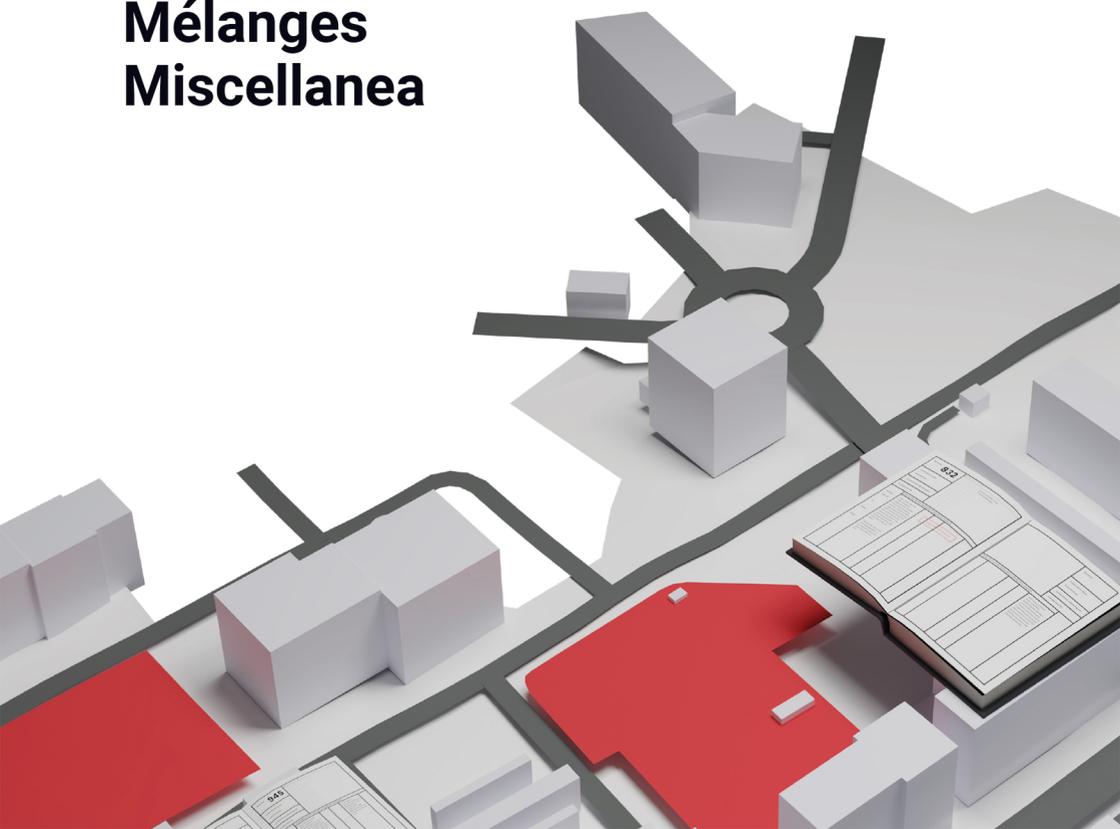




Adrian Mühlematter / Evelyne Seppey /
Philipp Adam / Andrea Gautschi

Festschrift Mélanges Miscellanea



Le droit de superficie face aux aléas de la jurisprudence du Tribunal fédéral

Bastien Verrey

Le 19 octobre 2020, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt intéressant à plus d'un titre en matière de droits réels.

Dans la cause 5A_341/2019 (ATF 147 III 1), il a été jugé possible de diviser un droit distinct et permanent immatriculé comme un immeuble. Se posent ainsi notamment les questions de la divisibilité des servitudes en général et des conditions pour immatriculer comme nouvel immeuble l'une des fractions du droit de base.

Enfin, le Tribunal fédéral précise (mais dans un obiter dictum) que le droit de superficie collectif n'est pas admis.

Table des matières

| | |
|--|-----|
| 1. Introduction | 398 |
| 2. ATF 147 III 1 | 398 |
| 2.1. Etat de fait..... | 398 |
| 2.2. En droit..... | 399 |
| 2.3. Conséquences de l'ATF 147 III 1..... | 400 |
| 3. Peut-on diviser l'indivisible ? | 401 |
| 4. Quid des autres servitudes ?..... | 402 |
| 5. Conséquences | 406 |
| 6. Pas de droit de superficie collectif..... | 408 |
| 7. Conséquences fiscales | 411 |
| 8. Conclusion | 412 |

1. Introduction

L'objet de la présente contribution est l'ATF 147 III 1 et des conséquences qui en découlent.

