



---

5A\_941/2022

**Arrêt le 12 décembre 2023**  
**Ile Cour de droit civil**

---

Composition

MM. et Mme les Juges fédéraux Herrmann, Président,  
von Werdt, Schöbi, Bovey et De Rossa.  
Greffier : M. Piccinin.

---

Participants à la procédure

**A.** \_\_\_\_\_ **SA**,  
représentée par Me Jean-Michel Brahier, avocat,  
recourante,

**contre**

**Commune B.** \_\_\_\_\_,  
représentée par Me Stefano Fabbro, avocat,  
intimée.

---

Objet

dénonciation du contrat de superficie, retour anticipé,  
  
recours contre l'arrêt de la 1<sup>e</sup> Cour d'appel civil du  
Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg du  
31 octobre 2022 (101 2021 307).

## **Faits :**

### **A.**

**A.a** Par contrat de superficie du 17 juillet 1959, la commune de C.B.\_\_\_\_\_, qui fait désormais partie de la commune fusionnée de B.\_\_\_\_\_, a concédé à D.B.\_\_\_\_\_ SA, pour une durée ferme de 99 ans, une servitude personnelle de superficie. Dite servitude, immatriculée comme droit distinct et permanent (DDP) n° xxx, sur la parcelle n° vvv du Registre foncier de l'ancienne commune de C.B.\_\_\_\_\_, confère à son titulaire la faculté de construire et de maintenir un hôtel-restaurant avec terrasses d'une surface totale de 382 m<sup>2</sup> en contrepartie d'une redevance annuelle de 100 fr. payable à la fin de chaque année civile (art. 1 et 2 du contrat). La parcelle grevée et le DDP sont entre-temps devenus, au gré de la nouvelle numérotation du cadastre, les biens-fonds n<sup>os</sup> yyy et zzz du Registre foncier de la commune de B.\_\_\_\_\_.

Le droit de superficie a été modifié par contrat du 27 juin 1980: sa surface a été étendue, la rente annuelle augmentée et indexée, et il a été prévu qu'en cas de retour anticipé pour des raisons impérieuses dictées par l'intérêt public, la commune aurait l'obligation de racheter les bâtiments et le mobilier à leur valeur vénale et d'indemniser entièrement le superficiaire pour les engagements pris et les investissements faits ainsi que les locataires éventuels pour le dommage qu'ils subiraient du fait de cette résiliation anticipée (art. 5 let. a). Le contrat précisait également qu'en cas de dénonciation par la commune ensuite d'une faute du superficiaire, celle-là reprendrait les bâtiments contre une équitable indemnité fixée par une commission de trois experts, sans obligation de reprendre le mobilier (art. 5 let. b et 6), les cas dans lesquels une faute est admise étant énumérés à l'art. 5 let. b ch. 1 à 7.

Le droit de superficie a été modifié une nouvelle fois par contrat du 12 juillet 1990 en vue d'augmenter sa surface et la rente annuelle.

**A.b** Le 27 février 2003, la société superficiaire, alors en liquidation, a cédé son droit de superficie à A.\_\_\_\_\_ SA avec effet au 1<sup>er</sup> mars 2003, ceci avec le consentement de la superficiante, moyennant une augmentation de la rente annuelle du droit de superficie.

**A.c** En septembre 2008, le projet " E.\_\_\_\_\_ ", portant sur la construction d'un nouveau complexe hôtelier au bord du lac, a vu le jour. Diverses démarches ont eu lieu dans ce cadre. Un concours

d'architecture a notamment été organisé, qui a débouché, en février 2012, sur la recommandation unanime du jury du concours de poursuivre l'étude du projet " F.\_\_\_\_\_ ".

En parallèle, des réflexions et démarches en vue d'une modification du plan d'aménagement local (PAL) et du plan d'aménagement de détail (PAD) aux fins de développement du projet " E.\_\_\_\_\_ " ont eu lieu dès 2013.

**A.d** Le 29 juin 2017, la commune de B.\_\_\_\_\_ (ci-après: la commune) a dénoncé le contrat de superficie. Les parties n'ont pas réussi à s'entendre sur le montant de l'indemnité équitable.

**A.e** Par mémoire du 21 août 2018, la commune a déposé une demande en justice, dans laquelle elle a notamment pris des conclusions en lien avec la dénonciation du droit de superficie, le paiement de l'indemnité pour le retour anticipé et la " radiation du droit de superficie ".

Dans sa réponse du 15 février 2019, A.\_\_\_\_\_ SA a conclu principalement au rejet de la demande dans la mesure de sa recevabilité, étant constaté que la résiliation du 29 juin 2017 du contrat de superficie n'est pas valable et que, partant, le droit de superficie se poursuit. À titre reconventionnel, elle a principalement requis que la commune soit astreinte à lui payer des dommages-intérêts et que son manque à gagner soit compensé par la prolongation du droit de superficie, subsidiairement par le versement d'une indemnité.

Le 4 février 2020, une inspection des lieux s'est déroulée en présence des parties et de leurs mandataires.

Le 3 juin 2020, le Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye (ci-après: le Tribunal civil) a notamment rejeté une requête d'expertise de la commune.

**B.**

Par décision du 15 juin 2021, le Tribunal civil a constaté que le contrat de superficie avait été valablement dénoncé par la commune le 29 juin 2017 et rejeté, pour autant que recevable, tout autre ou plus ample chef de conclusion, s'estimant en particulier incompétent pour se prononcer sur l'indemnité due à A.\_\_\_\_\_ SA du fait de la résiliation anticipée de la servitude et précisant que cette compétence

appartenait à la commission de trois experts prévue contractuellement et que la désignation du troisième expert relevait de la procédure arbitrale.

Statuant par arrêt du 31 octobre 2022, la 1<sup>e</sup> Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg a rejeté l'appel déposé par A.\_\_\_\_\_ SA contre la décision du Tribunal civil.

**C.**

Par acte du 5 décembre 2022, A.\_\_\_\_\_ SA exerce un recours en matière civile et un recours constitutionnel subsidiaire au Tribunal fédéral, en concluant principalement à la réforme de l'arrêt du 31 octobre 2022 en ce sens que les conclusions de l'action du 21 août 2018 de la commune sont déclarées irrecevables et que la cause est renvoyée au Tribunal civil pour traitement et jugement de sa demande reconventionnelle formulée dans sa réponse du 15 février 2019. À titre subsidiaire, elle conclut à la réforme de l'arrêt précité en ce sens que les conclusions de l'action du 21 août 2018 de la commune sont rejetées et qu'il est constaté que le contrat de superficie n'a pas été valablement dénoncé, que la résiliation de ce contrat n'est pas valable et que le droit de superficie se poursuit, la cause étant renvoyée au Tribunal civil pour traitement et jugement de la demande reconventionnelle formulée dans sa réponse du 15 février 2019. Encore plus subsidiairement, elle sollicite l'annulation de l'arrêt du 31 août 2022 et le renvoi de la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Invitées à déposer des réponses au fond, la cour cantonale a indiqué n'avoir pas d'observations à formuler et la commune a conclu à l'irrecevabilité des recours constitutionnel subsidiaire et en matière civile, subsidiairement à leur rejet.

La recourante n'a pas répliqué.

**D.**

Par ordonnance présidentielle du 6 octobre 2022, l'effet suspensif a été attribué au recours.

## **Considérant en droit :**

### **1.**

Le recours a été déposé dans le délai légal (art. 100 al. 1 LTF) à l'encontre d'une décision finale (art. 90 LTF), prise en dernière instance cantonale et sur recours par un tribunal supérieur (art. 75 LTF), dans une affaire civile, d'une valeur litigieuse supérieure à 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF) selon les constatations non remises en cause de l'arrêt querellé; la recourante, qui a succombé devant l'autorité précédente, a qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF). Le recours en matière civile est donc en principe recevable, de sorte que le recours constitutionnel subsidiaire ne l'est pas (art. 113 LTF).

