

Possibilités de modifier les conditions du droit de superficie

I. Introduction

La note que voici fait suite à la demande reçue par mail du 19 mai 2022 de la part de M. Rolf Eberhard, Délégué à la Commission immobilière de la Ville de Lausanne.

Elle porte sur la question de savoir si et dans quelle mesure la Commune de Lausanne pourrait modifier les conditions essentielles du droit de superficie qui la lie à l'Aéroport de la Région Lausannoise La Blécherette SA.

Seul l'aspect juridique de cette question est apprécié ici.

II. Le contexte historique général

L'aérodrome La Blécherette se situait à l'origine en 1899 sur un terrain communal mis à disposition de la Confédération. En 1911, des avions s'y sont posés pour la première fois ; La Blécherette a été ainsi une des premières places d'aviation civile de Suisse. En 1916, la première école d'aviation de Suisse a été fondée. Le 28 février 1919, un service postal régulier s'est établi entre Zurich et Lausanne, avec prolongation jusqu'à Genève. L'activité de l'aérodrome se développant de plus en plus, La Blécherette a été agrandie, nivelée et assainie et un atelier de réparation a été construit en 1919-1920. En 1922, la place a été modernisée et un grand hangar à porte basculante avec ses annexes a été édifié. En 1926, la ville de Lausanne a repris l'administration de l'aérodrome ; il était jusque-là entre les mains de sociétés privées qui connaissaient de grosses difficultés financières. Durant la seconde guerre mondiale, La Blécherette fut au service de l'aviation militaire.

En 1983, le Conseil communal a voté un crédit de CHF 380'000.- pour les travaux d'entretien des bâtiments d'exploitation de l'aérodrome. Pour autant, la question de l'avenir de l'aérodrome se posait toujours ; les coûts engendrés étaient élevés. En 1986, la Municipalité a décidé que l'aérodrome allait fermer en décembre 2006, date de l'échéance de sa concession d'exploitation. Dans sa séance du 23 février 1988, le Conseil communal a refusé d'approuver cette décision, mais il a autorisé la Municipalité à entreprendre toutes les démarches nécessaires en vue d'une privatisation de l'aérodrome. Toutefois, des opposants, dont les riverains de l'aérodrome, se sont manifestés en demandant sa suppression en raison des nuisances induites par le trafic aérien. Etant donné la polémique engendrée par le sujet, la Municipalité, elle-même divisée, a présenté au vote du Conseil communal un plan partiel d'affectation pour La Blécherette, en espérant qu'il serait accepté, ce qui permettrait ainsi de soumettre la décision au référendum spontané et aux Lausannois de se prononcer sur le maintien ou non de l'aérodrome. Le 5 mai 1992, le plan a été accepté ; les Lausannois se sont prononcés le 21 juin de la même année, et ils ont plébiscité le maintien de l'aérodrome par 60% de oui contre 40% de non.

III. La chronologie des faits pertinents

A. Le droit de superficie et son extension

1. Le 9 avril 1999, la Commune de Lausanne (la Superficiante) et l'Aéroport de la Région Lausannoise La Blécherette SA (le Superficiaire) ont conclu un contrat constitutif de droit de superficie en la forme authentique ayant la teneur suivante :
 - 1.1 La Superficiante est propriétaire de la parcelle numéro 2394 ;
 - 1.2 La Superficiaire souhaite aménager sur la parcelle numéro 2394 un aéroport destiné aux avions de tourisme comprenant une piste d'envol et d'atterrissage et des locaux d'exploitation (hangars, ateliers, administration, etc.), ainsi que des locaux commerciaux et administratifs ;
 - 1.3 Afin que les ouvrages propriété de la Superficiaire ne soient pas incorporés au terrain, la Superficiante décide de constituer en sa faveur une servitude de superficie, conformément aux art. 675, 779 et 779a à 779l CC ;
 - 1.4 Cette servitude grève la parcelle numéro 2394 précitée ;
 - 1.5 La servitude précitée a été immatriculée au RF à titre de droit distinct et permanent (art. 779 al. 3 et 943 CC) dont le propriétaire est l'Aéroport de la Région Lausannoise La Blécherette SA (DDP 19287) ;
 - 1.6 Le droit de superficie est accordé pour une durée de 70 ans ;
 - 1.7 Il ne pourra être édifié d'autres constructions que les ouvrages désignés sous chiffre 1.2 sans l'autorisation expresse de la Superficiante ;
 - 1.8 Pendant toute la durée du droit de superficie, la Superficiaire s'engage notamment à ne pas constituer, sur son propre droit de superficie, sous peine de nullité, un droit de superficie à titre secondaire ;
 - 1.9 En cas de violations graves ou réitérées par la Superficiaire des obligations assumées par elle, ou en cas de non-renouvellement de la concession délivrée par le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication à cette dernière, la Superficiante pourra se départir du contrat de servitude et exiger la radiation du droit de superficie distinct et permanent au RF, ainsi que provoquer le retour anticipé des ouvrages. Si la Superficiante exerce son droit, elle versera au Superficiaire une indemnité pour la reprise des ouvrages et de leurs parties intégrantes ;