En effet, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a jugé licite la division d'un droit distinct et permanent de superficie puis l'immatriculation comme immeuble de la portion de surface détachée du droit initial.

Cette nouvelle immatriculation a été jugée possible, même si le critère de la permanence ne semblait pas respecté, à tout le moins de prime abord.

Le Conservateur du Registre foncier était ainsi requis d'ouvrir un nouveau feuillet pour un droit distinct et permanent en devant indiqué une échéance inférieure à trente ans.

Par ailleurs, dans un *obiter dictum*, le Tribunal fédéral rejette le *Gesamtbaurecht* sans nécessairement dire ce qu'il entendait réellement interdire.

2. ATF 147 III 1

2.1. Etat de fait

La propriétaire d'un terrain d'une surface de plus de 27'000 m² a constitué quatre droits de superficie, immatriculés au Registre foncier comme immeubles (droits distincts et permanents).

Un superficiaire désirait plus de surface, alors qu'autre était disposé à réduire l'emprise de son droit. Par acte authentique, la propriétaire et les deux superficiaires ont convenu de réduire le droit du deuxième afin d'immatriculer un nouveau droit distinct et permanent de superficie, portant sur la surface détachée, pour le céder ensuite au premier.

L'acte a été passé en 2017, étant précisé que l'échéance du droit initial de superficie fractionné était fixée à 2038.

Le Conservateur du Registre foncier a refusé l'inscription notamment au motif que le droit distinct et permanent de superficie ne pouvait être divisé et que le nouveau droit de superficie devait être inscrit jusqu'en 2038, soit une durée initiale inférieure à 30 ans (art. 655 al. 3 CC).

L'autorité de recours a également estimé, tout en invoquant d'autres motifs de refus d'inscrire l'acte tenant à sa rédaction, que les droits distincts et permanents de superficie ne pouvaient être fractionnés ou réunis comme des immeubles et que la durée initiale de trente ans devait être respectée.

L'autorité judiciaire argovienne a ensuite également rejeté le recours.

2.2. En droit

Le Tribunal fédéral a admis le recours déposé par la propriétaire et les deux superficiaires.

Il débute son raisonnement en indiquant que les droits distincts et permanents sont considérés comme des biens immobiliers (« *unbewegliche Sachen* ») par une fiction légale : conformément à l'art. 655 al. 2 ch. 2 CC, ces servitudes sont considérées comme des immeubles (« *Grundstücke* »).

Puis, le Tribunal insiste sur les caractéristiques particulières du droit de distinct et permanent *de superficie* et rappelle également qu'il faut en certaines hypothèses tenir compte du fait qu'il s'agit d'une servitude. Lorsque le caractère physique de l'immeuble est déterminant, le droit de distinct et permanent de superficie ne peut lui être assimilé. Ainsi, un tel droit ne peut faire l'objet d'une déréliction, seule une chose pouvant être abandonnée.

Selon une partie de la doctrine, une servitude est un droit et ne peut être divisée. L'absence de matérialité du droit de superficie et son caractère de servitude empêcheraient sa division.

À l'inverse, le Tribunal fédéral estime qu'*a priori* un droit distinct et permanent de superficie doit pouvoir être partagé, comme un bien-fonds au sens de l'art. 655 al. 2 ch. 1 CC.

Comme l'instance précédente ne semblait pas soutenir une thèse opposée, car refusant l'inscription au motif que la constitution d'un nouveau droit distinct et permanent de superficie devait respecter la durée initiale de trente ans, le Tribunal fédéral n'a pas analysé plus loin cette question.

Dès lors, restait à trancher la question de la nécessité de respecter la durée minimale de trente ans, désormais prévue à l'art. 655 al. 3 CC, pour immatriculer le droit de superficie issu de la division d'un autre déjà existant.

Premièrement, il fallait déterminer s'il était question, dans l'acte authentique, de modifier une servitude ou d'en créer une nouvelle.

Le Tribunal arrive à la conclusion que la propriétaire et les superficiaires ont souhaité répartir la surface d'une servitude de droit de superficie existante, sans effet sur les droits de même rang et de rang postérieur. Sous réserve de cette nouvelle répartition de surface, le contenu de la servitude est resté inchangé. La propriétaire grevée ne subit aucune charge supplémentaire et sa situation reste inchangée. Dès lors, l'opération envisagée dans l'acte de 2017 n'était pas une constitution de servitude de superficie.

