⁽¹⁾. Quoi qu'il en soit, l'exigence de la forme authentique, pour l'avenir, est justifiée en tous points.

Le premier avant-projet tendait à rétablir le régime prévu par Eugène Huber dans l'avant-projet de code civil: Forme authentique pour tous les contrats constitutifs de droits réels restreints sur des immeubles, mais reconnaissance des servitudes apparentes ou évidentes grâce à des installations extérieures, même si elles ont été instituées non pas par contrat et inscription, mais simplement par «destination du père de famille» (*Widmung*) ⁽²⁾. Pour cela il aurait suffi d'abroger l'article 732 du code civil et d'insérer à sa place l'article 725 de l'avant-projet de code-civil, en précisant quelque peu le texte. Mais cette solution a soulevé des oppositions, dirigées particulièrement contre la reconnaissance des servitudes apparentes ou évidentes qui naissent sans inscription. L'exigence de la forme authentique pour la validité de tous les contrats constitutifs de servitudes ne se justifie que si l'on fait exception pour les servitudes évidentes ou apparentes. Si l'on ne veut pas d'exceptions, il faut alors renoncer à la règle, si fondée soit-elle, et se contenter de faire une œuvre partielle. Tout au plus pourrait-on se demander

⁽¹⁾ P. Liver, *Über die Formen der Begründung und Übertragung von dinglichen Rechten an Grundstücken*, *Revue suisse du notariat et du registre foncier*, 26 (1945), p. 121 s.; *Kommentar*, n° 75, ad art. 732; *Der Begriff der Rechtsquelle*, *Revue de la société des juristes bernois*, 91 bis (1955), p. 40.

⁽²⁾ P. Liver, *Kommentar*, n° 45 s., ad art. 733 CC.

si la forme authentique doit être aussi exigée pour les droits distincts et permanents à une source (art. 780 CC). Mais alors pourquoi traiter différemment d'autres servitudes (servitudes personnelles irrégulières) conformes à l'article 781 du code civil, lorsqu'elles sont constituées ou converties en droits distincts et permanents pour pouvoir être immatriculées au registre foncier (p. ex. anciens droits d'eau, droits de pêche et d'affouage) ? Si la forme authentique devait être prescrite pour tous les actes juridiques invoqués pour l'inscription au registre foncier, on devrait aussi le faire pour les servitudes et hypothèques établies au nom du propriétaire; on aboutirait ainsi à des résultats qui n'auraient été ni voulus ni prévus. A noter, du reste, que le concours de l'officier public n'est en fait de loin pas aussi nécessaire pour la constitution du droit à une source que pour l'établissement du droit de superficie. En conséquence il paraît sage de limiter cette innovation au droit de superficie.

On s'est aussi demandé si la nouvelle disposition devait s'appliquer à tous les droits de superficie qui n'ont pas le caractère de servitudes foncières, ou seulement aux droits distincts et permanents qui peuvent être immatriculés au registre foncier. Le projet a retenu la seconde solution. Par conséquent, la simple forme écrite, suivie de l'inscription au registre foncier, suffit pour l'acquisition des droits de superficie qui ne sont pas distincts, c'est-à-dire qui ne peuvent pas être l'objet de libres transferts, tels les droits de canalisation, les droits servant à l'établissement de stations de transformateurs et autres droits qui ne sont pas des servitudes foncières, mais appartiennent à une personne physique ou morale déterminée et ont donc le caractère de servitudes personnelles irrégulières (art. 781 CC).

Article 779c. — Il n'y a rien de matériellement nouveau dans cette disposition qui a un caractère explicatif, sans être du reste superflue comme on a souvent pu le constater. Certes, on reconnaît que le contrat constitutif d'une servitude peut en préciser les effets et l'étendue. Si le bénéficiaire de la servitude obtient la permission d'établir et d'utiliser un ouvrage sur le fonds servant, par exemple un chemin, une conduite, un captage de source, l'emplacement, les limites et le mode de construction de l'ouvrage peuvent et doivent être fixés dans le contrat constitutif. S'il s'agit d'édifier une construction sur un terrain, le genre de construction peut aussi être précisé en détail dans le contrat de superficie. Le superficiaire peut se voir imposer l'obligation de s'en tenir, pour la construction, à un plan détaillé, déclaré partie intégrante du contrat de superficie. Ainsi, la situation, l'aspect, l'étendue et la destination des constructions peuvent être exactement déterminés. Le contrat fixera aussi les distances à observer et les surfaces qui ne doivent pas être bâties. On peut également prévoir, par exemple, que seuls peuvent être construits des bâtiments qui, vu leur affectation, conviennent parfaitement au quartier résidentiel tranquille où ils doivent être situés (1).

(1) E. Klöti, *op. cit.*, p. 27.

On a, il est vrai, soutenu que le droit de superficie ne saurait être constitué sur des terrains qui ne peuvent pas être bâtis, comme les jardins, parcs, surfaces réservées aux chemins, places de jeu, etc.; pour que ces surfaces soient soustraites à la construction, le droit de superficie établi sur elles devrait être grevé d'une interdiction de bâtir. Cette opinion n'est cependant pas défendable (1). Le droit de superficie peut très bien avoir pour objet la totalité d'un fonds, même si certaines surfaces restent non bâties et doivent servir aux habitants des bâtiments prévus, comme jardin ou parc, place de jeu ou voie de communication. Si, en revanche, le propriétaire, dans l'intérêt de son fonds contigu, impose au superficiaire une obligation indépendante du droit de superficie, comme l'octroi d'un droit de passage ou de canalisation d'eau, cette obligation, pour avoir des effets réels, doit être constituée sous forme de servitude foncière. Le droit de superficie peut éventuellement ne porter que sur une portion déterminée même minime d'un bien-fonds étendu. Il permettra par exemple la construction d'une maisonnette de vacances. Lorsqu'il faut avoir recours à l'autre partie du bien-fonds pour assurer l'accès à cette maisonnette, le superficiaire doit obtenir le droit de passage comme servitude, si un effet réel est nécessaire; car ce droit de passage n'est pas objet du droit de superficie.

Article 779b. — Une règle générale et absolue veut qu'une servitude s'éteigne au terme de la période pour laquelle elle a été constituée, si bien que l'inscription prise au registre foncier, dans le cas où elle n'est pas radiée, devient sans valeur (2). C'est aussi la conséquence d'un principe général des droits réels, selon lequel les constructions établies en vertu d'un droit de superficie deviennent, une fois le droit éteint, partie intégrante du fonds grevé. Le principe de l'accession (*superficies solo cedit*), qui ne pouvait s'appliquer tant que subsistait le droit de superficie, exerce son effet dès que le droit devient caduc. De ce fait, les bâtiments font retour au propriétaire du fonds. La propriété du sol s'étend alors de nouveau aux bâtiments. C'est, nous le répétons, une conséquence nécessaire et reconnue partout du régime des droits réels chez nous et à l'étranger (3). Il ne serait pas indispensable de le dire expressément dans la loi. Mais à l'article 779b, 1^{er} alinéa, cette indication sert d'introduction aux dispositions des alinéas suivants. Cette conséquence de l'extinction du droit de superficie est aussi mentionnée expressément dans les lois d'Etats voisins, soit en Allemagne (*Erbbauerechtsverordnung*, § 12, 3^e al.), en Autriche (*Baurechtgesetz*, 1912, § 9) et en Italie (*Codice civile*, 1942, art. 953).

(1) E. Klöti, *op. cit.*, p. 27.

(2) P. Liver, *Kommentar*, nos 145 à 147, ad art. 734 CC, et l'exposé du même auteur dans la *Revue suisse du notariat et du registre foncier*, 39 (1958), p. 321 s.: *Die Löschung infolge Unterganges des dinglichen Rechts*.

(3) C. Wieland, *Kommentar*, rem. 7, lettre c, ad art. 779 CC.

L'article 779^b, 2^e alinéa, innove tout d'abord en imposant au propriétaire du fonds l'obligation de verser, sauf convention contraire, une indemnité équitable au superficiaire pour les constructions qui lui font retour. Cette prescription est généralement considérée comme fondée et équitable. En Allemagne et en Autriche, l'indemnisation du superficiaire est expressément prescrite. Leemann (*commentaire*, n^o 60, ad art. 779 CC) était d'avis que le droit du superficiaire à une indemnité découle, actuellement déjà, des dispositions légales, soit de l'application par analogie des articles 671 à 673 du code civil (constructions établies avec ses propres matériaux sur le fonds d'autrui). Mais il est douteux que ces dispositions s'appliquent au droit de superficie, car elles se rapportent non pas, comme en matière de superficie, à des constructions édifiées en vertu d'un contrat passé avec le propriétaire du fonds, mais à des constructions établies sans droit et contre la volonté du propriétaire. Même si Leemann avait raison, il serait indiqué, déjà par souci de précision, de régler cette question dans la loi elle-même. L'indemnité doit être «équitable». Cette expression, la loi l'utilise aussi ailleurs, par exemple dans les articles 673, 674 et 701. Elle signifie que le calcul de l'indemnité peut et doit tenir compte des circonstances et conditions particulières du cas. On partira de la plus-value acquise par l'immeuble du fait que le droit de propriété s'étend désormais non seulement au sol, mais aussi aux bâtiments et à leur libre utilisation.