- 1.10 Si le droit de superficie n'est pas prolongé, la Superficiante deviendra propriétaire des ouvrages construits sur l'immeuble grevé. Si la Superficiante désire reprendre et utiliser les ouvrages construits par la Superficiaire, elle lui versera une indemnité équitable ;
 - 1.11 Le droit de superficie est cessible et transmissible ;
 - 1.12 La Superficiaire paiera à la Superficiante une redevance annuelle de CHF 35'000.-, qui sera révisée à la hausse tous les 5 ans ;
 - 1.13 En cas de litige, seul un Tribunal arbitral dont le for est fixé à Lausanne est compétent.
2. Par acte du 18 décembre 2008, le droit distinct et permanent de superficie intervenu entre la Superficiante et le Superficiaire a été étendu comme suit :
- 2.1 La surface de la parcelle de droit distinct et permanent est augmentée de 10'687 m², pour être portée de 179'606 m² à 190'293 m² ;
 - 2.2 La durée de 70 ans dès le 11 avril 1999 est inchangée ;
 - 2.3 La redevance annuelle est portée à CHF 50'000.- ;
 - 2.4 Pour le reste, renvoi à l'acte constitutif du 9 avril 1999. Les dispositions du CC s'appliquent en sus.

B. Le droit de sous-superficie

3. Le 19 janvier 2011, l'Aéroport de la Région Lausannoise La Blécherette SA (Sous-Superficiante) et la Rega (Sous-Superficiaire) ont conclu un contrat constitutif de droit de sous-superficie en la forme authentique ayant la teneur suivante :
- 3.1 La Sous-Superficiaire a aménagé, sur une partie de la parcelle susmentionnée, un hangar et des locaux et bureaux destinés à abriter la nouvelle base de la Rega ;
 - 3.2 La Sous-Superficiante décide de constituer en faveur de la Sous-Superficiaire une servitude de sous-superficie, afin que les ouvrages propriété de la sous-superficiaire ne soient pas incorporés au droit distinct et permanent de la Sous-Superficiante (art. 675, 779 et 779a à 779l CC) ;

- 3.3 Cette servitude grève la parcelle numéro 19287, DDP à la parcelle numéro 2394 de Lausanne ;
- 3.4 La servitude de sous-superficie est immatriculée au RF, à titre de droit distinct et permanent (art. 779 al. 3 et 943 CC) ;
- 3.5 Le droit de sous-superficie est accordé pour une durée identique à celle du droit de superficie accordé à la Sous-Superficiante, soit 70 ans dès le 11 avril 1999 ;
- 3.6 La Sous-Superficiaire ne pourra édifier d'autres constructions que les ouvrages désignés sous chiffre 3.1 sans l'autorisation expresse de la Sous-Superficiante et de la Commune de Lausanne (la Superficiante) ;
- 3.7 Pendant toute la durée du droit de sous-superficie, la Sous-Superficiaire s'engage notamment à ne pas constituer, sur son propre droit de sous-superficie, sous peine de nullité, un droit de sous-superficie à titre secondaire ;
- 3.8 La Sous-Superficiante s'engage à ne pas accueillir d'autre service de sauvetage aérien sur son terrain ;
- 3.9 En cas de violation grave ou réitérée par la Sous-Superficiaire des obligations assumées par elle ou en cas de non-renouvellement de la concession délivrée par le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication à cette dernière, la Sous-Superficiante pourra se départir du contrat de servitude et exiger la radiation du droit au RF, ainsi que provoquer le retour anticipé des ouvrages. Si la Sous-Superficiante exerce son droit, elle versera à la Sous-Superficiaire une indemnité pour la reprise des ouvrages et de leurs parties intégrantes ;
- 3.10 Si le droit de sous-superficie n'est pas prolongé, la Sous-Superficiante deviendra propriétaire des ouvrages construits sur l'immeuble grevé. Si la Sous-Superficiante désire reprendre et utiliser les ouvrages construits par la Sous-Superficiaire, elle ne lui versera aucune indemnité ;
- 3.11 Le droit de sous-superficie est incessible et intransmissible ;
- 3.12 La Sous-Superficiaire paiera à la Sous-Superficiante une redevance annuelle de CHF 35'000.-. Cette redevance sera indexée annuellement à l'IPC ;
- 3.13 La cédule hypothécaire grevant la parcelle numéro 19287 de la Commune de Lausanne est postposée au droit de sous-superficie ;