### **2.**

**2.1** Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF; ATF 143 V 19 consid. 2.3; 140 III 86 consid. 2). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, il n'examine en principe que les griefs soulevés (ATF 142 III 364 consid. 2.4 et les références). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit (ATF 142 I 99 consid. 1.7.1; 142 III 364 consid. 2.4 et la référence). Le Tribunal fédéral ne connaît par ailleurs de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de façon claire et détaillée (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF; ATF 147 I 73 consid. 2.1; 146 III 303 consid. 2; 142 III 364 consid. 2.4).

**2.2** Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF; ATF 146 IV 88 consid. 1.3.1). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 147 I 73 consid. 2.2; 144 III 93 consid. 5.2.2; 140 III 264 consid. 2.3), doit, sous peine d'irrecevabilité, satisfaire au principe d'allégation susmentionné (art. 106 al. 2 LTF; cf. supra consid. 2.1; ATF 147 I 73 consid. 2.2; 146 IV 88 consid. 1.3.1). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il y a arbitraire lorsque l'autorité ne prend pas en

compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 147 V 35 consid. 4.2; 143 IV 500 consid. 1.1; 140 III 264 consid. 2.3).

En l'espèce, la partie " Brève présentation des faits " figurant aux pages 7 et 8 du recours sera ignorée en tant que les faits qui y sont exposés ne sont pas expressément visés par un grief d'arbitraire, s'écartent de ceux contenus dans l'arrêt attaqué et que la recourante n'invoque, ni a fortiori ne démontre, leur établissement arbitraire ou que leur correction influencerait sur le sort de la cause.

**2.3** Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF; ATF 143 V 19 consid. 1.2 et la référence). Cette exception vise les faits qui sont rendus pertinents pour la première fois par la décision attaquée; peuvent notamment être introduits des faits nouveaux concernant le déroulement de la procédure devant l'instance précédente, afin d'en contester la régularité, ou encore des faits postérieurs à l'arrêt attaqué permettant d'établir la recevabilité du recours. En dehors de ces cas, les nova ne sont pas admissibles, qu'il s'agisse de faits ou moyens de preuve survenus postérieurement à la décision attaquée, ou d'éléments que les parties ont négligé de présenter aux autorités cantonales (ATF 139 III 120 consid. 3.1.2; 136 III 123 consid. 4.4.3). Il appartient au recourant qui entend se prévaloir de l'admissibilité exceptionnelle de faits nouveaux de démontrer que les conditions en sont remplies (ATF 143 V 19 consid. 1.2 et la référence).

Par courrier du 23 décembre 2022, la recourante produit un article de journal paru le 19 décembre 2022. Elle invoque que cet article mettrait à mal l'argumentaire développé par la commune sur sa méconnaissance des activités de prostitution dans l'hôtel et rendrait arbitraire la motivation de la cour cantonale selon laquelle il n'était pas allégué ni prouvé que la prostitution avait été autorisée par la commune. Il n'apparaît pas, au regard de ces explications, que cette pièce, postérieure à l'arrêt querellé, satisfasse aux conditions de l'art. 99 al. 1 LTF précitées, le recourant ne prétendant en particulier pas qu'elle serait destinée à contester la régularité du déroulement de la procédure cantonale ou la recevabilité du présent recours; elle est donc irrecevable.

**2.4** En vertu du principe de l'épuisement des instances, le recours n'est ouvert qu'à l'encontre des décisions rendues par une autorité cantonale de dernière instance (art. 75 al. 1 LTF), ce qui signifie que les voies de droit cantonales doivent avoir été non seulement utilisées sur le plan formel, mais aussi épuisées sur le plan matériel (ATF 146 III 203 consid. 3.3.4; 145 III 42 consid. 2.2.2; 143 III 290 consid. 1.1). Lorsque l'autorité de dernière instance cantonale peut se limiter à examiner les griefs régulièrement soulevés, le principe de l'épuisement matériel des instances veut que les griefs soumis au Tribunal fédéral aient déjà été invoqués devant l'instance précédente (arrêts 4A\_148/2022 du 21 décembre 2022 consid. 4.1 et les arrêts cités; 5A\_91/2022 du 28 novembre 2022 consid. 2.3 et les arrêts cités).

### **3.**

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

### **4.**

**4.1** Dans un grief d'ordre formel, la recourante se plaint d'une violation de l'art. 88 CPC. Elle reproche à la cour cantonale d'avoir " validé " la conclusion de la commune prise dans sa demande du 21 août 2018, à teneur de laquelle " Le contrat de superficie du 17 juillet 1959, modifié les 27 juin 1980, 12 juillet 1990, 27 février 2003 a dûment été dénoncé le 29 juin 2017 ". Elle relève que la commune n'a pas fait valoir d'intérêt à obtenir un jugement qui soit uniquement constatatoire et qu'elle avait la possibilité d'introduire une action condamnatoire au sens de l'art. 84 CPC, en requérant que la " radiation du droit de superficie " soit ordonnée et qu'il soit renvoyé à une commission de trois experts pour la fixation de l'indemnité. Elle en déduit que les juridictions précédentes auraient eu tort de prononcer un jugement constatatoire et qu'elles auraient plutôt dû prononcer l'irrecevabilité de la demande.

**4.2** La recourante perd de vue que la commune a effectivement pris des conclusions condamnatoires puisqu'elle a formulé des conclusions tendant au paiement de l'indemnité du droit de retour, subsidiairement

en désignation d'un membre de la commission d'experts devant fixer cette indemnité (ch. 3), ainsi qu'en " radiation du droit de superficie " (ch. 4). S'il est vrai que l'on peut discuter de l'utilité de la conclusion en constatation de la validité de la dénonciation du droit de superficie dans la mesure où il s'agit d'un préalable au retour anticipé, la recourante ne justifie pas d'un intérêt au prononcé de l'irrecevabilité de cette conclusion en présence de conclusions condamnatoires, sa considération selon laquelle cela devait conduire au prononcé de l'irrecevabilité de la demande dans son entier n'étant par ailleurs aucunement explicitée. Autant que suffisamment motivé, son grief doit ainsi être rejeté.

## **5.**

Soulevant un grief d'arbitraire dans l'établissement des faits, la recourante conteste avoir violé son obligation contractuelle d'entretien. Elle fait d'abord valoir que l'obligation d'entretenir le bâtiment devait être relativisée et devait prendre en compte le contexte dans lequel le contrat de superficie avait évolué entre 2008 et 2017. Elle soutient en substance que l'implication de la commune et son rôle actif dans la réalisation du projet d'hôtel " F.\_\_\_\_\_ " permettraient de contextualiser et de relativiser les obligations à sa charge.

**5.1** La cour cantonale a motivé en premier lieu son appréciation relative au maintien de l'obligation contractuelle de conserver les constructions en parfait état de propreté et d'entretien par le fait que cette obligation n'avait pas été modifiée ou supprimée par acte notarial dans le cadre des diverses modifications successives du droit de superficie; l'obligation d'entretien, qui se trouvait déjà dans le contrat initial de 1959, avait toujours été maintenue dans les différentes versions du contrat. Indépendamment de la question de savoir si une modification devait ou non revêtir la forme authentique, les parties avaient pour pratique d'opérer toute modification devant notaire. Il fallait donc retenir que toutes les modifications antérieures au contrat avaient été faites devant notaire et que, faute d'avoir modifié l'obligation d'entretien en cette forme, les parties l'avaient maintenue.