La loi prescrit ensuite que l'indemnité garantit les créanciers qui ont perdu leur gage par suite de l'extinction du droit de superficie avant le paiement intégral de leurs prétentions. C'est le principe de la subrogation qui existe notamment aussi en matière d'usufruit lorsque l'article 750, 3^e alinéa, du code civil dispose que l'usufruit s'étend à la contre-valeur qui a remplacé la chose détruite. La même règle s'applique au droit de superficie dans les lois allemande (*Erbbaurechtsverordnung*, § 29), autrichienne (*Baurechtsgesetz*, § 10) et italienne (*Codice civile*, art. 2816).

Dans la procédure de consultation, on a fait observer de différents côtés que le propriétaire du fonds pourrait se soustraire au paiement de l'indemnité et, à l'expiration du droit de superficie ou ultérieurement, hypothéquer son fonds de telle manière que l'indemnité due ne serait pas couverte en cas de réalisation forcée. C'est ce que doit empêcher la disposition du 3^e alinéa. En garantie de leur droit à l'indemnité, l'ancien superficiaire et ses créanciers hypothécaires auront une hypothèque légale sur le fonds, de même rang que le droit de superficie. Mais le principe de la publicité est, dans ce cas aussi, sauvegardé du fait que l'hypothèque légale prend naissance par l'inscription. Pendant trois mois le rang du droit de superficie est réservé à l'hypothèque légale (4^e al.). Pendant ces trois mois, le propriétaire et tout acquéreur du fonds ou d'un droit réel sur le fonds peuvent s'attendre à une inscription ou une annotation (inscription provisoire). Selon la majorité des auteurs — dont le Tribunal fédéral ne partage pas l'opinion — l'acquéreur

d'une construction nouvelle peut de même, pendant trois mois à compter de l'achèvement des travaux, s'attendre à l'inscription d'hypothèques en faveur des artisans et entrepreneurs.

Les dispositions qui régissent l'hypothèque des artisans et entrepreneurs s'appliquent par analogie à l'inscription de l'hypothèque destinée à garantir le paiement de l'indemnité

En droit allemand (*Erbbaurechtsverordnung*, § 28) « le paiement de l'indemnité est garanti par le fonds en lieu et place du droit de superficie, et au même rang ». Mais cette prescription a donné lieu à des controverses parce qu'elle ne parle pas de l'inscription (1).

Le dernier alinéa règle l'annotation de conventions dérogeant aux dispositions légales sur l'indemnité. L'annotation est indispensable pour que les successeurs à titre particulier des parties soient liés par ces conventions, même s'ils ne les ont pas reprises. Les accords en question peuvent aussi prévoir la procédure applicable à la fixation de l'indemnité, par exemple charger un expert ou un tribunal arbitral de la déterminer.

Article 779c. — Il faut distinguer le retour consécutif à la violation de ses obligations par le superficiaire et le retour provoqué par l'expiration de la durée du droit de superficie. Dans le premier cas, il s'agit d'un retour anticipé qui a pour effet de transférer au propriétaire du fonds le droit de superficie, les bâtiments avec tous les droits et charges qui s'y rapportent (1^{er} al.). Le droit de superficie ne s'éteint donc pas, mais continue à exister. S'il est grevé, en particulier de gages immobiliers, le propriétaire ne peut pas non plus le faire radier bien qu'il lui appartienne et grève son propre fonds. Les créanciers hypothécaires et autres titulaires de droits réels doivent pouvoir compter que le droit de superficie subsistera pendant toute la durée pour laquelle il a été prévu et inscrit au registre foncier. Sans leur consentement, le droit ne peut donc pas être radié plus tôt (art. 964 CC). Le propriétaire du fonds est libre de l'aliéner. En le transférant à un nouvel acquéreur, il ne porte pas atteinte aux droits réels des créanciers ou d'autres intéressés.

Pour le superficiaire qui a violé ses obligations, le retrait du droit de superficie constitue une sanction très sévère. C'est pourquoi le projet soumet à deux conditions le retrait du droit :

1. Le droit de retour ne peut être exercé que si le superficiaire a violé gravement des engagements importants (1^{er} al.). Tel peut être le cas lorsqu'il a dépassé son droit de superficie. Le superficiaire a contrevenu gravement aux dispositions contractuelles relatives à la construction ; il a, par exemple, construit des bâtiments sans s'en tenir au volume et à la destination convenus. Il peut n'avoir pas observé des clauses contractuelles n'ayant qu'un caractère personnel concernant par exemple l'entretien du bâtiment, l'aménagement et l'entretien de jardins, la location d'appartements, l'exploitation

(1) Güthe-Triebel, *Grundbuchordnung*, II, 4^e édit., p. 1780.

d'entreprises artisanales sur le fonds grevé. Ces dispositions contractuelles ne lient directement que le superficiaire comme partie au contrat. En règle générale cependant il les impose à l'acquéreur du droit de superficie, de sorte qu'elles lient celui-ci également.

2. Le propriétaire du fonds est tenu de verser au superficiaire une indemnité équitable pour les constructions qui lui font retour. Il n'est pas nécessaire que le superficiaire soit complètement indemnisé. Comme le retour des constructions est dû ici au fait que le superficiaire a failli gravement à ses obligations, il faut que, du moins s'il a commis une faute, une réduction puisse être faite. En d'autres termes, il faut pouvoir tenir compte aussi de l'élément de culpabilité, ce qui est expressément indiqué dans le texte de la loi (2^e al.).

Le retour anticipé dépend de ces deux conditions. Sont nulles les conventions contraires des parties. Celles-ci ne doivent pas non plus pouvoir éluder cette règle en instituant un droit d'emption, de réméré ou de dénonciation ou de résiliation. Les parties sont libres de désigner le droit de retour comme elles l'entendent. Mais ce droit, quelle que soit sa dénomination, ne peut être exercé que dans les conditions fixées dans la loi pour le retour anticipé.

Le droit à l'indemnité ne suscite pas, en cas de retour anticipé, autant de difficultés qu'en cas d'extinction du droit de superficie. En cas de retour anticipé, le droit ne peut être retiré au titulaire qu'au moyen d'une transcription faite au registre foncier en faveur du propriétaire du fonds. Mais le transfert peut être subordonné au versement de l'indemnité, même dans le cas où le propriétaire doit procéder par voie d'action en justice (3^e et 4^e al.).

Article 779*d*. — Nous avons déjà traité en détail (ch. I, 4, p. 3) de la garantie prévue pour la rente. Contrairement au premier avant-projet, notre projet ne dispose pas que tout acquéreur répond aussi personnellement du paiement de la rente. C'est le droit de superficie lui-même, avec les constructions faites, qui garantit la rente, en quelques mains qu'il ait passé. L'hypothèque maximum qui est prévue sera généralement inscrite d'emblée au registre foncier, en vertu d'une clause insérée dans le contrat de superficie, la somme garantie pouvant être fixée librement et même dépasser le montant de trois annuités (1^{er} al.). Dans la mesure où ce montant est dépassé, on a affaire à la constitution d'un droit de gage normal, soumise à la forme authentique, même si cette forme n'est pas requise pour le contrat de superficie. Jusqu'à ce montant, le propriétaire du fonds a, en vertu de la loi, le droit d'établir une hypothèque maximum par inscription au registre foncier, lorsqu'il n'y a pas ou plus d'hypothèque contractuelle. Cette hypothèque maximum, à l'instar de l'hypothèque des artisans et entrepreneurs et des autres hypothèques prévues à l'article 837 du code civil, n'est qu'indirectement une hypothèque légale. Comme ces dernières, elle prend naissance par inscription et ne bénéficie par d'un privilège de rang. Elle est donc con-

forme au principe de la publicité du registre foncier et laisse intacts les autres droits de gage. Le projet prévoit que son inscription est régie par les dispositions sur l'hypothèque des artisans et entrepreneurs, applicables par analogie (4^e al.).

En cas d'aliénation du droit de superficie, le vendeur impose généralement à l'acquéreur l'obligation de payer la rente. S'il omet de le faire, de sorte que le droit de superficie passe à l'acquéreur sans l'obligation de verser la rente, le vendeur continue à répondre personnellement de la rente envers le propriétaire du fonds, tandis que l'acquéreur en répond sur le droit de superficie. Par conséquent, le propriétaire du fonds peut engager contre l'acquéreur une poursuite en réalisation de gage immobilier. S'il devait subir une perte, ce n'est pas le superficiaire mais le vendeur qui en répondrait personnellement. Cette solution n'est pas nécessairement désavantageuse pour le propriétaire du fonds. Ce qui est décisif pour lui, c'est qu'il ait une garantie réelle suffisante. S'il en est ainsi, les garanties personnelles sont dénuées d'importance. En matière de lettre de rente ou de charge foncière, il n'y a pas de garantie personnelle à côté de la garantie réelle.