Deuxièmement, le Tribunal estime que la durée minimale doit s'appliquer en cas de constitution du droit de superficie alors qu'une fois inscrit, le droit est « mis sur le marché ». Une modification du droit qui laisse intact les droits des tiers, notamment la garantie des créanciers gagistes, ne doit pas être entravée par la durée minimale de trente ans.

Troisièmement, cette durée ne doit de toute façon pas être respectée dans certaines hypothèses, notamment lorsque le bien-fonds grevé est lui-même divisé. Conformément à l'art. 743 CC, l'épuration des servitudes a ici pour conséquence que si le droit de superficie grevait initialement une portion de terrain qui se trouve désormais l'objet de deux immeubles différents, issus du fractionnement, en conséquence il faut immatriculer autant de droits de superficie qu'il y a de parcelles grevées, sans avoir à respecter la durée minimale de trente ans. Le Tribunal fédéral consacre au passage, dans ce dernier argument, l'impossibilité de créer un droit de superficie unique sur plusieurs immeubles.

En conclusion, si un droit de superficie distinct et permanent existant fait l'objet d'une division, que le contenu de la servitude reste inchangé et que les droits de même rang et de rang postérieur de tiers sont préservés, aucune durée minimale n'est requise pour l'immatriculation le nouveau droit distinct et permanent de superficie portant sur la surface soustraite au droit existant.

2.3. Conséquences de l'ATF 147 III 1

Cet arrêt pose plusieurs questions qui seront abordées dans les chiffres suivants :

- La division d'une servitude est-elle possible ?
- L'arrêt résumé ci-dessus est-il applicable à d'autres servitudes que celle de superficie ?

- Comment jongler en pratique entre l'interdiction du droit de superficie sur plusieurs immeubles et la nécessité d'une construction établie sur ou sous plusieurs biens-fonds ?
- Quelles peuvent être les conséquences fiscales de cet arrêt ?

3. Peut-on diviser l'indivisible ?

La première question que l'arrêt aurait dû trancher était celle de la divisibilité d'une servitude.

Dans son commentaire de l'art. 730 CC, Liver indique que si une servitude peut être exercée par plusieurs bénéficiaires, ces derniers ne peuvent la diviser entre eux¹.

Hürlimann-Kaup rappelle notamment le caractère indivisible des droits réels. L'auteure distingue en revanche entre les droits divisibles ou indivisibles. À titre d'exemple, un droit de source dont les parties souhaitent augmenter le débit donnera lieu à deux servitudes : la première, pour le débit initial, conserve son rang, la seconde, nouvelle, sera inscrite avec une nouvelle date².

Wolf est d'avis, dans son commentaire de l'arrêt résumé ci-dessus, que le droit distinct et permanent de superficie est divisible car les droits sont en principe divisibles, sauf si la nature de l'affaire, une convention entre les parties ou l'intérêt d'autres ayants droits s'y opposent³.

La doctrine a surtout traité de la question de la divisibilité d'une servitude lorsque l'immeuble grevé est divisé (art. 743 CC). La doctrine récente affirme que « *Le principe de l'indivisibilité des servitudes est ancré dans la systématique de droits réels à l'art. 743 CC. Il consiste à affirmer qu'une servitude ne peut jamais être divisée* »⁴. La servitude

¹ PETER LIVER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), IV. Band: Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten Art. 730–792), Erster Band: Die Grunddienstbarkeiten (Art. 730–744), 2e éd., Zurich 1980, art. 730 CC n. 44.

² BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die Änderung von Dienstbarkeiten – ausgewählte Fragen, BN 2013, p. 103, p. 108, p. 115.

³ STEPHAN WOLF, Teilung eines selbständigen und dauernden Baurechts, AJP 2021, p. 510, p. 513 s.

⁴ VIVIANE DAVID, Les servitudes collectives, thèse Lausanne, 2021, p. 203.

n'est ainsi pas divisée mais multipliée en cas de fractionnement : chaque nouvelle parcelle est grevée ou bénéficie d'une servitude de contenu identique. Ces dernières sont indépendantes les unes des autres⁵.

Dans son commentaire de l'art. 743 CC, Liver indique également que *les servitudes ne sont pas divisibles*⁶.

Dans l'arrêt reproduit ci-dessous, le Tribunal fédéral a admis la construction juridique proposée (division de l'un des droits de superficie) en indiquant qu'*a priori* le droit distinct et permanent de superficie est divisible comme les immeubles (en utilisant ainsi le terme *Teilung* soit celui de l'art. 743 CC, qui traite justement du fractionnement d'un immeuble).