En second lieu, en réponse à la critique de la recourante sur le rôle actif de la commune, la cour cantonale a notamment relevé que si celle-ci s'était montrée enthousiaste en 2008 sur le projet " E.\_\_\_\_\_ ", tout comme elle s'était impliquée dans certaines démarches nécessaires au niveau de l'aménagement du territoire, son approche n'avait rien d'étonnant, en tant qu'autorité spécialisée en aménagement du territoire. Elle avait du reste, dans son courrier du

17 septembre 2008, après avoir donné son feu vert pour l'implantation du complexe immobilier, précisé que le projet suscitait l'enthousiasme et que le conseil communal comptait sur les promoteurs de ce bel ouvrage pour qu'il se concrétise. On en comprenait que la commune, bien qu'enthousiasmée par le projet, ne prenait pas l'initiative de le mener, même conjointement; elle n'était en définitive qu'une interlocutrice privilégiée de la recourante, comme propriétaire du terrain sur lequel le projet s'inscrivait et souhaitant valoriser cette parcelle touristiquement intéressante en vue d'une meilleure affectation dans un souci d'intérêt public, la cour cantonale rappelant au surplus que seul le superficiaire avait le droit de décider de démolir et reconstruire l'immeuble. Les intérêts de la commune, comme collectivité publique, propriétaire du terrain et superficiante s'inscrivaient dans la volonté de la collectivité publique de réaménager ce secteur, perçu comme un espace public et touristique majeur de la ville. Le projet de réaliser un nouveau complexe immobilier à la place de l'hôtel-restaurant n'avait, par ailleurs, pas dépassé le stade du concours d'architecture; il semblait en particulier n'avoir jamais connu de développement concret sous l'angle financier. L'on pouvait en outre douter qu'une collectivité publique s'engagerait comme porteuse d'un projet avec une entité privée sans passer le moindre accord de partenariat.

La cour cantonale a également constaté que, lors de son audition, le syndic de la commune avait notamment confirmé que le but du contrat n'avait pas été modifié dans l'attente de la réalisation du projet et que, face à l'incertitude quant à son aboutissement, il ne faisait aucun doute que l'exploitation de l'hôtel-restaurant devait être maintenue; il avait aussi indiqué ne pas trouver contradictoire d'exiger un entretien du bâtiment alors que sa démolition avait été envisagée: en l'absence de certitude quant à l'aboutissement du projet, il lui paraissait nécessaire de ne pas rendre l'état d'un immeuble irréversible à une rénovation et de l'entretenir un minimum.

En définitive, la cour cantonale a considéré que l'attitude favorable réservée au projet par la commune et son soutien dans les démarches entrant exclusivement dans ses domaines d'activités ne traduisaient pas encore une volonté affichée de modifier dans l'immédiat les obligations contractuelles découlant du droit de superficie, encore moins pour un projet qui en était resté à un stade précoce. Il fallait ainsi admettre que les obligations contractuelles du superficiaire perduraient et qu'elles n'avaient pas été modifiées. Dans ces conditions, la superficiaire ne pouvait être suivie lorsqu'elle prétendait que la

commune commettait un abus de droit en invoquant cette obligation d'état impeccable alors que le site était voué à de futures importantes modifications, notamment une démolition et une reconstruction.

**5.2** La requérante expose que l'organisation de la procédure de concours, publié sur SIMAP, constitue la preuve de l'implication de la commune dans le projet, dans la mesure où elle avait choisi de l'assujettir au droit des marchés publics et avait organisé la mise au concours. Il était par ailleurs faux de retenir que la commune ne prenait pas l'initiative du projet, dès lors qu'elle avait souhaité discuter et traiter des questions de modification de zones, de planification et d'établissement du DDP, qu'elle avait indiqué vouloir constituer un comité de pilotage concernant l'avancement du projet, qu'elle avait établi le dossier de modification du PAL, incluant non seulement la parcelle du DDP, mais aussi tout le secteur de la presqu'île, qu'elle avait visité des hôtels modèles, qu'elle avait choisi de mandater son avocat-conseil pour procéder à la modification du projet de DDP en novembre 2013 et qu'elle avait, avec les promoteurs, réuni la population en août 2013 pour présenter le projet. À cela s'ajoutait que la commune s'était non seulement lancée dans des modifications de planification, mais devait également procéder à cette planification. La requérante qualifie en outre d'erronée la constatation de la cour cantonale selon laquelle le projet n'avait pas dépassé le stade du concours d'idées, étant donné qu'il ressortait des pièces qu'un concours de projets avait été lancé, avec pour conséquence que l'on ne pouvait pas retenir que le projet était resté à un stade " très précoce ". Selon elle, compte tenu de son rôle actif, la commune se montrait rigoriste et de mauvaise foi en soutenant que l'obligation de maintenir les lieux et les constructions en parfait état de propreté et d'entretien ne devait pas prendre en compte les discussions tenues dès 2008-2009 sur l'avenir de la presqu'île. Non seulement elle savait que l'hôtel était condamné, mais souhaitait également ce résultat. Or, il était particulièrement antinomique de prévoir de raser un bâtiment dans un proche avenir et d'exiger, en parallèle, son maintien dans un parfait état d'entretien et de propreté, alors qu'elle ne l'avait jamais exigé entre 2009 et 2017. Un tel comportement relevait de l'abus de droit.

**5.3** La requérante ne remet pas en cause devant le Tribunal fédéral la motivation de la cour cantonale selon laquelle toutes les modifications du contrat avaient été faites devant notaire et que la clause d'entretien n'avait pas été modifiée en cette forme. Elle ne s'en prend pas non plus directement aux propos du syndic retenus dans l'arrêt attaqué, en

particulier ceux relatifs à l'intérêt de la commune de ne pas rendre l'état de l'immeuble irréversible compte tenu des incertitudes liées au nouveau projet. À cet égard, si la recourante conteste la constatation sur l'état " très précoce " du projet, elle ne soutient pas pour autant, preuve à l'appui, que ce projet était définitif et sur le point de se réaliser. La critique de la recourante consiste essentiellement à insister sur le rôle actif de la commune dans l'élaboration du nouveau projet. Or, pour autant que l'on considère que celle-ci s'était impliquée de manière plus importante que retenu dans l'arrêt querellé et que ce soutien irait au-delà de ce que l'on pouvait attendre d'elle en tant que propriétaire du terrain, autorité spécialisée en aménagement du territoire et garante de l'intérêt public – ce que la recourante n'établit pas –, ce seul élément ne suffit pas à démontrer qu'en l'absence de projet abouti et réalisable, notamment sous l'angle financier, la cour cantonale aurait abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que, malgré les discussions entourant le nouveau projet, les obligations du superficiaire perduraient et qu'elles n'avaient pas été modifiées, respectivement qu'il n'y avait pas d'abus de droit de la part de la commune d'exiger leur respect. Il sera en outre relevé que si l'arrêt querellé retient que le dossier ne contenait pas d'interpellation formelle antérieure au courrier du 9 mars 2017, il mentionne toutefois que la commune avait pris plusieurs contacts avec la superficiaire, par intervalles oscillant entre 2 et 14 mois, pour connaître ses intentions sur le développement et l'exploitation de l'hôtel, lui rappelant périodiquement qu'elle suivait de près la situation.

La critique de la recourante doit ainsi être rejetée. En conséquence, les arguments qu'elle formule dans la suite de son recours en invoquant à l'appui de ceux-ci que ses obligations avaient été modifiées ou devaient être relativisées seront ignorés.

## **6.**

La recourante reproche à la cour cantonale d'avoir admis l'existence d'une violation grave de son obligation d'entretien du bâtiment. Elle soulève à cet égard plusieurs griefs d'arbitraire dans l'établissement des faits et dans l'appréciation des preuves et se plaint par ailleurs de violations de l'art. 779f CC, du fardeau de la preuve et de la maxime des débats.

**6.1** La recourante soutient d'abord qu'il appartenait à la commune de prouver l'état de décrépitude avancé du bâtiment. Or, malgré l'absence de preuve sur ce point, les autorités précédentes avaient admis une violation grave de son devoir d'entretien en se basant sur la vision

locale effectuée trois ans après la résiliation du droit de superficie. Cela l'avait conduit à faire face à un renversement du fardeau de la preuve puisqu'elle devait prouver le bon entretien du bâtiment en 2017.

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

**6.2** La recourante indique ensuite avoir fourni toute une série de pièces, en particulier les pièces 12, 92, 93 et 94, permettant d'illustrer l'état extérieur du bâtiment, seul déterminant pour la commune au moment de la résiliation.

**6.2.1** Il n'apparaît pas que la recourante se soit prévalu des pièces 93 et 94 à l'appui de son appel et celle-ci ne le prétend du reste pas; il n'est donc pas démontré que l'absence de prise en considération de ces pièces par la cour cantonale serait arbitraire.