Si la somme garantie est basse afin que le droit de superficie bénéficie de crédits dans la plus large mesure possible, il peut arriver qu'elle soit juste suffisante pour couvrir les rentes échues en cas de réalisation forcée du droit de superficie. Dans cette éventualité et en vertu des articles 135 et 156 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, le droit de gage est diminué du produit de la réalisation attribué au créancier et, si ce produit correspond à la somme garantie, le droit de gage est radié. Le créancier de la rente est alors privé de toute garantie réelle pour le reste de la durée du droit de superficie. Cela se produit s'il n'y a pas d'hypothèque légale, mais seulement une hypothèque établie par contrat. En revanche, s'il existe une hypothèque légale selon l'article 779*d* du projet, aucun titulaire du droit de superficie ne peut s'opposer à son inscription. Si le droit de gage était radié au cours de la procédure de réalisation forcée, une nouvelle inscription pourrait être demandée immédiatement contre l'adjudicataire du droit de superficie. Faut-il le radier si l'on doit tout de suite après le réinscrire ? On répondra certainement non. Le projet le fait également. Une autre considération milite aussi en faveur de cette solution. Le propriétaire du fonds devrait, selon les circonstances, se contenter d'un rang moins favorable que celui qu'il avait jusqu'à maintenant s'il devait faire radier son droit de gage pour le faire inscrire à nouveau. L'adjudicataire a pu se voir imposer des droits de gage ayant le pas sur celui qui doit être réinscrit. C'est pourquoi le projet dispose que l'hypothèque légale n'est pas radiée en cas de réalisation forcée. Elle subsiste et conserve son rang (3^e al.). Même si le droit de gage a un caractère contractuel, il faut admettre que, jusqu'à concurrence du montant pour lequel le propriétaire du fonds est garanti par l'hypothèque légale, il doit être traité comme telle. L'hypothèque des artisans et entrepreneurs, elle aussi,

doit être traitée de la même manière si le propriétaire du fonds se prête volontairement à son inscription, de sorte que celle-ci est objet d'un accord (al. 4). L'article 22 de l'ordonnance sur le registre foncier prévoit en effet le cas où le propriétaire consent à l'inscription de l'hypothèque des artisans et entrepreneurs. Selon l'article 50 de l'ordonnance précitée, l'hypothèque des artisans et entrepreneurs doit être indiquée comme «hypothèque de constructeurs». Cela s'applique aussi à «l'hypothèque du droit de superficie».

Article 779 e. — Les servitudes qui interdisent au propriétaire d'un fonds tout usage du sol ne peuvent, même d'après les principes à la base de notre régime des droits réels et des législations des Etats voisins, être établies pour une durée illimitée. Les servitudes foncières et les «autres servitudes» (art. 781 CC) peuvent être créées sans limitation de durée parce qu'elles ont pour effet, soit d'obliger le propriétaire du fonds servant à s'abstenir d'exercer «certains» droits inhérents à la propriété (art. 730, 1^{er} al., CC), soit de faire servir le fonds servant à une jouissance «déterminée» (art. 781, 1^{er} al., CC). Une servitude d'une portée telle qu'elle exclut toute utilisation du fonds servant par son propriétaire, comme l'usufruit, doit être de durée limitée si l'on veut éviter qu'elle ne vide le droit de propriété de sa substance (1). L'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier et, si le bénéficiaire est une personne morale, après cent ans (art. 749 CC). L'usufruit ne peut donc pas être constitué pour une durée supérieure à cent ans, âge extrême de la vie humaine. Ces considérations s'appliquent aussi au droit de superficie et ont amené certains auteurs à soutenir que, déjà sous le régime actuel, un droit de superficie ne peut pas être constitué pour plus de cent ans (2).

En droit autrichien (*Baurechtsgesetz*) la durée minimum est fixée à 30 ans, la durée maximum à 80 ans (§ 3); en Belgique on a fixé en 1874 la limite de 50 ans. En France on ne connaît pas de limite, et cela est considéré comme une lacune (3). En Allemagne, aucune durée maximum n'a été fixée parce que l'on a admis qu'il n'y aurait pas de *Erbbaurechte* d'une durée excessive ou illimitée. Actuellement, cette considération serait aussi valable pour la Suisse, du moins dans les zones à bâtir des villes et des centres commerciaux. Mais dans d'autres régions et si les conditions économiques se modifiaient, comme cela peut se produire, la fixation d'une durée maximum, telle que prévue, pourrait avoir un intérêt pratique. En plus, cette réglementation a une importance fondamentale puisqu'elle confirme un principe qui est à la base de notre régime des droits réels. Cette limitation n'existe que pour la constitution de droits de superficie distincts. En règle générale ces droits seuls empêchent complètement le propriétaire du fonds d'utiliser le sol que les superficiaires utilisent eux-mêmes. Les droits de superficie qui n'ont pas

(1) P. Liver, *Kommentar*, n° 63 de l'introduction.

(2) Leemann, *Kommentar*, n° 44, ad art. 779 du code civil; Homberger, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 2^e éd., p. 212.

(3) Rippert et Boulanger, *Traité de droit civil français*, II, 1957, n° 2473, p. 869.

cet effet, parce qu'ils servent à la construction d'ouvrages exigeant peu de terrains (canalisations, murs de soutènement, captages de sources, stations de transformateurs, d'observations météorologiques et stations hydrométriques) ne sont pas des droits de superficie distincts ou ne le sont pas nécessairement.

Article 682, 2^e et 3^e alinéas. — Ces dispositions figurent dans le projet concernant la revision du régime de la copropriété et l'institution de la propriété par étages. Pour le droit de préemption légal des copropriétaires, seul le troisième alinéa est nouveau. En revanche, en ce qui concerne le droit de superficie, l'institution du droit de préemption légal est une innovation. Le droit de préemption du propriétaire du fonds sur le droit de superficie distinct et permanent qui grève son fonds a reçu l'approbation générale au cours de la procédure de consultation. Il n'en est pas de même du droit de préemption du superficiaire sur le fonds grevé. Certes on ne contestait pas qu'il serait souhaitable de réunir dans la même main la propriété du fonds et le droit de superficie, lorsque l'un ou l'autre de ces droits fait l'objet d'un transfert. Mais on fait observer que le propriétaire du fonds doit, surtout s'il s'agit d'une collectivité publique, avoir la liberté de désigner lui-même la personne de l'acquéreur. Cependant, si la commune est déjà décidée à aliéner le fonds, il lui importe peu, en général, que la vente se fasse avec son cocontractant ou avec le superficiaire et propriétaire des bâtiments édifiés sur le fonds. La question pouvant, dans un cas particulier, avoir de l'importance pour elle, elle a la faculté, en constituant le droit de superficie, de supprimer le droit de préemption. Le troisième alinéa attire tout spécialement l'attention sur cette possibilité. On peut demander aux organes d'une collectivité publique de prendre connaissance de cette disposition et d'en faire usage, le cas échéant.

Au deuxième alinéa de l'article, il a fallu tenir compte du cas spécial déjà mentionné dans le commentaire de l'article 779*a*. Le droit de superficie grève, à vrai dire, l'ensemble d'un bien-fonds comme parcelle inscrite au registre foncier, mais il ne s'exerce que sur une partie de ce bien-fonds et se limite, par exemple, à l'utilisation d'une surface modeste d'un grand domaine agricole. Le droit de superficie sert par exemple à la construction d'une petite maison de week-end ou de vacances. Dans ce cas, le droit de préemption légal ne peut évidemment permettre que l'achat du lopin de terre requis pour la construction et non pas l'acquisition de l'ensemble du domaine agricole. Encore faut-il que cela ressorte du texte de la loi.

Article 17*bis* du titre final. — L'article 779*e*, 1^{er} alinéa, dispose qu'un droit de superficie distinct ne peut pas être constitué pour plus de cent ans. Cela signifie que désormais un tel droit ne peut être établi pour une durée supérieure. On pourrait, pour exprimer cette règle, se borner à insérer le mot «désormais» dans la disposition précitée. Mais nous estimons qu'il est indiqué d'insérer à ce sujet une disposition spéciale dans le titre final du code

civil. Cette disposition ne répond pas à la question qui a été soulevée à propos de l'article 779^e où l'on s'est demandé si la durée maximum de cent ans ne ressort pas déjà des dispositions actuelles; elle doit simplement signifier que la durée maximum prévue par l'article 779^e ne s'applique qu'aux droits de superficie distincts constitués après l'entrée en vigueur du régime nouveau.

C. Remarques finales

Au cours de l'élaboration du nouveau régime, en particulier à l'occasion de la procédure de consultation, on s'est demandé s'il ne conviendrait pas de régler encore certaines questions. Nous en signalons trois: les charges précédentes, le droit de superficie constitué à titre secondaire, l'inscription des droits de superficie collectifs.

1. Les charges précédentes

Lorsqu'un droit de superficie est constitué sur un immeuble déjà grevé de charges, notamment de gages immobiliers, l'acquéreur du droit peut rencontrer certaines difficultés. D'après les règles générales sur le rang des droits réels qui grevent le même immeuble, il est impossible que des droits ou des cases hypothécaires déjà créés soient dévalorisés par la constitution de nouveaux droits réels restreints. S'il y a concours de charges, les dernières doivent s'effacer devant les premières. Lorsque l'immeuble est l'objet d'une exécution forcée, elles doivent être radiées dans la mesure nécessaire pour que les créanciers de rang préférable soient plus intégralement désintéressés (art. 812, 2^e al., CC, art. 142 LP, art. 104 ORI). Un droit de superficie que priment d'autres droits réels, par exemple des gages immobiliers, a donc le désavantage de devoir céder devant ces droits et, suivant les circonstances, même s'éteindre. En général cependant les montants que garantissent les droits de rang préférable sont minimes par rapport à la valeur du droit de superficie augmentée de celle des constructions, de sorte qu'il sera facile au superficiaire d'éviter que l'immeuble ne soit l'objet d'une exécution forcée. En outre, le registre foncier fait ressortir clairement quelles sont les charges précédentes. L'acquéreur du droit de superficie ne peut donc prétendre qu'il n'en a pas eu connaissance. Mais s'il veut assumer le risque qu'impliquent ces charges, il doit le supporter et il n'est pas nécessaire de l'en protéger par une disposition spéciale, qui serait une disposition d'exception. D'après le régime actuel, on peut, sans limitation aucune, constituer des droits distincts et permanents, en particulier des droits à des sources, comme du reste n'importe quel droit réel, postérieurement à d'autres droits; grâce à la publicité du registre foncier, ce mode de procéder peut être admis sans hésitation. Si l'on faisait une exception pour les droits de superficie, on entraverait considérablement la constitution de droits de superficie, dans les nombreux

cas où le superficiaire ou l'acquéreur du droit de superficie ne court pas un grand risque. C'est pourquoi nous n'avons pas repris dans notre projet la disposition applicable en droit allemand (*Erbbaurechtsverordnung*, § 10) et autrichien (*Baurechtsgesetz*, § 5, 2^e al.) suivant laquelle un droit de superficie ne peut être constitué qu'en premier rang.