- 3.14 En cas de litige, seul un Tribunal arbitral dont le for est fixé à Lausanne est compétent ;
- 3.15 Par courrier du 16 février 2011, la Commune de Lausanne a déclaré consentir à la conclusion par la Sous-Superficiante au profit de la Sous-Superficiaire d'un droit de sous-superficie qui grèvera la parcelle numéro 19287, DDP à la parcelle numéro 2394 de Lausanne.

C. L'extension du droit de superficie

- 4. Par acte du 7 mars 2011, le droit distinct et permanent de superficie à terme et conditionnelle entre la Superficiante et le Superficiaire a été étendu comme suit :
 - 4.1 La surface de la parcelle de droit distinct et permanent est augmentée de 2'000 m², pour être portée de 190'296 m² à 192'296 m² ;
 - 4.2 Cette extension est conditionnée à l'inscription, sur la parcelle numéro 19287, d'une mention de non-assujettissement à la Loi sur le droit foncier rural par le Superficiaire ;
 - 4.3 Si ladite condition ne pouvait être réalisée, la présente extension de droit distinct et permanent de superficie serait considérée comme nulle et non avenue, les parties étant déliées de tout engagement sans indemnité de part et d'autre ;
 - 4.4 Sous réserve de ce qui précède, l'extension de droit distinct et permanent de superficie est ferme et définitive et ne laisse pas la faculté aux parties de se délier de leurs engagements, par le versement d'un dédit ;
 - 4.5 La cédule hypothécaire gravant la parcelle dans son ancienne teneur sera reportée sur la nouvelle parcelle ;
 - 4.6 La durée de 70 ans dès le 11 avril 1999 est inchangée ;
 - 4.7 La redevance annuelle de CHF 50'000.- est portée à CHF 54'000.-, qui sera révisée à la hausse tous les 5 ans ;
 - 4.8 Pour le reste, renvoi à l'acte constitutif du 9 avril 1999. Les dispositions du CC s'appliquent en sus ;
 - 4.9 Les parties s'engagent à constituer une servitude de passage à pied et pour tous véhicules. Les frais d'entretien et de réparation de cet accès seront supportés par la Superficiante.

IV. L'examen des questions identifiées

Quelles sont les conditions essentielles du contrat de droit de superficie ? Le droit de superficie est une servitude dont les conditions particulières sont régies par les art. 779a à 779l CC. De manière générale, le droit de superficie se caractérise par une grande liberté contractuelle.

A. Les diverses clauses

Quelles sont les dispositions impératives et dispositives ?

1. Art. 779a CC, acte constitutif : droit impératif
2. Art. 779b CC, contenu, étendu et annotation : droit impératif en ce qui concerne l'al. 1
3. Art. 779c CC, retour des constructions : droit impératif
4. Art. 779d CC, indemnité : droit impératif
5. Art. 779f CC, retour anticipé : droit dispositif
6. Art. 779g CC, exercice du droit de retour : droit impératif
7. Art. 779h CC, autres cas d'application : droit impératif
8. Art. 779i CC, garantie de la rente du droit de superficie : droit dispositif
9. Art. 779k CC, inscription : droit dispositif
10. Art. 779l CC, durée maximum : droit impératif

In casu, l'acte constitutif du 9 avril 1999 comprend les clauses suivantes :