**6.2.2** Concernant la pièce 12, la recourante prétend que la cour cantonale a refusé à tort de la prendre en considération, contrevenant en particulier à la maxime des débats.

La cour cantonale a justifié son refus de prendre en considération cette pièce parce qu'elle était liée à l'allégué 26 de la demande qui ne concernait pas l'état du bâtiment, mais qui avait trait aux négociations entre les parties pour le paiement de l'indemnité équitable et que la réponse ne s'y référait pas du tout. Selon la recourante, l'allégué 26.1 de sa réponse indiquerait que la valeur vénale du bâtiment auquel l'expert avait abouti dans ce document était contestée et cette valeur serait intrinsèquement liée à l'état du bâtiment au moment où l'expertise avait été réalisée.

L'allégué 26.1 de la réponse, par lequel la recourante s'est déterminée sur l'allégué 26 de la demande de la commune, mentionne que " L'expertise fournie est un document établi unilatéralement par la

demanderesse. Il s'agit d'une simple allégation de partie. Le montant auquel aboutit portant sur la valeur du bâtiment est contesté "; il n'est suivi par aucune offre de preuve au contraire de la plupart des autres allégués de la réponse. Au vu de sa teneur et de l'absence d'offre de preuve en lien avec cet allégué, il n'apparaît pas que le refus de la cour cantonale de prendre en compte la pièce 12 pour apprécier l'état du bâtiment constituerait une appréciation arbitraire des preuves ou violerait la maxime des débats, la recourante donnant à son allégué une portée extensive qu'il n'a manifestement pas.

**6.2.3** La recourante fait valoir que l'appréciation de la pièce 92, qui fait état de violations de domicile et de dégâts correspondant dans le bâtiment, est aussi arbitraire et contraire à la maxime des débats; cette pièce se rapportait en effet à l'allégué 293 qui avait été admis par la commune, de sorte que ce moyen de preuve n'était plus nécessaire. Elle ajoute que, subsidiairement, il était particulièrement choquant que les tribunaux l'utilisent pour chercher à démontrer que les dégâts causés par les violations de domicile étaient extrêmement légers puisque des mesures et des interventions avaient été effectuées. Du reste, G. \_\_\_\_\_ – administrateur-président de la recourante – avait affirmé lors de son audition que tout ce qui avait été vu lors de la vision locale avait été commis par des vandales et que l'annonce de la résiliation du droit de superficie et ses circonstances avaient été le catalyseur des violations de domicile et des déprédations du bâtiment.

Il ressort notamment de l'arrêt querellé que le jugement de première instance retenait déjà que les dégâts mentionnés dans la pièce 92 concernaient uniquement une porte, porte-fenêtre ou fenêtre forcée et que les dégradations constatées lors de la vision locale allaient bien au-delà de ces dégâts mineurs. Il en ressort également que la recourante avait exposé en appel que l'état du bâtiment s'était beaucoup détérioré entre 2017 et l'inspection des lieux en 2020, par les actes de vandalisme perpétrés, et que le Tribunal civil avait mal interprété la pièce 92, dans la mesure où cette pièce dressait la liste des violations de domicile commises après l'exercice du droit de retour et qu'elle ne décrivait pas l'entier des dégâts commis à ces occasions, mais uniquement ceux par où les auteurs étaient entrés dans le bâtiment. Il en découle que la recourante a elle-même pris appui sur cette pièce pour démontrer l'ampleur et la cause des dégradations occasionnées au bâtiment; elle ne saurait donc reprocher à la cour cantonale de s'y être également référée. Par ailleurs, elle ne démontre pas que les constatations que la cour cantonale fonde sur la pièce 92 seraient arbitraires, son allégation selon laquelle des mesures et des

interventions avaient été effectuées après les violations de domicile n'étant en particulier nullement explicitée. De surcroît, il n'apparaît pas que la recourante aurait contesté en appel, en soulevant notamment un grief de violation de la maxime des débats, la prise en compte de cette pièce par le Tribunal civil; par conséquent, pareille critique, formulée pour la première fois devant le Tribunal fédéral, ne respecte pas le principe d'épuisement matériel des instances (cf. supra consid. 2.4).

Il s'ensuit qu'autant que recevables, les critiques de la recourante en lien avec l'appréciation des pièces 12, 92, 93 et 94 doivent être rejetées.

### **6.3**

**6.3.1** La recourante soutient encore que l'état du bâtiment en 2017 n'était pas documenté par la commune. Pour justifier la résiliation du droit de superficie, celle-ci n'avait produit aucune pièce permettant de visualiser l'état suffisamment dégradé du bâtiment et de ses alentours. Elle avait requis uniquement une inspection locale et l'audition des parties. Or, l'inspection qui avait été entreprise permettait de constater l'état du bâtiment au moment où elle avait été réalisée, soit en 2020, et non au moment de la résiliation du droit de superficie en 2017. Les juges cantonaux ne pouvaient pas faire leur le raisonnement du Tribunal civil selon lequel toutes les dégradations induites par le temps ou provoquées entre la date de la résiliation et celle du constat ne pouvaient pas, à elles seules, expliquer l'état de décrépitude avancé constaté, tant elles étaient profondes et importantes, étant donné que le Tribunal civil n'était pas un expert. Ce raccourci était particulièrement choquant puisqu'elle avait expressément exposé et allégué que des dégradations avaient eu lieu entre 2017 et 2020. Il était étonnant que la commune n'ait pas été en mesure de fournir de photographies de l'état du bâtiment pour justifier cette dégradation extérieure et cet aspect peu engageant. La recourante ajoute avoir produit de son côté toute une série de pièces qui permettaient d'illustrer l'état antérieur du bâtiment, de sorte que la cour cantonale avait violé la maxime des débats. Elle soutient par ailleurs qu'il était impossible, sur la base du courrier de la commune de mars 2017 mentionnant " l'aspect peu engageant du bâtiment et des alentours ", de déterminer l'état du bâtiment et s'il s'était dégradé à tel point que la résiliation du droit de superficie était justifiée. Elle relève en outre que le terme " vétuste " qu'elle avait utilisé dans son mémoire devait être compris, non pas dans le sens de ce qui " est vieux et en mauvaise état ", mais comme étant " vieux et désuet ". Cette écriture se référait

d'ailleurs à la pièce 51 relative à une coupure de presse du 29 août 2013 qui employait ce terme pour décrire l'hôtel. L'état de vétusté était parfaitement admis et toléré par la commune puisque le bâtiment était voué à la démolition. Il était mentionné dans d'autres pièces et il en avait été question lors de l'audition de G.\_\_\_\_\_. Il était donc arbitraire de déduire un manque d'entretien du simple fait que le bâtiment était vétuste en 2013 déjà.

### **6.3.2**

**6.3.2.1** Contrairement à ce que semble sous-entendre la recourante, la cour cantonale pouvait établir l'état du bâtiment, comme elle l'a fait, en se basant sur une inspection (art. 168 al. 1 let. c CPC), sur l'interrogatoire des parties (art. 168 al. 1 let. f CPC) et sur d'autres formes de titres (art. 168 al. 1 let. b et 177 CPC) que des photographies. Cela étant, la recourante ne précise pas quelles pièces jointes à sa réponse permettaient de prouver l'état antérieur du bâtiment et ses critiques concernant l'appréciation des pièces 12, 92, 93 et 94 ont été écartées (cf. supra consid. 6.2). Elle n'explique pas non plus son argument selon lequel les juges de première instance n'étaient pas des experts. En particulier, elle n'expose pas pour quelle raison leur appréciation sur l'état du bâtiment en 2017, par rapport à celui constaté lors de l'inspection locale, devait justifier de connaissances particulières, allant au-delà de l'expérience générale de la vie et que seul un expert, par ses connaissances spéciales, pouvait valablement avoir. Concernant en outre le sens à donner au terme "vétuste" et au courrier de mars 2017, la cour cantonale a relevé que le Tribunal civil avait considéré que les déclarations du syndic en audience et celles de G.\_\_\_\_\_, qui faisaient référence aux termes "carcasse" et "vétuste", coïncidaient en ce sens qu'elles faisaient paraître que l'hôtel-restaurant était laissé à l'abandon en juin 2017; H.\_\_\_\_\_, administrateur et secrétaire de la recourante, l'avait aussi confirmé indirectement en soulignant l'attitude minimaliste de celle-ci s'agissant de l'entretien; de plus, le Tribunal civil avait retenu que les termes utilisés par la commune dans son courrier du 9 mars 2017 (aspect peu engageant du bâtiment et des alentours) et ceux de I.\_\_\_\_\_ dans sa réponse, confirmaient tous deux un état d'entretien critique du bâtiment en juin 2017. Or, par ses explications sur le terme "vétuste" et sur le courrier de mars 2017, la recourante se limite à livrer sa propre compréhension de ceux-ci, en l'opposant à celle des juridictions précédentes, ce qui n'est pas de nature à remettre en cause l'appréciation de celles-ci sur l'état de décrépitude avancé de l'hôtel.