A ce propos, il convient de signaler encore que l'ordonnance sur le registre foncier sera complétée par une disposition suivant laquelle les extraits du registre concernant un droit de superficie immatriculé au registre foncier doivent indiquer les charges qui priment ce droit, ces charges devant en outre figurer sur les titres de gage grevant le droit de superficie.

2. *Le droit de superficie constitué à titre secondaire*

Déjà sous l'empire des dispositions actuelles on a éprouvé le besoin de grever un droit de superficie distinct et permanent, immatriculé au registre foncier, d'un ou de plusieurs droits de superficie. Un droit de superficie est accordé à une société coopérative ou à une entreprise analogue pour la construction d'habitations, avec faculté pour elle de diviser le bien-fonds grevé en une série de parcelles également grevées de droits de superficie. A chacun des acquéreurs de ces parcelles, bâties ou non, on accorde un nouveau droit de superficie grevant le droit de la société coopérative ou de l'entreprise analogue sur l'ensemble du bien-fonds. Les nouveaux droits grevent le premier, mais ne s'exercent que sur une portion déterminée du bien-fonds. Il s'agit d'un cas analogue à celui dont il est question dans le commentaire des articles 779*a* et 682 (bien-fonds grevé d'un droit de superficie qui ne s'exerce que sur une partie, éventuellement très petite, de sa surface). Il serait aussi possible de diviser le bien-fonds de manière à en faire une série de parcelles destinées à être bâties et de le grever d'autant de droits de superficie de même rang dont chacun ne peut s'exercer que sur une des parcelles en question. Si la société coopérative ou l'entreprise analogue n'est pas propriétaire du bien-fonds, mais seulement bénéficiaire d'un droit de superficie constitué sur ce bien-fonds, elle ne peut procéder à une division que par la constitution de nouveaux droits grevant le premier. Ce n'est pas le seul cas où la constitution de tels droits est souhaitable ou nécessaire. Il convient de ne pas perdre de vue les cas où les ouvrages d'un tiers qui n'exigent que peu de terrain (p. ex. installations de canalisation, stations de transformateurs, installations hydrométriques) doivent être établis sur un bien-fonds grevé d'un droit de superficie dont l'exercice aussi s'étend à toute la surface de ce bien-fonds. Le droit de superficie doit alors être grevé d'un droit de superficie secondaire. (Il peut se faire, en outre, que le bien-fonds lui-même doive être aussi grevé, eu égard à l'extinction du droit de superficie). Le cas peut aussi se produire que le propriétaire du bien-fonds, après l'avoir grevé d'un droit de superficie, se fasse ensuite accorder par le superficiaire un droit

réel pour la construction d'un ouvrage sur son propre bien-fonds ⁽¹⁾. Il n'est ni contestable ni contesté que les dispositions actuelles permettent la constitution de droits de superficie sur de tels droits. Pour l'interdire ou la limiter, une disposition spéciale serait nécessaire. La solution actuelle répondant à un besoin, on ne saurait, par crainte de la voir donner naissance à des situations compliquées, considérer comme justifié de prévoir une disposition d'exception.

En Allemagne, les avis sur cette question sont partagés; cependant, l'opinion suivant laquelle il est possible de constituer des droits de superficie secondaires a gagné du terrain et aujourd'hui elle peut être considérée comme dominante ⁽²⁾.

3. Droits de superficie collectifs

Le terme bien connu de «droit de gage collectif» nous a amenés à adopter la désignation envisagée ci-dessus. Selon l'article 798 du code civil, le droit de gage collectif prend naissance lorsque plusieurs immeubles sont constitués en gage pour une seule et même créance et que chacun d'eux est grevé pour la totalité de la créance ⁽³⁾. Une situation analogue peut se présenter dans le cas du droit de superficie. Plusieurs parcelles de terrain sont utilisées pour un seul bâtiment en vertu des différents droits de superficie acquis sur les diverses parcelles, ou de droits de superficie sur les unes et de propriété sur les autres des parcelles bâties. On objecte à cette solution que la propriété constituée sur l'un des biens-fonds et le droit de superficie établi sur l'autre perdent leur caractère de droits distincts, car la construction à laquelle se rapporte le droit de superficie deviendrait partie de l'ensemble du bâtiment et ne pourrait avoir un sort juridique distinct. Nous nous trouvons dans la même situation lorsque le bâtiment est édifié non pas en vertu de droits de superficie constitués sur les différentes parcelles, mais du droit de propriété sur ces différents immeubles. Dans un avis de droit donné à la direction de la justice du canton de Berne, le professeur Liver est arrivé à la conclusion qu'on ne peut refuser l'inscription d'un droit de superficie même si l'on constate que ce droit sera utilisé, avec le droit de superficie qui greève un deuxième immeuble contigu et le droit de propriété sur un troisième immeuble, pour construire un bâtiment qui occupera la surface totale des trois immeubles (*Der bernische Notar*, 1959, p. 41 s.). Les droits de superficie

⁽¹⁾ J. Stöcklin, *Die Gründung von Baurechten unter Bedingungen und Auflagen sowie Beschränkungen des Inhalts und der Übertragbarkeit* (Abh. z. schweiz. Recht, n. F. 321, 1956, p. 40 s.) et la discussion de cet exposé dans la *Revue suisse du notariat et du registre foncier*, 94 (1958), p. 377, spéc. p. 387.

⁽²⁾ Wolff-Raiser, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus, Kipp et Wolff III, Sachenrecht*, 10^e édit. (1957), § 104, IV, p. 424; H. Westermann, *Sachenrecht*, 4^e édit., 1960, § 68, 1, p. 337.

⁽³⁾ Il y a alors autant de droits de gage que d'immeubles grevés.

pourraient être aussi constitués, chacun pour soi, d'une manière indépendante, sur deux immeubles séparés par un troisième; ils pourraient ensuite être acquis par le propriétaire de ce troisième immeuble, lequel propriétaire aurait la faculté, peut-être après avoir attendu longtemps, de construire un bâtiment, s'étendant aux trois immeubles. On comprend donc que la réquisition d'inscription du contrat portant acquisition de l'un ou de l'autre droit de superficie ne pourrait être refusée. Le conservateur du registre foncier n'a pas à se préoccuper de l'exécution de la construction et il n'est pas nécessaire de lui fournir des indications à ce sujet. Le droit de superficie n'est pas limité quant à son objet, de sorte que le superficiaire peut utiliser entièrement l'immeuble, sous réserve des limites imposées par le droit de voisinage et la police des constructions. Quant à savoir si l'on peut édifier sur cet immeuble une construction qui ne serait que partie d'un bâtiment s'étendant sur les immeubles voisins, c'est une question qui est sans rapport avec la constitution du droit de superficie, mais relève, le cas échéant, de la police des constructions. A Zurich par exemple, le permis de construire est refusé pour un tel projet.

Dans ces conditions, notre projet de loi n'a pas à s'occuper de cette question.

CHAPITRE II

REVISION DES DISPOSITIONS SUR LE TRANSFERT DES IMMEUBLES

I. Délai d'interdiction de revente des terrains à bâtir

A la suite des postulats Spühler et Freimüller concernant les dispositions à prendre pour combattre la spéculation foncière, le département de justice et police avait chargé une commission d'étude de lui faire rapport sur les différentes mesures qui pourraient être prises à cet effet dans les limites de la constitution. La commission a déposé son rapport le 11 décembre 1958. Elle a conclu qu'on irait trop loin en instituant :

- Un droit de préemption légal limité des collectivités publiques;
- Un droit d'expropriation (ou un droit d'emption légal illimité) des collectivités publiques en faveur d'un plan d'aménagement national, régional et local et de la construction de logements à but social;
- Un droit d'emption légal limité des collectivités publiques;
- Un régime d'autorisation pour les transferts de propriété ou pour la démolition de maisons locatives encore habitables;
- Un impôt fédéral prohibitif sur les gains résultant de la spéculation.

La commission d'étude n'a pas pu se mettre d'accord sur les mesures ci-après :

- Extension du délai d'interdiction de revente aux maisons d'habitation;
- Création d'un droit de préemption légal illimité des collectivités publiques sur les terrains à bâtir;
- Fixation d'une charge maximum pour les terrains à bâtir.