L'une des caractéristiques du droit divisible est qu'il peut appartenir à plusieurs personnes, à qui des quotes-parts sont attribuées et que le droit complet ne peut être exercé qu'à l'unanimité⁷.

Cela peut être le cas, à notre sens du droit distinct et permanent immatriculé comme immeuble. La fiction légale instaurée à l'art. 655 CC doit permettre une division du droit, le critère de la matérialité de l'objet n'étant ici pas déterminante. Un tel droit peut ainsi notamment appartenir en copropriété à plusieurs personnes.

4. Quid des autres servitudes ?

L'arrêt discuté ci-dessus concerne un droit de superficie, distinct et permanent immatriculé comme un immeuble, bien que l'arrêt parle tantôt de droit distinct et permanent seulement puis distinct et permanent de superficie.

Il convient de préciser que l'art. 655 al. 3 CC permet l'immatriculation, comme droit distinct et permanent de toute servitude qui n'est établie ni en faveur d'un fonds domi-

⁵ DENIS PIOTET, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, in Thomas Sutter-Somm (Hrsg.), Traité de droit privé suisse, Volume V: Droits réels, Tome II, 2e éd., Bâle 2012, n. 297 ss (zit. PIOTET, SPR, Bd. V/2).

⁶ ZK LIVER, art. 743 CC n. 13.

⁷ DAVID (npb. 4), p.204.

nant ni exclusivement en faveur d'une personne déterminée (soit l'aspect *distinct*) et qui établit pour 30 au moins ou pour une durée indéterminée (soit l'aspect *permanent*).

Pour être distincte, la servitude doit ainsi être personnelle et cessible, à l'exclusion ainsi des servitudes foncières ou des servitudes personnelles proprement dites, liées à la personne du titulaire.

Le critère de la permanence renvoie à la durée : trente ans minimum.

Il est ainsi parfaitement possible de faire d'une servitude personnelle, cessible et permanente un droit distinct et permanent, immatriculé ou non comme immeuble, même si la servitude concernée n'est pas un droit de superficie.

Si le droit superficie donne le droit d'avoir ou de faire des constructions soit sur le fonds grevé soit au-dessous (art. 779 CC), une servitude d'un contenu différent peut être constituée en droit distinct et permanent.

Ainsi, une servitude d'usage d'un local ou d'une place de parc, par exemple, peut être immatriculée comme immeuble sous forme de droit distinct et permanent.

Dans quel but ?

Cette immatriculation rend applicable les règles sur le transfert et le grèvement des immeubles permettant par exemple d'assurer une meilleure disposition des espaces dans une propriété par étages. En effet, comme indiqué ci-dessous, il n'est pas possible de prévoir qu'une servitude personnelle soit transformée en une servitude foncière, pour être rattachée, par exemple, à un lot de propriété par étages, de la seule volonté de son bénéficiaire. Il en va de même, pour une servitude foncière, de la rattacher à un autre fonds dominant, de la seule volonté des parties. Ces opérations revenant à créer une nouvelle servitude, les conditions de la constitution du droit doivent être réunies (en particulier la comparution des propriétaires de l'immeuble grevé, soit, chose appréciable en pratique, l'intégralité des copropriétaires dans une propriété par étages).

Immatriculée comme immeuble la servitude d'usage peut ainsi être cédée comme un immeuble ou grevée d'un droit de gage immobilier.

Une réserve doit toutefois être rappelée ici : le *numerus clausus* des droits réels ne doit pas être contourné.

Ainsi, si le contenu de la servitude *d'usage* confère en réalité les mêmes facultés que celles conférées à un usufruitier, le contournement de la limitation de la durée de l'usufruit conduirait à une fraude à la loi, que la servitude porte sur l'intégralité ou seulement sur une partie de l'immeuble. En effet, l'usufruit sur une partie d'immeuble est dorénavant expressément prévu, depuis le 1^{er} janvier 2004, à l'art. 745 al. 3 CC⁸.

Il en va de même si le bénéficiaire de la servitude immatriculée dispose notamment de la faculté de construire et d'être propriétaire des constructions. Ici aussi, la limitation de l'art. 779I ne peut être contournée.

Dans la mesure où les règles sur la propriété immobilière s'appliquent (sauf prédominance de la matérialité de l'objet, non retenue ici), toute servitude immatriculée comme droit distinct et permanent doit pouvoir être divisée, sans que cela constitue la création d'une nouvelle servitude lorsque le contenu de la servitude initiale reste inchangé et que les droits de même rang et de rang postérieur de tiers sont préservés.