Au surplus, la recourante ne conteste pas la motivation de la cour cantonale selon laquelle il était établi que, dès 2013 déjà, l'hôtel-restaurant souffrait indubitablement d'un manque d'entretien auquel il n'avait jamais été remédié, celle-là ayant décidé de limiter au strict minimum ses dépenses depuis sa décision de vendre l'hôtel, perdant tout intérêt à l'entretenir, avec pour conséquence que le bâtiment s'était dégradé au point que les loyers exigibles avaient diminué de plus de la moitié et que l'exploitation de l'hôtel n'avait finalement plus été possible. Elle ne conteste pas non plus que les manquements dans l'entretien depuis 2013 étaient corroborés par différentes sources, en particulier par un article de journal de 2013 et par un travail interdisciplinaire effectué par deux étudiants d'une école professionnelle, ni que différentes personnes avaient mis en avant l'état de dégradation du bâtiment, lors de la recherche de nouveaux locataires en 2016, restée infructueuse.

Au vu de ce qui précède, la recourante ne parvient pas à démontrer que la cour cantonale aurait versé dans l'arbitraire en constatant que le bâtiment souffrait d'un manque d'entretien chronique et qu'il était déjà dégradé au moment de l'exercice du retour anticipé du droit de superficie. Le moyen doit ainsi être rejeté.

**6.4** Toujours en lien avec la violation de l'obligation d'entretien, la recourante conteste qu'elle puisse être qualifiée de grave. Elle prétend que la cour cantonale s'est contentée d'affirmer que le manque d'entretien était tel et que, si une faute de sa part devait être admise, celle-ci ne pouvait être qualifiée de grave, une telle qualification étant arbitraire et contraire à la maxime des débats.

Il ressort de l'arrêt querellé que la cour cantonale a confirmé l'appréciation du Tribunal civil sur la gravité de la violation de l'obligation d'entretien, laquelle était fondée sur la passivité de la recourante pendant plusieurs années, l'état de décrépitude avancé du bâtiment qui en a résulté et qui a empêché toute exploitation conforme au but du contrat de superficie, ainsi que sur la position stratégique du bâtiment pour le tourisme local, renvoyant ainsi une image peu attrayante, voire rebutante pour la ville. La recourante ne saurait donc être suivie lorsqu'elle prétend que la cour cantonale ne faisait qu'affirmer que la faute était grave. Dès lors qu'elle ne précise pas en quoi cette appréciation serait arbitraire ou contraire à la maxime des débats autrement que par le contexte dans lequel les parties évoluaient depuis 2008 (cf. supra consid. 5.3 in fine), il n'y a pas lieu d'examiner plus avant sa critique.

## 7.

Soulevant des griefs d'établissement manifestement inexact des faits et invoquant une violation de la maxime des débats et de l'art. 779f CC, la recourante reproche à la cour cantonale d'avoir retenu qu'elle avait aussi violé son obligation d'exploiter en raison d'une absence d'exploitation ou d'une exploitation incorrecte de l'hôtel-restaurant pendant près de quatre ans cumulés sur les dernières années pour des motifs qui lui étaient imputables.

**7.1** Elle fait d'abord valoir que le contrat ne définit pas l'obligation d'exploiter à charge du superficiaire.

**7.1.1** La cour cantonale a constaté que, selon le " contrat de modification " du 12 juillet 1990, la commune avait concédé à la superficiaire " un droit de superficie lui donnant droit de construire et de maintenir un hôtel-restaurant avec terrasses "; cette affectation était également annotée au registre foncier. Si le superficiaire décidait de ne pas exploiter lui-même l'hôtel-restaurant, il devait par contre s'assurer que son exploitant/locataire le fasse, sans quoi le contrat de superficie était vidé de son sens. Ainsi, il apparaissait clairement que l'obligation de ne pas cesser son activité ne se référait pas à n'importe quelle autre activité exercée par le superficiaire, mais portait bien exclusivement sur l'exploitation de l'hôtel-restaurant. La cour cantonale a également relevé que l'interprétation de la recourante voulant que le maintien de n'importe quelle activité suffise à remplir son obligation contractuelle ferait doublon avec la situation décrite juste après dans le contrat qui prévoit que la mise en faillite du superficiaire constitue au même titre que la cessation de l'activité une faute justifiant un retour anticipé.

**7.1.2** La recourante soutient que si l'exposé des motifs préliminaires du contrat de modification de 1990 donne le droit de maintenir un hôtel-restaurant, il ne formule pas d'obligation à charge du superficiaire, que le registre foncier se limite à indiquer que le droit de superficie pour un hôtel-restaurant est une charge pour le " superficiant " et qu'il n'y a pas d'obligations à charge du " superficiaire " sur le feuillet du droit de superficie, que l'art. 6 du contrat de superficie fait référence à la cessation de l'activité du superficiaire et non à la cessation de l'exploitation d'un hôtel-restaurant et que, finalement, le contrat ne prévoyait aucune obligation en lien avec l'exploitation de l'hôtel-restaurant, comme c'était fréquemment le cas dans les régions touristiques, ni n'exigeait une exploitation continuelle ou continue. Selon la

recourante, en tenant compte du contexte dans lequel le droit de superficie s'inscrivait, le terme " cessation " d'activité ne devait être compris que dans le sens de cessation définitive.

Par cette critique, la recourante se limite à opposer sa propre interprétation du contrat et des indications figurant au registre foncier à celle de la cour cantonale, en reprenant en grande partie son argumentation d'appel. Ce faisant, elle ne démontre pas que la cour cantonale aurait abusé de son pouvoir d'appréciation ou violé le droit en considérant que le superficiaire était tenu contractuellement de maintenir l'exploitation d'un hôtel-restaurant, étant par ailleurs relevé que la recourante ne s'en prend pas à l'argument de la cour cantonale selon lequel son interprétation de l'obligation d'exploiter n'importe quelle activité ferait doublon avec la situation décrite juste après dans le contrat. Autant que recevable, le grief doit être rejeté.

## **7.2**

**7.2.1** Invoquant une violation de la maxime des débats, la recourante estime que la cour cantonale a méconnu tant les conclusions que les allégués de la commune en prenant en considération les périodes antérieures à la mi-avril 2016 pour apprécier sa " cessation d'activité ", la commune s'étant uniquement prévaluée de la non-exploitation actuelle.

**7.2.2** En réponse à cette critique déjà soulevée en appel contre le jugement de première instance, la cour cantonale a indiqué que s'il était vrai que la commune avait formellement réagi en mars 2016 en adressant une lettre à la superficiaire pour lui reprocher une occupation illégale du bâtiment, il n'en demeurerait pas moins que, dans sa demande, elle avait allégué que l'établissement n'était plus exploité depuis plusieurs années, de sorte que l'on ne pouvait pas reprocher au Tribunal civil d'avoir examiné la période antérieure à avril 2016.

Dès lors que la recourante ne s'en prend pas à cette motivation, sa critique est irrecevable (cf. supra consid. 2.1).