En revanche, la commission d'étude fait les recommandations suivantes :

- Pour que les collectivités publiques puissent constituer plus aisément une réserve de terrains en vue de lutter contre la spéculation, la durée de validité du droit contractuel d'emption et de préemption (art. 681, 3^e al., et 683, 2^e al., CC) devrait être illimitée pour les collectivités publiques et fixée à 20 ans (au lieu de 10 ans) pour les autres titulaires;
- A l'effet de freiner la spéculation foncière à court terme, l'interdiction de revente des terrains agricoles pendant 10 ans (art. 218 s., CO) devrait être étendue aux terrains à bâtir, mais pour une durée de trois à cinq ans seulement.

Aucune suite n'a été donnée à l'idée de modifier les articles 681, 3^e alinéa, et 683, 2^e alinéa, du code civil, l'efficacité d'une telle mesure paraissant discutable, notamment parce que peu de propriétaires sans doute seraient disposés à accorder contractuellement, sans indemnité importante, des droits de préemption et surtout d'emption pour plus de 10 ans. Les cantons et les organisations consultées ont rejeté catégoriquement l'idée de privilégier les collectivités publiques par rapport aux particuliers.

En revanche, nous recommandons d'instituer un délai d'interdiction de revente des terrains à bâtir.

Il ne pourrait guère être question de proposer cette mesure à bref délai par un message spécial. Aussi nous paraît-il indiqué, à l'effet de la réaliser rapidement, de l'incorporer dans l'un des trois projets concernant le droit foncier, à savoir la propriété par étages, le droit de superficie et le droit foncier rural. Cette question de place a peu d'importance, étant donné qu'il sera ensuite indifférent de savoir quel est l'acte législatif qui aura complété sur ce point le code des obligations. Si nous avons décidé d'incorporer cette mesure dans le projet concernant le droit de superficie, c'est parce qu'il est le moins chargé, qu'il se rapporte, comme le délai d'interdiction de revente, aux immeubles agricoles et non agricoles et qu'il est prêt à être soumis aux chambres, ce qui n'est pas le cas du projet relatif au droit foncier rural. En outre, le droit de superficie joue un grand rôle dans l'utilisation des réserves de terrains des collectivités publiques et constitue aussi une arme efficace contre la spéculation foncière; le postulat Freimüller lui attribue d'ailleurs aussi cet effet.

Depuis que l'article 218 du code des obligations a interdit d'aliéner les immeubles agricoles en entier ou par parcelle pendant dix ans à compter de leur acquisition, la spéculation s'est portée surtout sur les terrains à

bâtir. Pour documenter la commission d'étude précitée, l'office fédéral du registre foncier avait procédé à une enquête auprès des bureaux du registre foncier de Zurich-Altstadt et de Zurich-Schwamendingen. Il a constaté que les cas de transferts de terrains à bâtir dans un but de spéculation sont spécialement nombreux, plus nombreux que les cas de spéculation sur des terrains déjà bâtis. La presse a mentionné des cas où un achat fait le matin a été suivi le même jour d'une revente avec des marges de bénéfice allant jusqu'à 70 pour cent. Dans maintes localités il arriverait presque quotidiennement qu'en l'espace de quelques semaines des terrains à bâtir changent plusieurs fois de mains, le transfert se faisant chaque fois à un prix plus élevé. Les conséquences financières en seraient désastreuses.

Pour les immeubles agricoles, le délai d'interdiction de revente remonte à l'article 218 du code des obligations de 1911, par lequel la Confédération avait délégué aux cantons la compétence de combattre le morcellement des terres. Après la dévaluation du franc suisse, le Conseil fédéral décréta, le 16 octobre 1936, un délai d'interdiction de revente de six ans, applicable à tous les immeubles agricoles. L'arrêté fut remplacé par les articles 218, 218 *bis* et 218 *ter* du code des obligations dans la teneur donnée par l'article 95 de la loi du 12 décembre 1940 sur le désendettement de domaines agricoles (1). La loi du 12 juin 1951 sur le maintien de la propriété foncière rurale a porté à dix ans ce délai.

Le délai d'interdiction de revente des immeubles agricoles a donné satisfaction. Nous pensons qu'une telle interdiction pour les terrains à bâtir stabiliserait les prix et renforcerait la confiance dans l'efficacité de l'ordre juridique.

Notre but est non plus seulement de protéger le sol agricole contre des surenchères, mais de combattre aussi la spéculation foncière en dehors de l'agriculture, les moyens mis en œuvre ne devant toutefois pas être disproportionnés au résultat attendu. Nous proposons de modifier le régime actuel en prévoyant que les terrains à bâtir(y compris les bâtiments délabrés à démolir), qu'ils se trouvent dans des régions agricoles ou autres, soient soumis à un délai d'interdiction de revente approprié. Il serait possible de cette façon d'atténuer les dangers de la spéculation à court terme sur les terrains à bâtir, spéculation qui n'est pas touchée par la loi du 12 juin 1951 sur le maintien de la propriété foncière rurale. Ce faisant; on diminuerait quelque peu la demande exagérée de terrains à bâtir, de même que l'arrêté fédéral du 23 mars 1961 introduisant le régime de l'autorisation pour l'acquisition des immeubles a réduit la demande excessive provenant de l'étranger.

Les terrains à bâtir sont souvent l'objet d'un double transfert dû aux circonstances suivantes: certaines dispositions cantonales et commu-

(1) Jenny, *Die Sperrfrist im Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken*, *Revue suisse du notariat et du registre foncier*, 18 (1937), p. 165 s.; Kaufmann, *Das neue ländliche Bodenrecht der Schweiz*, p. 215 s.

nales sur les constructions laissent aux intéressés le soin de raccorder les terrains aux réseaux de routes, de canalisations et autres conduites. Un plan commun d'aménagement et d'exécution concernant non seulement ces travaux préliminaires, mais aussi les bâtiments est de nature à réduire le travail, à ménager les finances des intéressés et à sauvegarder l'esthétique. Les intéressés s'unissent souvent dans une coopérative de construction qui, ensuite, une fois achevés le morcellement du sol et le transfert de la propriété aux différents associés, se dissout, généralement après l'expiration de la garantie donnée par les artisans et entrepreneurs. Même dans les cas où l'équipement des terrains à bâtir est l'affaire des communes selon le droit cantonal et communal, un plan commun d'aménagement et d'exécution des constructions proprement dites est indiqué. Souvent, il est vrai, le morcellement et la revente des parcelles aux différents associés précèdent les travaux de construction car, dans la suite, les droits de mutation et les émoluments d'actes authentiques seraient beaucoup plus élevés.

Un délai d'interdiction de revente limité à trois ans nous paraît suffisamment long pour freiner la spéculation sur les terrains à bâtir et pourtant assez court pour ne pas gêner la revente après l'achèvement des travaux. Ce délai n'entravera la revente des terrains à bâtir que si elle doit se faire avant l'expiration de trois ans. Il faut accepter cet inconvénient parce que c'est le seul moyen de combattre un transfert de terrains à bâtir dans un but de spéculation. La mesure devrait cependant être d'autant plus supportable que la coopérative de construction pourra demander l'autorisation de revendre dans un délai plus court, ce qui pourra être obtenu facilement en raison de l'intérêt que cela représente pour les associés.

On a prétendu que les spéculateurs ont généralement recours non pas au transfert de la propriété elle-même, mais de droits d'emption constitués sur les terrains à bâtir; en outre, il serait souvent difficile pour le conservateur du registre foncier de reconnaître ce qui est à bâtir. On pourrait donc se demander si le commerce des immeubles ne serait pas entravé inutilement. Il est certain que les spéculateurs recourent volontiers aux droits d'emption, car ils évitent ainsi de payer le prix d'achat de l'immeuble et ne versent que le prix du droit d'emption, tout en réalisant leur bénéfice quand ils transfèrent le droit d'emption à un prix plus élevé que celui qu'ils ont eux-mêmes payé. Les spéculateurs usent d'autant plus volontiers de ce mode de procéder que la cession du droit d'emption peut se faire dans la simple forme écrite et sans passer par le registre foncier. Seule la constitution du droit d'emption doit, pour être valable, se faire en la forme authentique (art. 216, 2^e al., CO). Mais nombre de propriétaires se refusent à accorder des droits d'emption parce qu'ils ne veulent pas que leurs immeubles servent à des spéculations. Dans d'autres cas, seuls sont constitués des droits d'emption incessibles. On a ainsi tort de prétendre que les spéculations portent surtout sur les droits d'emption et non sur les terrains à bâtir eux-mêmes.

L'article 218^{ter} du code des obligations dispose que toute opération qui contrevient aux articles 218 et 218^{bis} ou qui vise à les éluder est nulle et ne peut être inscrite dans le registre foncier. Des opérations qui ne sont pas des aliénations et échappent à l'inscription au registre foncier peuvent néanmoins tendre à éluder l'interdiction de revendre; l'article 218^{ter} du code des obligations entend entraver la spéculation foncière sous toutes ses formes. Il étend la portée des articles 218 et 218^{bis}. Sont donc interdites non seulement les aliénations, mais aussi toutes les opérations qui ne sont pas des aliénations et tendent à éluder l'interdiction. Par conséquent, l'article 218^{bis} qui permet des exceptions doit aussi être applicable par analogie à ces opérations. Il en résulte que celles-ci peuvent être légalisées par une autorisation.