À l'inverse, une servitude foncière reste indivisible. Par exemple, un droit de superficie foncier qui serait divisé en deux parties, dont chaque part bénéficie à un fonds dominant différent, revient à créer une nouvelle servitude pour celle inscrite en faveur du nouveau fonds. Il en va de même lorsqu'une servitude personnelle est transformée en servitude foncière ou l'inverse ou qu'il y a changement de fonds dominant⁹. À l'inverse, nous doutons qu'une servitude foncière non immatriculée au Registre foncier comme immeuble soit divisible, comme le serait, en principe, un droit¹⁰.

Quid d'une servitude personnelle non distincte ? Si l'usufruit peut avoir des cotitulaires ou des titulaires communs, le *frui* étant divisible, il existera néanmoins autant de servitudes

⁸ PIOTET, SPR, Bd. V/2, n. 95.

⁹ Voir notamment PIOTET, SPR, Bd. V/2, n. 229; HÜRLIMANN-KAUP (nbp. 2), p. 110. A noter que le premier auteur indique que dans ce cas, les conditions de l'extinction de la servitude initiale et celles de la constitution du nouveau droit doivent être réunies. Ainsi, à notre sens, un acte authentique qui « modifierait » la servitude par exemple pour changer de fonds dominants, tout en respectant les conditions susmentionnées, notamment la comparution du ou des propriétaires du fonds servant et l'accord des titulaires de droits réels postérieurs sur l'ancien fonds dominant doit être valable, même s'il ne traite pas d'une radiation et d'une constitution de servitude.

¹⁰ A l'image d'une créance pour reprendre l'exemple de Wolf.

qu'il y a d'objets et non de bénéficiaires. Ainsi, en cas de fractionnement, la multiplication des droits d'usufruit s'applique¹¹. Ce droit incessible ne peut être divisé entre différents bénéficiaires : l'usufruitier doit renoncer à son droit sur certains objets afin que de nouvelles servitudes en faveur d'un nouvel usufruitier sur les objets libérés soient créées.

Il en va de même pour un droit de superficie personnel, mais non distinct : sa division revient à notre sens à créer un nouveau droit en faveur du nouveau bénéficiaire ou du nouveau fonds dominant (si une part du droit devient foncière). Il s'agit de la création d'une nouvelle servitude.

Se pose encore la question des servitudes qui sont cessibles comme des créances¹², soit une servitude distincte mais non permanente ou distincte et permanente mais non immatriculée comme immeuble au Registre foncier.

À notre sens, dans la mesure où elles sont cessibles, ces servitudes peuvent faire l'objet d'une division, à l'image d'une créance.

Nous pouvons résumer ainsi ce qui précède :

| | Servitude personnelle distincte mais non permanente | Servitude personnelle permanente non distincte (ex : droit de superficie incessible) | Servitude personnelle proprement dite (ex : usufruit, droit d'habitation) |
|-----------|--|--|---|
| Transfert | Cession de créance au sens des articles 164 et suivants CO | Non | Non (la servitude personnelle proprement dite est incessible) |
| Divisible | Oui | Non | Non |

¹¹ ALEXANDRA FARINE FABBRO, L'usufruit immobilier, thèse Fribourg 2020, p. 42.

¹² ALBAN BALLIF, Le droit de superficie, *Eléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés*, thèse Lausanne 2004, pp. 44 ss.

| | Droit distinct et permanent (non immatriculé) | Droit distinct et permanent immatriculé | Servitude foncière |
|-----------|--|--|--------------------------|
| Transfert | Cession de créance au sens des articles 164 et suivants CO | Comme un immeuble, soit acte authentique et inscription au Registre foncier (sauf exceptions propres immeubles, comme principe relatif de l'inscription, convention écrite de partage successoral) | Avec l'immeuble dominant |
| Divisible | Oui | Oui | Non |

5. Conséquences

La conclusion du Tribunal fédéral est que si un droit de superficie distinct et permanent existant fait l'objet d'une division, que le contenu de la servitude reste inchangé et que les droits de même rang et de rang postérieurs de tiers sont préservés, aucune durée minimale n'est requise pour l'immatriculation du *nouveau* droit distinct et permanent de superficie portant sur la surface soustraite au droit existant.