## **7.3**

**7.3.1** La recourante indique que, dans l'hypothèse où il y avait lieu de s'intéresser aux périodes avant avril 2016, les autorités précédentes avaient renversé le fardeau de la preuve en admettant que l'hôtel n'avait pas été exploité entre le 1<sup>er</sup> avril et le 31 décembre 2011, dès lors qu'elle avait exposé en détail la manière dont l'exploitation s'était déroulée et qu'il aurait appartenu à la commune de prouver une

absence d'exploitation, ce qu'elle n'avait pas fait. Elle avait par ailleurs justifié à l'allégué 307 de sa réponse, non contesté, pourquoi elle n'avait pas exploité l'hôtel, de sorte qu'il était arbitraire de retenir que cette exploitation était inexpliquée.

Le grief de violation du fardeau de la preuve doit être d'emblée écarté pour le motif déjà mentionné (cf. supra consid. 6.1). Il en va de même du grief d'arbitraire, dès lors qu'il ne ressort pas de l'arrêt querellé que la cour cantonale aurait relevé que l'absence d'exploitation pendant la période précitée serait inexpliquée. En effet, la cour cantonale a indiqué (arrêt querellé, p. 18 et 19) que l'appelante soutenait en appel que l'absence de location du bâtiment entre avril et fin décembre 2011 était due au fait qu'elle ne trouvait pas un nouveau locataire et qu'aucune partie n'avait allégué que cette carence lui était imputable, alors que l'intimée prétendait pourtant dans sa demande que l'hôtel-restaurant n'était plus exploité depuis plusieurs années, faits qu'elle reprochait directement à l'appelante, ce qui était en l'état suffisant.

**7.3.2** La recourante estime que les autorités précédentes ont versé dans l'arbitraire en considérant que l'hôtel était exploité contrairement à son but du 1<sup>er</sup> avril 2009 à fin mars 2011 et, ainsi, en incluant cette période pour juger de la gravité de la faute.

Pour la période précitée et, plus généralement, pour la période durant laquelle la prostitution régnait également dans le bâtiment, la cour cantonale a relevé que la superficiaire faisait valoir que les activités de prostitution ne représentaient qu'une faible part et que l'exploitation de l'hôtel-restaurant perdurait en dépit de cela. Cela étant, elle a retenu que la superficiaire ne remplissait pas pleinement son obligation d'exploiter de façon conforme le bâtiment ou de faire cesser de tels agissements comme bailleresse.

La recourante expose à nouveau que la prostitution ne présentait qu'une faible part de l'activité et qu'elle n'empêchait pas l'exploitation du restaurant et de l'hôtel conformément au but initial. Elle relève par ailleurs que la prostitution était déjà exercée entre 2003 et 2011 dans le bâtiment, au vu et au su de la commune, qui a accepté que l'hôtel soit en partie utilisé comme tel, et que le contrat ne l'interdisait pas; elle en déduit que cette activité n'était pas illégale, en précisant au surplus qu'elle n'est pas contraire aux mœurs. Pareille argumentation, reprenant en grande partie la teneur du mémoire d'appel, ce qui n'est en principe pas admissible (cf. supra consid. 2.1), ne remet pas en cause l'appréciation de la cour cantonale selon laquelle la recourante

ne remplissait pas pleinement son obligation contractuelle d'exploiter un hôtel-restaurant du 1<sup>er</sup> avril 2009 à fin mars 2011, étant rappelé que les critiques de la recourante sur la portée ou le maintien de cette obligation ont été écartées (cf. supra consid. 7.1).

#### **7.4**

**7.4.1** La recourante relève que, pour la période d'avril 2016 à juin 2017, il était admis que l'hôtel-restaurant n'avait pas été exploité. Elle soutient néanmoins que si le Tribunal civil estimait que l'absence d'exploitation lui était imputable, la cour cantonale n'avait pas examiné cette question; celle-ci s'était contentée d'affirmer que le superficiaire avait tort de prétendre n'avoir jamais cessé son activité depuis la mi-avril 2016, dès lors que la recherche de locataires et le développement du projet " F.\_\_\_\_\_ " étaient des activités qui ne correspondaient pas à celles exigées par son obligation d'exploiter l'hôtel-restaurant. Selon la recourante, un tel raisonnement était choquant, étant donné qu'un propriétaire ne pouvait exercer son droit de retour qu'en cas de violation grave des obligations contractuelles du superficiaire; or, la recherche de nouveaux exploitants ne pouvait pas raisonnablement être assimilée à une cessation d'activité et la qualification de faute devait être admise uniquement dans l'hypothèse où aucune recherche d'un nouvel exploitant n'était entreprise, ce qui n'était pas le cas en l'occurrence. La recourante mentionne encore que M. J.\_\_\_\_\_, qui avait visité le bâtiment en juin 2017, avait fait une offre en janvier 2018 pour exploiter l'hôtel-restaurant, ce qui confirmait que ses démarches avaient porté leurs fruits et que l'état du bâtiment permettait la location. Elle indique enfin que la continuation de ses activités était également démontrée par le fait que, comme l'avait expliqué H.\_\_\_\_\_, elle avait envisagé comme alternative de rénover l'hôtel et qu'en raison de sa volonté de poursuivre le projet " F.\_\_\_\_\_ ", elle ne souhaitait pas que les baux aient une durée supérieure à deux ans.

**7.4.2** Selon l'arrêt querellé, les explications de la recourante sur la durée maximale des baux avaient été écartées par le Tribunal civil car la recourante était à l'origine du projet " E.\_\_\_\_\_ " qui avait débouché sur le projet " F.\_\_\_\_\_ " et qu'il lui appartenait ainsi de gérer l'avancée de celui-ci et sa compatibilité avec ses obligations contractuelles dont elle n'était nullement libérée. Il ne ressort par ailleurs pas des constatations de l'arrêt querellé qu'un dénommé J.\_\_\_\_\_ avait présenté une offre (cf. supra consid. 2.2).

Cela étant, en tant que la recourante soutient que la recherche d'un exploitant doit être assimilée à une exploitation, elle ne fait à nouveau qu'opposer sa propre interprétation du contrat à celle de la cour cantonale, sans parvenir à démontrer un abus du pouvoir d'appréciation de celle-ci, la recourante admettant que l'hôtel-restaurant n'avait plus été exploité depuis mi-avril 2016, soit pendant plus de quatorze mois au moment de l'exercice du retour anticipé. Au surplus, il n'y a pas lieu d'accorder plus ample examen à la considération de la recourante selon laquelle sa recherche active d'exploitants ne pouvait pas constituer une faute grave – que les autorités précédentes ont justifié par la durée significative durant laquelle l'hôtel n'avait pas (ou mal) été exploité ainsi que par la situation privilégiée de celui-ci et par son importance pour l'image touristique de la ville –, dès lors qu'elle est essentiellement appellatoire et qu'elle concerne la recherche d'exploitants et non l'obligation d'exploiter en tant que telle.

Il résulte de ce qui précède que, pour autant que recevables, les critiques de la recourante en lien avec la violation de l'obligation d'exploiter l'hôtel-restaurant doivent être rejetées.

## **8.**

**8.1** Invoquant une violation des art. 102 ss CO et de l'art. 779f CC, la recourante estime que les règles sur la mise en demeure et ses conséquences n'ont pas été respectées. En substance, elle indique n'avoir reçu aucune mise en demeure valable. Son courrier du 29 mars 2017 montrait qu'elle n'avait pas perçu celui de la commune du 9 mars 2017 comme telle et il était insoutenable au vu de son intitulé et de son contenu d'interpréter ce courrier-ci ainsi. À titre subsidiaire, la recourante ajoute que même à admettre que le courrier de la commune constituait bel et bien une mise en demeure, sa réponse du 29 mars apportait une réponse aux différents points soulevés, en évacuant les reproches sur l'état des constructions et sur la non-exploitation de l'hôtel. Par ailleurs, le courrier subséquent du 10 avril 2017 de la commune ne maintenait pas cette prétendue mise en demeure. Toujours dans l'hypothèse où il fallait admettre que le courrier du 9 mars 2017 était une interpellation en bonne et due forme, la recourante précise qu'il fallait encore, s'agissant d'une relation synallagmatique, qu'elle soit en demeure qualifiée pour permettre la résiliation du droit, ce qui conformément à l'art. 107 al. 2 CO supposait que la commune lui fixe un délai supplémentaire (de grâce) afin qu'elle s'exécute. Or, il n'en était rien. La recourante fait valoir au surplus qu'il serait arbitraire d'admettre que les conditions de l'art. 108 CO étaient remplies, dès lors que la cour cantonale avait renoncé à examiner

cette question et qu'il était par ailleurs impossible aujourd'hui de déterminer quelle aurait été sa réaction si une mise en demeure qualifiée lui avait été notifiée en bonne et due forme.