La tâche du conservateur du registre foncier ne sera guère plus lourde que sous le régime actuel. Il arrive aujourd'hui que des intéressés cherchent à lui faire admettre que leur immeuble est un terrain à bâtir afin d'échapper à l'interdiction de revente. Sous le nouveau régime, ils chercheront à obtenir que leurs terrains soient l'objet de l'interdiction de revente de trois ans applicable aux terrains à bâtir plutôt que de celle de dix ans instituée pour les immeubles agricoles. Les places à bâtir se trouvant dans des agglomérations sont en général faciles à reconnaître, de même que l'intention de spéculer sur des bâtiments vétustes mûrs pour la démolition. Le fait qu'une opération à but de spéculation pourrait échapper à la vigilance des autorités ne serait d'ailleurs pas un motif de renoncer à l'innovation proposée. Comme la notion du «terrain à bâtir» n'est pas explicite ⁽¹⁾, nous l'avons définie au 3^e alinéa de l'article 218 en parlant «d'immeubles qui réunissent toutes les conditions requises pour être bâtis immédiatement». Il s'agit naturellement des conditions objectives et non pas de celles qui concernent la personne de l'aliénateur ou de l'acquéreur.

Si la revente de bâtiments encore en bon état n'est pas interdite, c'est parce qu'il serait difficile, eu égard à la situation très différente des propriétaires, de fixer sans arbitraire un délai d'interdiction approprié. Le désir de spéculation ne peut d'ailleurs souvent être satisfait que dans des limites raisonnables en raison du sens des réalités des propriétaires. Si, à l'avenir, les spéculateurs devaient s'en prendre aux terrains bâtis, on pourrait envisager de prévoir, dans ce domaine aussi, un court délai d'interdiction pour mettre un frein aux abus les plus criants.

II. Aliénation à des descendants et part des cohéritiers au gain

1. Dans les milieux paysans en particulier, il arrive souvent qu'un père désireux de se retirer vende son domaine, à la valeur de rendement, à

(1) ATF 84, I, 1; Kaufmann *op. cit.* 105 et 218; *Revue suisse du notariat et du registre foncier*, 35 (1954), p. 151/52.

un descendant qui, en cas de succession, aurait pu en demander l'attribution à la valeur de rendement selon l'article 620 du code civil. Ce faisant, il règle contractuellement et de son vivant ce qui, sans cela, serait réglé après sa mort par le droit successoral paysan. Malgré son caractère contractuel, l'opération se présente comme un avancement d'hoirie. La doctrine en a tiré la conclusion que l'aliénation à un descendant ne constitue pas un cas de préemption selon l'article 681 du code civil (1).

Lorsqu'un immeuble a été attribué, lors du partage, à un héritier à un prix inférieur à la valeur vénale (comme cela se produit en matière d'immeubles agricoles en vertu de l'art. 617, 2^e al., CC) et qu'il est vendu en tout ou partie dans les quinze ans, les cohéritiers ont, conformément à l'actuel article 619 du code civil, le droit de réclamer leur quote-part du gain, si ce droit a été annoté au registre foncier lors du partage. Bien qu'en cas d'aliénation à un descendant, le vendeur ne cherche guère à priver ses autres héritiers de leur droit de participer au gain, il n'en reste pas moins que l'article 619 du code civil est inapplicable, parce que l'attribution de l'immeuble à un prix inférieur à la valeur vénale n'a pas lieu au cours d'un partage successoral. Il nous paraît juste, à l'occasion de la révision du chapitre du code des obligations réglant la vente d'immeubles (art. 218, 218bis et 218ter), de combler aussi cette lacune en revisant l'article 619 du code civil.

Il arrive aussi en dehors de l'agriculture que des immeubles soient aliénés à des descendants à un prix inférieur à la valeur vénale. C'est pour quoi il se justifie de compléter le chapitre du code des obligations concernant la vente d'immeubles par un nouvel article 218 *quater* sur l'aliénation à des descendants; cet article, pour des raisons d'égalité de traitement, doit prévoir que les dispositions de l'article 619 du code civil sur la part des cohéritiers au gain s'appliquent par analogie au cas où un immeuble agricole ou autre est aliéné à un descendant.

2. Bien que l'application de l'article 619, 1^{er} alinéa, du code civil ne soit pas expressément limitée aux immeubles agricoles, la jurisprudence a établi que ce sont exclusivement ces immeubles que les cohéritiers sont tenus de laisser à l'héritier attributaire pour un prix inférieur à la valeur vénale. D'après Escher, on ne voit pas pourquoi la loi interviendrait en faveur de cohéritiers lorsqu'il s'agit d'immeubles non agricoles et ne le ferait pas pour des objets mobiliers (2).

D'après le 2^e alinéa de l'article 619, les cohéritiers ne peuvent rien recevoir au-delà de ce qu'ils auraient obtenu dans le partage si l'immeuble avait été attribué pour un prix égal à la valeur vénale. Les cohéritiers n'ont

(1) Leemann, *Kommentar*, n° 47, ad art. 681 CC; Oser-Schönenberger, *Kommentar*, n° 29, ad art. 216 CO.

(2) Escher, *Kommentar*, 3^e édit., n° 11, ad art. 619 CC.

aucun droit sur le gain résultant d'améliorations, de constructions, de la crue des bois et d'autres causes semblables (3^e al.); comme nous l'avons déjà dit, la participation légale au gain doit être annotée au registre foncier.

Le fait de limiter la participation au gain aux seuls immeubles agricoles et à la différence entre la valeur vénale et le prix d'attribution au moment du partage n'a pas donné satisfaction. On constate sans cesse qu'après leur transformation en terrains à bâtir, des terres agricoles se vendent à des prix dépassant plusieurs fois la valeur vénale qu'elles avaient avant. Ainsi, des immeubles agricoles qui, lors du partage, avaient peut-être une valeur de rendement de 70 000 francs et une valeur vénale de 100 000 francs sont vendus par l'attributaire comme terrains à bâtir quelques années plus tard peut-être pour 1 million de francs. L'attributaire partage alors avec ses cohéritiers le montant minime de 30 000 francs et garde pour lui la part du lion quand bien même il n'a aucun mérite à la transformation de la destination du sol et à l'augmentation de valeur qui s'ensuit.

Sans y avoir été invitée par des interventions parlementaires — un postulat Bachmann a cependant été adopté entre-temps par le Conseil national le 5 décembre 1962 — la division de justice a soumis à la commission d'experts chargée de la revision du droit foncier rural des propositions tendant à modifier et à compléter l'article 619 du code civil. Ces propositions ont été discutées par la commission d'experts et par une sous-commission. La conclusion a été qu'il faut modifier le régime actuel en accordant aux cohéritiers le droit de participer au gain dans les cas également où, pour un immeuble non agricole attribué à un héritier, le prix d'attribution a été fixé à une valeur inférieure à la valeur vénale. Le délai de quinze ans doit être porté à vingt-cinq ans. Le droit au gain — et c'est l'essentiel — ne doit plus être fondé sur la valeur vénale; le gain — déduction faite d'un pour cent pour chaque année pendant laquelle l'immeuble a appartenu à l'héritier — doit correspondre à la part du prix de vente qui dépasse le prix d'attribution augmenté de la plus-value résultant des dépenses faites par l'héritier lui-même. En outre, le droit à une part du gain ne dépendra plus de son annotation au registre foncier. L'article 619, 5^e alinéa, du projet permettra enfin d'assimiler aux cas d'aliénation les actes juridiques ayant des résultats pareils ou analogues.

Quand bien même il est choquant que des gains considérables soient souvent soustraits au droit de participation des cohéritiers, les héritiers qui bénéficient de ce gain critiqueront l'innovation proposée en alléguant qu'en cas d'attribution de l'immeuble à la valeur vénale, ils ne partageraient pas le gain, quel qu'en soit le montant, avec leurs cohéritiers. On leur répondra que l'attribution à un prix inférieur à la valeur vénale doit permettre à l'un des héritiers, généralement grâce au sacrifice imposé aux autres,

de tirer de l'immeuble ses moyens d'existence et non pas de réaliser un bénéfice en le revendant. Il serait concevable et logique, mais non recommandable, d'appliquer la nouvelle disposition aussi aux immeubles, et même aux biens meubles, attribués à la valeur vénale; mais le partage successoral dans son ensemble serait alors incertain pour toute une génération. Des appétits seraient éveillés sans nécessité. La paix familiale, que la nouvelle disposition entend favoriser, serait troublée. Par excès de logique, on s'éloignerait du but primordial de l'ordre juridique qui est d'arriver à ce que l'autorité de l'Etat empêche les litiges là où ils risquent de se produire. Il y a encore une autre raison de ne pas vouloir que le droit des cohéritiers à une part du gain soit étendu aux biens attribués à la valeur vénale. Cette raison c'est que la preuve du gain en matière mobilière est souvent très difficile ou même impossible à administrer. En revanche, une réglementation contractuelle de la question est possible. Aucun membre de la commission d'experts chargée d'étudier la revision du droit successoral paysan n'a critiqué le fait que la loi en vigueur et notre projet ne prévoient la participation des cohéritiers au gain que pour les immeubles attribués à l'héritier à un prix inférieur à la valeur vénale.