La conclusion de l'arrêt porte-t-elle une contradiction ? En effet, après avoir indiqué que la division du droit de superficie n'emportait pas constitution d'une nouvelle servitude (consid. 5.7), le Tribunal fédéral écarte la durée minimale de trente ans nécessaire à l'immatriculation d'un droit distinct et permanent au Registre foncier et ce pour inscrire *le nouveau* droit distinct et permanent issu de la division.

Cela donne l'impression que le droit initial est bien modifié mais que la portion détachée fait l'objet d'un nouveau droit. Jörg Schmid et Nuria Montero ont indiqué, dans le cadre du commentaire de l'arrêt résumé ci-dessus que le droit de superficie initial était en effet modifié, sa surface étant réduite par le dépôt d'une pièce justificative complémentaire au Registre foncier. À l'inverse, cela ne peut s'appliquer pour la nouvelle servitude de

superficie créée. Pour ces auteurs, la durée minimale de trente ans est applicable pour permettre l'immatriculation de ce nouvel immeuble¹³.

Dans leur commentaire, les rédacteurs de la RNRF ont pour leur part exprimé l'avis selon lequel l'ouverture d'un nouveau feuillet correspondant au droit distinct et permanent à immatriculer pour la fraction de terrain détachée du droit existant n'est qu'un procédé formel. Il s'agit d'appliquer le même procédé qu'en cas de fractionnement d'un bien-fonds (art. 153 ORF)¹⁴.

À notre sens, la seule possibilité pour considérer que la durée minimale de l'art. 655 al. 3 CC, qui est nécessaire pour l'immatriculation comme droit distinct et permanent d'une servitude, ne s'applique pas en pareille hypothèse, est de ne pas parler de *nouveau* droit distinct et permanent, même pour la surface détachée du droit initial, mais de la modification d'une servitude initiale, qui a pour conséquence l'ouverture de feuillets différents.

Ainsi, la division d'une servitude qui n'entraîne aucune aggravation supplémentaire pour le fonds grevé (par exemple, la surface grevée n'est pas accrue) et qui n'entrave pas les bénéficiaires de rangs égaux ou postérieurs n'est pas une constitution d'une nouvelle servitude.

Même lorsque l'immatriculation d'un autre droit distinct et permanent, comme immeuble, est requise (par exemple pour la surface distraite de la servitude initiale), ce nouvel « immeuble » devra reposer sur une servitude inscrite au feuillet de l'immeuble grevé avec le même rang que la servitude initiale.

La servitude mère fait en quelque sorte l'objet d'une mitose.

Dès lors, la notion de permanence (soit la création d'une servitude distincte d'au moins trente ans) ne se jauge pas à l'aune de l'immatriculation d'un nouvel « immeuble » mais de la durée prévue lors de la constitution de la servitude initiale.

¹³ JÖRG SCHMID/NURIA MONTERO, *Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen* BR/DC 3/2021, p. 136, pp. 137 s.

¹⁴ RNRF 102/2021, p. 255.

6. Pas de droit de superficie collectif

Au considérant 6.5.1, le Tribunal fédéral dit en passant qu'un *Gesamtbaurecht* n'est pas admissible.

Jörg Schmid et Nuria Montero relèvent que ce point n'était pas l'objet de l'arrêt et que l'avis du Tribunal fédéral n'est pas suffisamment motivé¹⁵.

Il nous semble qu'il y a une incertitude née du terme *Gesamtbaurecht* utilisé par le Tribunal fédéral.

S'agit-il de rappeler l'interdiction « d'une seule servitude de superficie grevant plusieurs immeubles » (soit une servitude collective) ou d'interdire ce que la doctrine appelle un « *Gesamtbaurecht* » soit ce que nous pouvons décrire comme étant la somme de droits de superficie inscrits sur les fonds grevés mais se rapportant à une construction unique ?¹⁶

Denis Piotet précise que l'arrêt du Tribunal fédéral « *confirme un point important régulièrement non suivi par la pratique : un unique droit de superficie ne peut grever deux parcelles différentes, et le principe de la spécialité oblige à constituer autant de droits de superficie que de parcelles grevées.* »¹⁷

Nous sommes d'avis, qu'au vu de l'objet de l'arrêt, il était question de rappeler en passant qu'une servitude unique de superficie ne peut être inscrite sur plusieurs immeubles (consid. 6.5.1; « *Weil eine Dienstbarkeit stets auf einem Grundstück lastet und es namentlich keine sog. Gesamtbaurechte, d. h. Baurechte zulasten mehrerer angrenzender Grundstücke gibt.* »).