**8.2** La cour cantonale a relevé que, bien que courtois, le courrier de la commune du 9 mars 2017 indiquait clairement que celle-ci considérait que la superficiaire ne respectait pas ses obligations contractuelles, lui signifiant en outre la conséquence de ce non-respect, à savoir qu'elle était en droit d'exiger le retour anticipé. Même si la mention de cette conséquence n'était pas nécessaire dans une interpellation, elle ne faisait que renforcer la position affichée par la commune, ainsi que sa bonne compréhension pour le destinataire. On peinait ainsi à suivre la superficiaire et son administrateur lorsqu'ils affirmaient que ce courrier n'était qu'une simple demande de renseignements. Certes, la commune lui demandait où en était le projet " E. \_\_\_\_\_ " et ce qu'elle entendait faire jusqu'au début de la saison touristique 2017, mais elle lui signifiait au préalable expressément qu'elle considérait qu'elle ne respectait pas ses obligations contractuelles, tout en lui en rappelant la conséquence. Toujours selon la cour cantonale, c'était par ailleurs à juste titre que le Tribunal civil avait retenu qu'un terme avait été implicitement avancé par la commune dans ce courrier, dès lors que celle-ci demandait à G. \_\_\_\_\_ de se prononcer sur ses intentions en lien avec la saison touristique 2017 et de répondre dans les meilleurs délais. En outre, la superficiaire pouvait clairement comprendre que le contexte du projet de réaménagement, dont elle se prévalait et que le courrier mentionnait aussi expressément, ne minimisait pas la portée dudit courrier aux yeux de la commune: le courrier ne faisant pas de lien entre le projet et les violations contractuelles avancées, on devait comprendre qu'il s'agissait de deux thématiques différentes. L'on ne pouvait non plus rien tirer du fait que la commune avait intitulé son courrier " état " et non pas " interpellation "; ce qui comptait était plutôt le contenu de celui-ci. De surcroît, la réponse du 29 mars 2017 de I. \_\_\_\_\_ – en tant que mandataire de la recourante –, de même que la lettre de la commune du 10 avril 2017, n'annihilaient pas la portée du courrier du 9 mars 2017. En effet, dans son courrier de réponse, I. \_\_\_\_\_ ne contestait pas véritablement que les obligations contractuelles n'étaient pas remplies, à tout le moins elle n'avait pas fourni d'explications démontrant clairement le contraire de ce que la commune reprochait. Dans sa lettre du 10 avril 2017, la commune se disait interpellée par la réponse donnée, réfutait toute responsabilité quant à l'état des chambres et rappelait les raisons de son refus quant à la proposition du dernier locataire qui voulait utiliser l'hôtel à des fins de prostitution.

Même si elle affirmait que " cet endroit méritait d'être valorisé " et concluait " en espérant que la situation évolue de manière favorable ", elle ne revenait pas sur ses reproches précédemment formulés relatifs aux violations des obligations contractuelles ni sur la conséquence annoncée. Au vu de ces éléments, la cour cantonale a considéré que le courrier de la commune du 9 mars 2017 constituait une interpellation suffisante, pour autant que cette formalité était nécessaire.

**8.3** La présente affaire suppose de déterminer à quelles conditions formelles est soumis l'exercice du droit de retour anticipé d'un droit de superficie.

### **8.3.1**

**8.3.1.1** Les art. 779f ss CC n'énoncent pas de délai à respecter pour faire valoir le droit au retour anticipé, pas plus qu'ils n'exigent de la part du propriétaire d'impartir préalablement un délai au superficiaire pour qu'il remédie à la violation de ses obligations. Ces questions n'ont jamais été tranchées par le Tribunal fédéral (s'agissant de l'éventuel délai à respecter, voir arrêt 5A\_658/2019 du 7 juillet 2020 consid. 4.2.2).

**8.3.1.2** Plusieurs auteurs préconisent d'appliquer un délai de trois mois, dès la connaissance de la violation du droit, correspondant au délai d'exercice des droits de préemption conventionnels et légaux des art. 216e CO et 681a al. 2 CC (PAUL PIOTET, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, in *Traité de droit privé suisse*, vol. V/3, 1978, p. 85 note infrapaginale 45; DENIS PIOTET, Les droits réels limités en général, les servitudes et charges foncières, in *Traité de droit privé*, tome V/II, 2<sup>e</sup> éd. 2012, n. 465; BENNO HENGGELER, Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall [Art. 779c ff. ZGB], 2004, p. 171 ss). Cette position est notamment motivée par le fait que l'ayant droit d'un droit de retour dispose, comme le titulaire d'un droit de préemption, de la possibilité d'exiger unilatéralement qu'un immeuble lui soit transféré et qu'il est libre ou non de faire usage de cette faculté, la fixation d'une limite temporelle assurant en outre une sécurité juridique (HENGGELER, op. cit., p. 172).

Une autre partie de la doctrine considère qu'en raison de la portée importante du retour anticipé, il convient d'appliquer l'art. 107 CO par analogie (PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, tome III, 5<sup>e</sup> éd. 2021, p. 144 n. 3851; *Le même*, Retour anticipé et extinction du droit de

superficie, in *Droit de superficie et leasing immobilier*, 2011 (cité ci-après: *Retour anticipé*), p. 87 s.; ISLER/GROSS, in *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 7<sup>e</sup> éd. 2023, n° 10 ad art. 779f CC; STEPHAN SPYCHER, in OFK, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4<sup>e</sup> éd. 2021, n° 8 ad art. 779h CC; PETER ISLER, *Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung*, 1973, p. 130; cf. également HANS-ULRICH FREIMÜLLER, *Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte*, 1967, p. 83). Selon STEINAUER (*Retour anticipé*, p. 87 s.), comme les conséquences du retour anticipé pour le superficiaire sont les mêmes que celles d'une résolution du contrat, il se justifie d'appliquer par analogie l'art. 107 CO et d'exiger du propriétaire qu'il mette le superficiaire en demeure de mettre fin à la violation du contrat et qu'il lui fixe un délai dans ce but (délai de grâce). Hormis le respect du délai de prescription ordinaire de dix ans (art. 127 CO) lorsque le droit de retour est fondé sur une violation contractuelle du contrat de superficie, cet auteur ne pose aucune exigence quant au délai à respecter pour mettre en oeuvre le droit de retour; lorsque le superficiaire excède son droit réel, il précise que le droit de retour peut être exercé aussi longtemps que dure l'excès conformément aux règles générales applicables en matière de violation des droits réels, les règles de l'abus de droit interdisant toutefois au superficiant d'exiger le retour lorsqu'il a toléré trop longtemps la violation sans réagir. Dans le même sens, ISLER et GROSS (op. cit., n° 10 ad art. 779f CC) estiment qu'une tolérance trop longue du superficiant à l'égard d'une situation manifestement contraire au contrat doit normalement être considérée comme un consentement tacite ou, du moins, comme une renonciation à l'exercice du droit de retour. Reprenant l'avis de ces deux derniers auteurs, SPYCHER (op. cit., loc. cit.) ajoute que le superficiaire doit exercer son droit de retour dans un délai raisonnable à partir du moment où il a connaissance ou aurait dû connaître les graves violations du superficiaire. Se référant aux art. 107 et 214 al. 3 CO, FREIMÜLLER (op. cit., p. 83) déduit en revanche de l'application des règles sur le droit de résiliation en matière contractuelle que le propriétaire grevé est tenu d'annoncer immédiatement le retour dès la violation du droit. Par ailleurs, ISLER et GROSS (op. cit., n° 10 ad art. 779f CC) soutiennent que l'exigence de déclaration immédiate posée par l'art. 107 al. 2 CO à l'expiration du délai de grâce n'a pas à être appliquée trop strictement, mais qu'en principe un délai de trois mois pour faire cette déclaration apparaît cependant trop long.