La principale innovation consiste en ce que la différence entre le prix de vente et le prix d'attribution, augmenté de la plus-value résultant des dépenses faites par l'héritier lui-même, est en principe soumise au droit des cohéritiers de participer au gain. L'héritier n'a en effet aucun mérite à ce gain. Il n'a pas contribué à le réaliser. Et l'on n'a pas non plus voulu le lui assurer en lui attribuant l'immeuble à un prix inférieur à la valeur vénale. Le gain doit revenir non pas à cet héritier seul, mais aussi à ses proches. Notre projet renforce l'élément familial du droit successoral et fait de l'héritier l'homme de confiance de la famille. Ainsi se trouvent sauvegardés de façon égale les intérêts de ceux qui composaient la communauté héréditaire. Notre projet ne règle pas les relations de la communauté héréditaire envers les collectivités publiques, ce qui n'est pas le rôle du droit civil; mais il n'exclut ni ne restreint la possibilité pour ces collectivités de soumettre à l'impôt les gains dont il s'agit.

Le droit des cohéritiers à une part du gain ne doit naturellement pas léser les prétentions légitimes de l'héritier. Au cours des discussions relatives à la revision de l'article 619 du code civil, on a tenté de faire adapter le prix d'attribution à la dévaluation de la monnaie intervenue après coup. Mais cette idée a été abandonnée, les experts ayant attiré l'attention sur les grandes difficultés que rencontrerait sa réalisation. Notre projet tend à un résultat satisfaisant par un moyen plus simple: S'inspirant du postulat Bachmann, il prévoit que pour chaque année pendant laquelle l'immeuble aura appartenu à l'héritier, une partie modique du gain — soit un pour cent — sera déduite de la part des cohéritiers. Cette solution peut paraître schématique, mais elle sera facile à appliquer et de nature à maintenir la cohésion entre l'héritier attributaire et ses cohéritiers.

Selon l'article 617 du code civil, les immeubles ruraux sont attribués à leur valeur de rendement, les autres à leur valeur vénale. Par testament et pacte successoral (art. 481 CC) ou par convention de partage, les intéressés peuvent déroger à cette règle ⁽¹⁾. Comme en matière d'aliénation à des descendants (art. 218 *quater* CO), le projet tient compte de cette situation et reconnaît aussi un droit des cohéritiers au gain lorsqu'un immeuble non agricole a été attribué par contrat à un héritier à un prix inférieur à la valeur vénale. Le droit des cohéritiers à une part du gain peut être prévu contractuellement dans d'autres cas encore; nous pensons au cas où les intéressés veulent l'étendre au-delà de 25 ans ou l'appliquer pour quelques années à un immeuble qui n'a pas été attribué pour un prix inférieur à la valeur vénale.

L'article 619, 1^{er} alinéa, du code civil commence par ces mots: «Lorsque tout ou partie d'un immeuble attribué à un héritier pour un prix inférieur à sa valeur vénale...». Le texte proposé suppose qu'un prix d'attribution inférieur à la valeur vénale a été fixé. On entend éviter par là des contestations sur la signification juridique de la valeur d'attribution.

Le délai a été porté à 25 ans (comme à l'art. 621 *quater*, 2^e al.), parce qu'un délai de 15 ans n'est pas assez long pour empêcher de sérieux différends, notamment entre frères et sœurs. La prolongation du délai pendant une génération entière se justifie aussi en raison de l'article 218 *quater* du code des obligations relatif aux aliénations à des descendants, car l'avantage consenti à un héritier intervient, dans ces cas, du vivant du père, soit à un moment où la vie probable des descendants peut encore être très longue. Si une période de vingt-cinq ans paraît longue, il ne faut pas oublier que les motifs qui avaient justifié le privilège accordé à l'héritier attributaire disparaissent en général lorsqu'il aliène l'immeuble.

Le droit des cohéritiers à une part du gain ne doit pas dépendre de l'annotation au registre foncier; il ne devrait plus arriver, comme actuellement, que des cohéritiers ne puissent pas faire valoir leur droit parce qu'ils n'en ont pas requis l'annotation par ignorance ou inexpérience. On pourrait soutenir qu'en matière d'immeubles agricoles le droit des cohéritiers à une part du gain résulte de la loi, ce qui rendrait une annotation superflue. Les droits constitués ultérieurement sur l'immeuble devraient par conséquent passer après le droit des cohéritiers à une part du gain quand bien même leurs titulaires n'auraient pas connaissance du droit des cohéritiers. Pour éviter cette conséquence, notre projet prévoit que le droit des cohéritiers à une part du gain — qu'il soit légal ou contractuel — pourra être annoté au registre foncier à la requête de chaque intéressé. Ce droit des cohéritiers sera, par l'annotation et par elle seule, opposable à tout droit postérieurement acquis (art. 959, 2^e al., CC). C'est par l'effet de l'annotation,

(1) Escher *Kommentar*, note 10, ad art. 617 CC.

par exemple, que l'acheteur de l'immeuble aura l'obligation de payer le prix non pas au vendeur seul, mais à tous les héritiers en mains communes⁽¹⁾.

Le terme «vendu» a été remplacé par «aliéné» au 1^{er} alinéa. Le nouvel alinéa 5 entend empêcher que le droit des cohéritiers à une part du gain puisse être rendu inopérant par des manœuvres destinées à éluder le texte légal. Seront ainsi assimilés à l'aliénation de l'immeuble en tout ou partie les actes juridiques par lesquels l'héritier investira tout ou partie de la valeur de l'immeuble, tels que les actes constitutifs d'un droit de superficie ou d'un droit d'extraction de parties intégrantes du sol (gravier, argile, etc.).

III. Considérations communes

Les adjonctions apportées au projet concernant le droit de superficie présentent certaines particularités communes. Elles constituent toutes en effet des modifications du code civil et du code des obligations. Elles sont toutes des dispositions sur le transfert d'immeubles agricoles et non agricoles. Il est ainsi préférable de les incorporer dans un projet de révision du droit civil, plutôt que dans un projet de révision du droit foncier rural. Un autre trait commun consiste dans le caractère typiquement suisse du délai d'interdiction de revente des immeubles, du droit des cohéritiers et des descendants à une part du gain⁽²⁾. Enfin, il s'agit sur toute la ligne de combler des lacunes de la loi, ce qui présente un grand intérêt social et par conséquent un caractère d'urgence. Cette urgence nous a amené à prévoir, aux chiffres IV et VI, des dispositions transitoires en vertu desquelles le délai d'interdiction de revente des terrains à bâtir et le droit des cohéritiers et des descendants à une part du gain seront en principe régis par les nouvelles dispositions lorsque l'aliénation interviendra après leur entrée en vigueur. S'il fallait en effet que le délai d'interdiction ou celui qui est prévu à l'article 619 du code civil commence aussi à courir après l'entrée en vigueur de la loi, l'effet de la loi serait différé sans que cet ajournement fût justifié par la nécessité de protéger les droits des intéressés. Ceux qui, ignorant le présent projet, ont acheté du terrain à bâtir avant l'entrée en vigueur de la loi en vue de le revendre pourront obtenir l'autorisation de l'aliéner sans but de spéculation avant l'expiration du délai d'interdiction (art. 218*bis* CO). Quant à l'article 619 du code civil, le législateur peut admettre qu'un héritier conscient de sa responsabilité ne prendra pas d'engagement au sujet du gain avant que celui-ci ait été réalisé, c'est-à-dire avant l'aliénation de l'immeuble.

Il arrive que des contrats de participation au gain soient conclus pour une courte durée pour des immeubles non agricoles. Actuellement

(¹) Homberger *Kommentar*, n° 69, ad art. 959 CC.

(²) Pikalo, *Land- und forstwirtschaftliches Grundstücksverkehrs- und Erbrecht im westlichen Europa*.

ces contrats ne peuvent pas être annotés au registre foncier. S'il est prévu, au chiffre IV, que le droit à une part du gain est régi, pour les immeubles acquis avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, par celles-ci à condition qu'il soit annoté au registre foncier, cela signifie que ces contrats de courte durée ne seront pas soumis à ces dispositions.

CHAPITRE III

BASE CONSTITUTIONNELLE

Le droit de superficie, de même que le droit des cohéritiers et des descendants à une part du gain sont manifestement de droit civil. Aussi le projet repose-t-il à cet égard sur l'article 64 de la constitution, qui confère à la Confédération le pouvoir de légiférer sur toutes les matières du droit civil. Le délai d'interdiction de revendre des terrains à bâtir est inscrit dans le code des obligations, mais il constitue à la fois une mesure prise dans l'intérêt public pour combattre la spéculation foncière et une restriction de droit public de la propriété qui limite la liberté du commerce et de l'industrie. Tant qu'il se rapporte à des terrains à bâtir agricoles, il est conforme à l'article 31 *bis*, 3^e alinéa, de la constitution, qui autorise la Confédération, lorsque l'intérêt général l'exige, à édicter en dérogeant s'il le faut au principe de la liberté du commerce et de l'industrie des dispositions pour conserver une forte population paysanne, assurer la productivité de l'agriculture et consolider la propriété rurale. Pour les autres immeubles, le délai d'interdiction peut être tenu sinon pour une institution de droit civil au sens de l'article 64 de la constitution, du moins pour une mesure de police, compatible avec la liberté du commerce et de l'industrie, selon l'article 31, 2^e alinéa, de la constitution, tel qu'il se présentait en 1911 au moment de la révision de l'article 218 du code des obligations, alors que l'article 31 *bis*, 3^e al., lettre *b*, de la constitution n'existait pas encore. Nous l'avons relevé dans notre message du 15 novembre 1960 concernant l'institution du régime de l'approbation pour le transfert de biens-fonds à des personnes à l'étranger (FF 1960, II, 1253).