Cet *obiter dictum* doit ainsi être approuvé car il ne fait que rappeler le principe de la spécialité propre aux droits réels limités : il n'existe pas en droit suisse des droits réels

¹⁵ SCHMID/MONTERO (nbp.13), p. 136, p. 138.

¹⁶ ALBAN BALLIF, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet (édit.), Commentaire Romand, Code civil II, art. 457–977 CC, art. 1–61 Tit. fin. CC, Bâle 2016, art. 779 CC n. 26 (CR AUTEURS); voir PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome III: Servitudes personnelles, Charges foncières, Droits de gage immobiliers, Droits de gage mobiliers, 5e éd., Berne 2021, n. 3817, nbp. 32; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5e éd., Zurich 2017, n. 1379.

¹⁷ DENIS PIOTET, Chroniques Droit des successions et droits réels, JT 2019, p. 59, sp. p. 66.

limités grevant collectivement une universalité d'objets mobiliers et/ou immobiliers, l'art. 798 CC relatif à l'engagement collectif des immeubles étant réservé¹⁸.

La pratique judiciaire ne semble pas toujours suivre ce principe. En effet, le Tribunal cantonal bernois est arrivé au résultat inverse s'agissant du tunnel de Neufeld où il devait juger du cas où un droit de superficie devait être inscrit sur plusieurs immeubles.

Ainsi, dans son arrêt du 19 novembre 2014¹⁹, le Tribunal cantonal relève certes à raison que les droits de superficie collectifs peuvent être utiles en pratique notamment pour des constructions importantes, comme des centres commerciaux ou des garages parkings. Il indique, par une litote, qu'un tel droit n'est pas en soi inadmissible. Dès lors que dans le cas à juger, le droit collectif reposait sur un seul contrat de superficie, conclu entre tous les propriétaires grevés et le superficiaire, et que les superficiants devaient agir en commun à l'égard du superficiaire, le droit devait être inscrit.

Or, à lire l'état de fait, il était question d'inscrire un seul droit de superficie distinct en faveur de la Confédération helvétique sur plusieurs immeubles, ce qui est contraire au principe de spécialité des droits réels limités.

À l'inverse quid du *Gesamtbaurecht*, soit la constitution d'autant de servitudes de superficie qu'il y a de fonds grevés mais relatives à une construction unique ? Dans cette constellation, un droit de superficie est constitué pour chaque bien-fonds, mais les superficiants ne peuvent faire valoir les droits découlant du contrat de droit de superficie contre le superficiaire que conjointement, pour toute la durée du droit de superficie²⁰.

Alban Ballif y est opposé car cela reviendrait à contourner l'art. 675 al. 2 CC. Le Prof. Steinauer indique que cette solution n'est à son sens pas admissible car les droits de superficie porteraient sur des parties d'une construction et poserait des problèmes

¹⁸ PIOTET (nbp. 17), n. 13 ss et n. 415 au sujet de l'impossibilité pour un même droit de superficie de grever plusieurs immeubles.

¹⁹ Notamment reproduit in : RNRF 98/2017, p. 97.

²⁰ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (nbp. 16), n. 1379, qui relèvent qu'un tel droit est problématique au regard de l'art. 675 al. 2 CC.

pratiques liés au droit de préemption légal, au droit de retour anticipé et à la garantie de la rente²¹.

L'art. 675 al. 2 CC prévoit que *Les divers étages d'une maison ne peuvent être l'objet d'un droit de superficie*. Initialement prévue pour empêcher la création d'une propriété par étages, la règle a été maintenue après l'introduction des art. 712a ss. du Code civil pour empêcher d'arriver au même résultat économique qu'une propriété par étages mais en contournant les articles précités²².

La règle signifie que l'objet de la servitude doit être pourvu d'une indépendance architecturale et fonctionnelle²³.

Dès lors, comment permettre à un superficiaire d'être propriétaire d'une construction établie sur ou sous plusieurs immeubles ?

Premièrement, il n'est pas possible de constituer un seul droit de superficie unique grevant plusieurs immeubles.

Deuxièmement, et à notre sens, le *Gesamtbaurecht* tel que défini ci-dessus peut être admis, pour autant que l'art. 675 al. 2 CC soit respecté sur chaque immeuble grevé d'un droit de superficie.

En effet, comme il s'agit d'inscrire autant de servitudes qu'il y a de biens-fonds grevés, le principe de la spécialité est respecté.

En revanche, cela ne peut avoir pour but de contourner l'art. 675 al. 2 CC en permettant de constituer une servitude de superficie qui aurait pour objet une partie d'un garage parking ou d'un centre commercial, partie qui ne pourrait être supprimée sans porter atteinte au reste de la construction.