1. Constitution de servitude de superficie : art. 779 et 779a CC
2. Immatriculation au registre foncier : art. 779 al. 3 CC
3. Durée : art. 779l CC
4. Construction autorisée : art. 779b CC
5. Coût de construction et des impenses : clause dispositive
6. Obligation de la superficiaire : clause dispositive
7. Retour anticipé des ouvrages pour cause d'intérêt public : loi vaudoise sur l'expropriation
8. Retour anticipé des ouvrages en cas de violation des obligations par la superficiaire : art. 779f et 779g CC
9. Retour des ouvrages en cas d'extinction du droit à l'échéance : art. 779c et 779d CC
10. Cessibilité ou transfert du droit de superficie : clause dispositive
11. Redevance : clause dispositive
12. Entrée en possession : clause dispositive
13. Responsabilité de la superficiaire : clause dispositive
14. Droit de contrôle : clause dispositive
15. Servitudes à constituer : clause dispositive
16. Clause d'arbitrage : clause dispositive
17. Inscription de clauses spéciales : art. 779b al. 2 CC

18. Frais : clause dispositive

S'agissant de l'acte constitutif du droit de sous-superficie du 19 janvier 2011, il comprend deux clauses en plus de celles déjà mentionnées : (1) postposition : clause dispositive ; (2) consentement : clause dispositive.

Par principe, il est possible :

1. De modifier/supprimer les clauses dispositives, et
2. De modifier le contenu des clauses impératives dans les limites du code civil et sous réserve de ce qui suit.

B. Comment modifier les clauses considérées ?

Les parties ne peuvent déroger à une clause qui est impérative, même par un accord commun. Par exemple, selon l'art. 779g CC, « le droit de retour ne peut être exercé que moyennant une indemnité équitable ». Cette disposition étant de droit impératif, l'indemnité est donc obligatoire dans son principe. Par contre, comme mentionné ci-dessus, le contenu des clauses de droit impératif peut être sujet à modification (notamment les modalités de leur mise en oeuvre). En l'espèce, il ressort de l'art. 8 de l'acte constitutif du droit de superficie (retour anticipé des ouvrages en cas de violation des obligations par le Superficiaire) que « l'indemnité sera fixée par le tribunal arbitral et qu'elle ne sera pas supérieure au coût initial des ouvrages et de leurs parties intégrantes, augmenté des impenses d'amélioration et diminué de 40% de cette somme et de la moins-value de vétusté, fixée à 4% l'an ». Ainsi, la Superficiante pourrait, sans déroger à l'art. 779g CC, modifier ces modalités de calcul de la valeur du droit de retour, à condition d'obtenir l'accord préalable de la Superficiaire et de respecter la forme authentique. Ces deux exigences sont développées ci-dessous.

Les règles dispositives sont celles qui peuvent être écartées par convention. Elles s'appliquent donc uniquement en l'absence d'accord sur le sujet qu'elles régissent. Pour modifier les clauses de droit dispositif d'un contrat, il faut le consentement des deux parties, à savoir une volonté manifestée réciproquement et d'une manière concordante (art. 1 CO). De plus, lorsque la loi exige qu'un contrat soit fait en la forme écrite, cette règle s'applique également à toutes les modifications du contrat (art. 12 CO). En l'espèce, l'acte constitutif du droit de superficie a été passé en la forme authentique conformément à l'art. 779a al. 1 CC. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la règle énoncée à l'art. 12 CO est également applicable à la forme authentique (ATF 95 II 419). Ainsi, la Superficiante devra non seulement obtenir le consentement de la Superficiaire pour procéder à d'éventuelles modifications du dernier acte constitutif du droit de superficie, mais également respecter la forme prescrite pour sa constitution, soit la forme authentique.

En conclusion, si la Superficiante souhaite modifier le contenu d'une clause impérative ou une clause dispositive de l'acte constitutif du droit de superficie du 7 mars 2011, elle devra obtenir le consentement de la Superficiaire et respecter la forme authentique.

C. L'impact des modifications sur le droit de sous-superficie

Un droit de superficie immatriculé au registre foncier comme droit distinct et permanent peut être grevé à son tour d'une servitude de même nature (dite droit de superficie au second degré). Le droit de superficie et le droit de sous-superficie se situent à des niveaux différents ; il s'agit en effet de droits distincts, même en cas de concordance totale du contenu (type de construction), de l'étendue (surface du sol) et de la durée de validité (ATF 92 I 539, consid. 4).