Nous fondant sur les considérations qui précèdent, nous avons l'honneur de vous recommander l'adoption du projet de loi ci-annexé modifiant les dispositions du code civil et du code des obligations, relatives au droit de superficie et au transfert des immeubles.

* * *

Veuillez agréer, Monsieur le Président et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

Berne, le 26 février 1963.

Au nom du Conseil fédéral suisse :

Le président de la Confédération,

Spühler

Le chancelier de la Confédération,

Ch. Oser

14660

LOI FÉDÉRALE

revisant

les dispositions du code civil et du code des obligations sur le droit de superficie et le transfert des immeubles

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu les articles 31, 31 *bis* et 64 de la constitution,
vu le message du Conseil fédéral du 9 avril 1963,

arrête:

I

Droit
de superficie

Les dispositions du code civil sur le droit de superficie sont modifiées et complétées comme il suit :

Art. 779, 3^e al.

C. Droit
de superficie
I. Objet, cons-
titution et imma-
triculation au
registre foncier

³ Si cette servitude a le caractère d'un droit distinct et permanent, elle doit être constituée par acte authentique et peut être immatriculée comme immeuble au registre foncier.

Art. 779 *a*

II. Détermina-
tions des effets
et de l'étendue

Les effets et l'étendue du droit de superficie sont précisés dans le contrat, notamment en ce qui concerne la situation, la structure, le volume et la destination des constructions, ainsi que l'utilisation des surfaces non bâties requises pour l'exercice du droit.

Art. 779 *b*

III. Effets de
l'extinction

¹ A l'extinction du droit de superficie, les constructions font retour au propriétaire du fonds et deviennent partie intégrante de ce fonds.

² Le propriétaire du fonds verse au superficiaire une indemnité

équitable pour les constructions qui lui font retour. Cette indemnité garantit cependant les créanciers en faveur desquels le droit de superficie était grevé de gage, pour le solde de leurs créances et, sans leur consentement, elle ne peut être versée au superficiaire.

³ Si l'indemnité n'est ni versée ni garantie, le superficiaire ou un créancier en faveur duquel le droit de superficie était grevé de gage peut exiger qu'au lieu du droit de superficie radié une hypothèque de même rang soit inscrite sur le feuillet du fonds grevé, en garantie de l'indemnité due.

⁴ L'inscription doit se faire au plus tard trois mois après l'extinction du droit de superficie.

⁵ Le montant de l'indemnité, la procédure à suivre pour le fixer, la suppression de l'indemnité et le rétablissement de l'état primitif du bien-fonds peuvent être l'objet de conventions contraires passées en la forme prescrite pour la constitution du droit de superficie et être annotées au registre foncier.

Art. 779 c

¹ Si le superficiaire excède son droit réel ou viole des obligations contractuelles, le propriétaire peut provoquer le retour anticipé en demandant le transfert à son nom du droit de superficie avec tous les droits et charges qui y sont attachés.

IV. Droit de retour en cas de violation d'obligations

² Le droit de retour ne peut être exercé que si le superficiaire a violé gravement d'importantes obligations et si une indemnité équitable lui est versée pour les constructions qui font retour au propriétaire. En cas de faute du superficiaire, l'indemnité peut être réduite.

³ Cette disposition est également applicable à l'exercice de tout moyen que le propriétaire s'est réservé de mettre fin prématurément au droit de superficie ou d'en demander la rétrocession en cas de violation de ses obligations par le superficiaire.

⁴ Le droit de superficie n'est transféré au propriétaire que si l'indemnité a été versée ou garantie.

Art. 779 d

¹ Le propriétaire peut demander à tout superficiaire actuel de garantir la rente du droit de superficie au moyen d'une hypothèque grevant pour trois annuités au maximum le droit de superficie immatriculé au registre foncier.

V. Garantie de la rente du droit de superficie

² Si la rente ne consiste pas en annuités égales, l'inscription de l'hypothèque légale ne peut être requise que pour le montant qui, la rente étant uniformément réparti, représente trois annuités.

³ L'hypothèque peut être inscrite en tout temps pendant la durée du droit de superficie et, en cas de réalisation forcée, elle n'est pas radiée.

⁴ Les dispositions relatives à la constitution de l'hypothèque des artisans et entrepreneurs s'appliquent par analogie.

Art. 779 c

VI. Durée maximum

¹ Le droit de superficie ne peut pas être constitué pour plus de cent ans comme droit distinct.

² Il peut être maintenu au-delà de cette durée, mais tout engagement pris d'avance à ce sujet est nul.

Art. 682, 2^e et 3^e al.

b) En cas de copropriété et de droit de superficie

² Le propriétaire d'un fonds grevé d'un droit de superficie distinct et permanent a également un droit de préemption légal contre tout acquéreur du droit de superficie; le superficiaire a le même droit de préemption contre tout acquéreur du fonds, dans la mesure où le fonds est mis à contribution par l'exercice du droit de superficie.

³ Les conventions supprimant ou modifiant le droit de préemption ne sont valables que si elles sont passées en la forme authentique; elles peuvent être annotées au registre foncier.

II

Les dispositions du titre final sur l'entrée en vigueur et l'application du code civil sont complétées par l'article suivant:

Art. 17 bis

I bis. Droit de superficie

La disposition concernant la durée maximum des droits de superficie distincts ne s'applique pas aux droits constitués avant son entrée en vigueur.

III

Transfert des immeubles
Part des cohéritiers au gain

Les dispositions du code civil sur la part des cohéritiers au gain sont modifiées et complétées comme il suit:

Art. 619

3. Part des cohéritiers au gain

¹ Lorsque, pour un immeuble agricole ou autre attribué à un héritier, le prix d'attribution a été fixé non pas à la valeur vénale mais à une valeur inférieure, les cohéritiers ont le droit de réclamer leur quote-part du gain si l'immeuble est aliéné en tout ou partie au cours des vingt-cinq années qui suivent.

² Le gain équivaut à la part du prix de vente qui dépasse le prix d'attribution, augmenté de la plus-value résultant des dépenses faites par l'héritier lui-même.

³ Pour chaque année pendant laquelle l'immeuble a appartenu à l'héritier, un pour cent du gain est déduit de la quote-part des cohéritiers.

⁴ Chaque intéressé peut requérir l'annotation au registre foncier du droit de participer au gain, même si ce droit se fonde sur un contrat.

⁵ Sont assimilés à l'aliénation de l'immeuble en tout ou partie les actes juridiques par lesquels l'héritier dispose de la totalité ou d'une partie de la valeur de l'immeuble, tels que les actes constitutifs d'un droit de superficie ou d'extraction de parties intégrantes du sol.

IV

Pour les immeubles acquis avant l'entrée en vigueur de la présente loi, le droit des cohéritiers et des descendants à une part du gain est régi par les nouvelles dispositions s'il est annoté au registre foncier et si le délai de quinze ans prévu par l'ancienne loi (art. 619, 1^{er} al., CC) n'est pas encore échu.

Disposition
transitoire :

V

Les dispositions du code des obligations sur la vente d'immeubles sont modifiées et complétées comme il suit :

Transfert des
immeubles.
Délai
d'interdiction :
de revente
de terrains
à bâtir et
aliénation
à des
descendants.

Art. 218

¹ Les immeubles agricoles ne peuvent être aliénés, ni en entier ni par parcelles, pendant dix ans à compter de leur acquisition.

² Pour les terrains à bâtir, le délai est de trois ans.

³ Sont considérés comme terrains à bâtir les immeubles qui réunissent toutes les conditions requises pour être bâtis immédiatement.

⁴ Ces délais ne s'appliquent pas aux immeubles administrés par un tuteur ou réalisés par voie de poursuite ou de faillite.

C. Revente
d'immeubles
I. Délai
d'interdiction
1. Règle.

Art. 218bis

L'autorité déclarée compétente par le canton sur le territoire duquel se trouve l'immeuble peut permettre, pour de justes motifs, l'aliénation avant l'expiration du délai d'interdiction, notamment

2. Exceptions

s'il s'agit de liquider une succession, d'arrondir un domaine agricole ou d'empêcher une réalisation forcée. Sa décision est définitive.

Art. 218^{ter}

3. Conséquences

(Texte sans changement)

Art. 218^{quater}

II. Aliénation
à des
descendants

Les dispositions du code civil sur la part des cohéritiers au gain s'appliquent par analogie à l'aliénation d'un immeuble agricole ou autre à un descendant ou à la revente de l'immeuble par ce descendant.

VI

Disposition
transitoire

¹ Les dispositions des articles 218, 218^{bis} et 218^{ter} du code des obligations relatives au délai d'interdiction de revente de trois ans sont aussi applicables aux immeubles acquis dans les trois ans qui ont précédé l'entrée en vigueur de la présente loi.

² L'article 218^{quater} du code des obligations est aussi applicable aux immeubles dont la propriété a été acquise par un descendant dans les vingt-cinq ans qui ont précédé l'entrée en vigueur de la présente loi.

VII

Entrée
en vigueur

Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur de la présente loi.

**MESSAGE du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi modifiant
les dispositions du code civil et du code des obligations sur le droit de superficte et le
transfert des immeubles (Du 9 avril 1963)**

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	1963
Année	
Anno	
Band	1
Volume	
Volume	
Heft	17
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	8716
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	02.05.1963
Date	
Data	
Seite	993-1034
Page	
Pagina	
Ref. No	10 096 929

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.