²¹ PIOTET, SPR, Bd. V/2, n. 415; CR BALLIF, art. 779 CC n. 26; STEINAUER (nbp. 16), n. 3817.

²² Voir PIOTET, SPR, Bd. V/2, n. 413 ; SYLVAIN MARCHAND, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet (édit.), Commentaire Romand, Code civil II, art. 457–977 CC, art. 1–61 Tit. fin. CC, Bâle 2016, art. 675 CC n. 11.

²³ ATF 111 II 134 = JT 1986 I, p. 627; FLURINA HITZ, Das Baurecht als selbstständiges und dauerndes Recht: Konstruktion aus dinglichen und obligatorischen Rechtspositionen, thèse, Zurich 2017, n. 204 ss.

Pour reprendre le souci exprimé par le Prof. Steinauer ainsi que les auteurs du commentaire bâlois, il serait judicieux que les superficiaires forment une société simple pour la durée du droit de superficie, pour exercer ensemble tous les droits vis-à-vis du bénéficiaire du superficiaire (p. ex. droit de retour, droit de préemption, garantie et exécution de la rente du droit de superficie)²⁴.

Troisièmement, s'il n'est pas possible de respecter l'art. 675 al. 2 CC sur la totalité des immeubles parce que les parties du bâtiment qui débordent sur ces derniers ne présentent pas une autonomie suffisante, il conviendrait de constituer un droit de superficie mais couplé à des servitudes d'empiètement, en faveur du superficiaire.

7. Conséquences fiscales

Il convient encore de relever que si une division du droit de superficie est admise, sans création d'une nouvelle servitude, cela a également des conséquences en matière fiscale.

En effet, le droit de mutation peut être perçu, en fonction du droit fiscal cantonal, lors de la constitution d'une servitude lorsque cette constitution intervient moyennant une contreprestation, comme, en matière de droit de superficie, l'achat des constructions qui deviendront la propriété du superficiaire et/ou la rente du droit de superficie.

Par exemple, le droit vaudois, prévoit à l'art. 2 al. 3 LMSD :

Le droit de mutation est perçu en outre sur les actes suivants, lorsqu'ils interviennent à titre onéreux :

a. en cas de constitution, de transfert ou d'extinction d'un droit réel restreint (droit de superficie, servitude, usufruit, droit d'habitation, charge foncière, droit à une source, etc.), à l'exception du gage immobilier;

Puis à l'art. 6 al. 2^{bis} LMSD que : *La création, le transfert ou l'extinction d'un droit de superficie est soumis au droit de mutation sur toutes les prestations convenues; la redevance périodique capitalisée n'est cependant imposée que lors de la constitution du droit.*

²⁴ PETER R. ISLER/DOMINIQUE GROSS, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (édit.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6e éd., Bâle 2019, art. 779 CC n. 34 s.

Ainsi, en l'absence de création d'une nouvelle servitude, l'autorité fiscale ne peut imposer la division d'un droit de superficie même si la rente initiale est aussi divisée, pour être répartie entre les droits issus de la division et ce sous réserve d'une augmentation du montant. En effet, la rente ayant été imposée au moment de la constitution du droit (initial), sa division est sans conséquence.

En matière d'impôt sur les gains immobiliers en revanche, si la division du droit distinct et permanent n'a pas de conséquence, la cession de l'une de ces divisions est imposable, dans la mesure où un gain est réalisé à cette occasion.

8. Conclusion

Dans l'ATF 147 III 1, le Tribunal fédéral a admis la division d'un droit distinct et permanent de superficie, tout en indiquant qu'*a priori* une telle division était possible.

Notre Haute Cour s'est en effet penchée avant tout sur la nécessité de respecter ou non la durée initiale de trente ans nécessaire à l'inscription d'un nouveau droit distinct et permanent. Pour y répondre, il fallait déterminer ce qui est une création de servitude d'une simple modification.

La terminologie utilisée est parfois changeante (droit distinct et permanent, droit distinct et permanent de superficie) ou peut-être trop générale (*Gesamtbaurecht*).

Toutefois, l'arrêt ci-dessus a le mérite d'ouvrir quelques perspectives intéressantes en pratique.

Ce qui est décrit comme indivisible, en cas de division de bien-fonds, peut l'être par une modification de servitude.

Il rappelle enfin l'impossibilité de créer une servitude collective, soit un droit de superficie unique grevant plusieurs immeubles.