In casu, l'acte constitutif du droit de sous-superficie reprend certains articles figurant dans l'acte constitutif du droit de superficie du 9 avril 1999. Toutefois, le contenu des clauses n'est pas le même.

a. Des modifications de la part de la Superficiante

L'acte constitutif du droit de sous-superficie ne contient aucun article mentionnant expressément que l'accord préalable de la Sous-Superficiante est nécessaire en cas de modification ou suppression d'une clause de l'acte constitutif du droit de superficie par les parties.

Néanmoins, si certaines clauses de l'acte constitutif du droit de superficie sont modifiées ou supprimées de sorte à entraîner des répercussions sur le droit de sous-superficie, l'accord de la Sous-Superficiante sera indispensable. Tel sera le cas, dans l'hypothèse d'une extinction du droit de superficie. En principe, le droit de superficie s'éteint pour les causes qui mettent fin aux servitudes foncières. La cause la plus fréquente est la survenance du terme extinctif dont les parties sont convenues (par exemple, 30, 50 ou 100 ans). Les parties peuvent aussi décider d'un commun accord de supprimer la servitude. Le superficiaire peut également y renoncer unilatéralement en requérant la radiation du droit au registre foncier¹. A l'extinction du droit de superficie, les constructions font retour au propriétaire du fonds et deviennent parties intégrantes de ce fonds (art. 779c CC). Ainsi, les droits réels limités qui grèvent le droit de superficie (par exemple un droit de superficie au deuxième degré) s'éteignent de plein droit, faute d'objet².

Par conséquent, si la Superficiante et la Superficiare décident d'un commun accord de supprimer la servitude ou de raccourcir la durée du droit de superficie prévue à l'art. 3 de l'acte constitutif du droit de superficie du 9 avril 1999, elles devront, en amont, obtenir le consentement de la Sous-Superficiante, dès lors que dite modification entraînerait l'extinction du droit de sous-superficie.

¹ STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome III – Servitudes personnelles – Charges foncières – Droits de gage immobiliers – Droits de gage mobiliers, 5^{ème} éd., Berne 2021, p. 151 N 3875

² STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome III – Servitudes personnelles – Charges foncières – Droits de gage immobiliers – Droits de gage mobiliers, 5^{ème} éd., Berne 2021, p. 152 N 3877 et 3878

En définitive, si la Superficiante souhaite modifier le contenu d'une clause impérative ou une clause dispositive de l'acte constitutif du droit de superficie du 7 mars 2011, elle devra non seulement obtenir le consentement de la Superficiaire et respecter la forme authentique, mais également obtenir l'accord de la Sous-Superficiante dans les cas où la modification entraîne des conséquences sur le droit de sous-superficie. A défaut, la modification du droit de superficie sera caduque.

En revanche, si la modification ou suppression d'une clause de l'acte constitutif du droit de superficie n'a aucun effet sur le droit de sous-superficie, la Superficiante pourrait y procéder sans demander au préalable l'autorisation de la Sous-Superficiante. Tel serait le cas, si la Superficiante décidait par exemple de modifier l'art. 11 relatif à la redevance.

b. Des modifications de la part de la Sous-Superficiante

Il en irait différemment si la Sous-Superficiante souhaitait modifier des clauses de l'acte constitutif du droit de sous-superficie. Dans ce cas de figure, la Superficiante devrait consentir aux éventuelles modifications, dès lors que son aval a été requis pour la conclusion du droit de sous-superficie. Tel sera le cas par exemple si la Sous-Superficiante décidait d'étendre la durée du droit de sous-superficie accordé pour une durée identique à celle du droit de superficie, soit 70 ans. Dans ce cas de figure, la Superficiante devrait également procéder à la modification de la durée du droit de superficie. En l'absence d'une telle modification, le droit de sous-superficie prendrait fin lors de l'extinction du droit de superficie, et il n'est pas du tout certain que l'immatriculation de l'extension du droit de sous-superficie soit en mesure d'éviter cette conséquence.

Dans tous les cas, le même raisonnement que celui exposé au point IV/B de ce mémorandum s'applique aux possibilités de modifier les conditions du droit de sous-superficie. **Ainsi, pour procéder à d'éventuelles modifications de l'acte constitutif du droit de sous-superficie, la Sous-Superficiante devra non seulement obtenir le consentement de la Sous-Superficiaire et respecter la forme authentique, mais également obtenir l'accord préalable de la Superficiante.**

Fribourg, le 11 juillet 2022

Prof. Jean-Baptiste Zufferey