### 8.3.2

**8.3.2.1** Les auteurs qui se réfèrent aux règles sur le droit de préemption abordent la question du délai dans lequel le droit de retour doit être exercé dès la violation de ses obligations par le superficiaire; s'ils rejettent l'application de l'art. 107 CO, ils ne disent pas spécifiquement si, selon eux, le superficiant doit ou non interpeller au préalable le superficiaire lorsqu'il constate une violation; les similitudes mentionnées avec le droit de préemption concernent plus la situation dans laquelle se trouve son titulaire au moment d'exercer son droit que l'exercice du droit lui-même.

Cela étant, une application par analogie des règles de la demeure qualifiée doit être préférée à celles du droit de préemption. Il est en effet indiscutable que l'exercice du droit de retour anticipé résulte d'une violation par le superficiaire de son droit réel ou de ses obligations contractuelles et que le superficiant et le superficiaire se trouvent dans un rapport synallagmatique partiellement soumis aux droits des obligations. Vu les conséquences importantes de l'exercice d'un droit de retour pour le superficiaire, une application de l'art. 107 CO apparaît plus à même de garantir sécurité et prévisibilité dans les rapports juridiques; elle est également mieux adaptée lorsque le superficiaire viole de manière répétée et/ou durable ses obligations. Il convient ainsi de considérer que le superficiant doit mettre en demeure le superficiaire de rétablir la situation conforme au droit ou à ses obligations contractuelles en lui impartissant un délai de grâce à cet effet. Cette formalité ne saurait toutefois être imposée lorsqu'il apparaît d'emblée, eu égard à l'attitude du superficiaire, qu'elle restera sans effet (art. 108 ch. 1 CO par analogie; SPYCHER, op. cit., n° 8 ad art. 779h CC), ce qui suppose un refus clair et définitif de la part du superficiaire de se mettre en conformité (ATF 110 II 141 consid. 1b; arrêt 5C.152/2003 du 5 février 2004 consid. 4.1.3 non publié in ATF 30 III 302).

L'exigence posée par FREIMÜLLER d'action immédiate dès la connaissance de la violation ne saurait être suivie, dans la mesure où la condition d'avis immédiat pour résoudre le contrat de l'art. 107 al. 2 CO intervient après l'expiration du délai de grâce et non pas au moment où le débiteur se trouve en demeure d'exécution au sens de l'art. 102 CO. Il faut au contraire admettre que, pour autant que les règles sur la prescription ne fassent pas obstacle à l'exercice de ce droit, le superficiant peut se prévaloir de son droit de retour tant que dure la violation, la démonstration par le superficiaire de l'existence d'un consentement tacite ou d'un abus de droit en raison de

l'écoulement du temps étant réservée (en ce sens: SPYCHER, op. cit., n° 8 ad art. 779h CC; ISLER/GROSS, op. cit., n° 10 ad art. 779f CC; STEINAUER, Retour anticipé, p. 87 sv.).

**8.3.2.2** La fixation d'un délai de grâce conformément à l'art. 107 al. 1 CO se fait par le biais d'une sommation adressée au débiteur, attirant son attention sur son retard d'exécution (respectivement sur son inexécution) et lui en enjoignant d'exécuter intégralement son obligation dans le délai fixé; cette sommation doit être clairement exprimée (WOLFGANG WIEGAND, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7<sup>e</sup> éd. 2020, n° 7 ad art. 107 CO et les références; voir également ATF 103 II 102 consid. 1a; 26 II 123/128 consid. 3; OGer ZH, 17.11.2014, HG110021 consid. 3.4.2). Une formulation comme une demande, une invitation ou un ordre n'est pas déterminante; le débiteur doit cependant pouvoir reconnaître de bonne foi que le créancier veut obtenir la prestation en souffrance et qu'il doit le faire dans le délai accordé (ATF 103 II 102 consid. 1a; WEBER/EMMENEGGER, in Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2<sup>e</sup> éd. 2020, n° 62 ad art. 107 CO et les références), ce qui implique l'indication d'un terme précis ou d'un délai fixe (OGer ZH, 17.11.2014, HG110021 consid. 3.4.2; cf. LUC THÉVENOZ, in Commentaire romand, Code des obligations I, 3<sup>e</sup> éd. 2021, n° 11 ad art. 107 CO; WEBER/EMMENEGGER, op. cit., n° 63 ad art. 107 CO et les références).

**8.3.2.3** Vu que le superficiaire peut contrevenir à ses obligations de diverses manières, il n'apparaît pas opportun de fixer abstraitement la durée que le délai de grâce doit avoir. Il convient de s'en tenir au principe de l'art. 107 al. 1 CO selon lequel la durée du délai de grâce doit être "convenable". Le caractère "convenable" de ce délai dépend des circonstances du cas particulier (art. 4 CC), à savoir de la nature de la prestation et de l'intérêt du créancier à sa prompte exécution; le délai est d'autant plus court que l'intérêt du créancier est grand et la prestation facile à fournir (ATF 105 II 28 consid. 3a; 103 II 102 consid. 1b; arrêt 4A\_603/2009 du 9 juin 2010 consid. 2.3).

Le superficiant ne peut valablement exercer son droit de retour que s'il en fait la déclaration immédiate, après l'expiration du délai de grâce (art. 107 al. 2 CO). Le superficiaire doit en effet, comme tout autre débiteur défaillant, pouvoir savoir à quoi il doit s'en tenir et s'il doit encore s'exécuter et prendre des dispositions nécessaires (sur le but de l'exigence de déclaration immédiate, voir notamment arrêt 4A\_141/2017 du 4 septembre 2017 consid. 4.2 et les références

citées, non publié dans ATF 143 III 495). Ce qu'il faut entendre par " déclaration immédiate " doit résulter de l'appréciation de la situation concrète et des intérêts des parties (arrêts 4A\_141/2017 précité loc. cit.; 4A\_603/2009 précité loc. cit.; voir aussi ATF 96 II 47 consid. 2 en lien avec l'art. 214 al. 2 CO).

**8.4** Au vu de ces considérations théoriques, il s'impose de déterminer si en l'espèce la commune a, conformément à l'art. 107 CO, mis en demeure la recourante de remplir ses obligations d'entretien et d'exploitation dans un délai convenable, étant relevé que l'interprétation objective d'une manifestation de volonté selon le principe de la confiance est une question de droit que le Tribunal fédéral peut revoir librement (ATF 144 III 93 consid. 5.2.3 et les références citées; 127 II 248 consid. 3a et les arrêts cités).

Cela n'apparaît pas être le cas. Certes, il ressort de son courrier du 9 mars 2017 que la commune considère que la recourante ne remplit pas ses obligations d'entretien et d'exploitation, en précisant que ces violations peuvent faire l'objet d'un retour anticipé. Toutefois, la commune n'enjoint aucunement la recourante d'entreprendre des travaux ou d'exploiter l'hôtel-restaurant dans un certain délai; elle ne fait que d'indiquer, après avoir constaté ces violations, que " la saison touristique approchant ", elle " aimerait " savoir ce que la recourante " envisage en [*i. e.* de l'hôtel-restaurant] faire ", puis invite " dès lors " celle-ci à lui " donner, dans les meilleurs délais, des informations sur l'exploitation de ce bâtiment et un nouvel état de la situation actuelle du projet « E.\_\_\_\_\_ » ". En particulier et contrairement à ce qu'ont retenu les juridictions précédentes, il n'apparaît pas qu'un terme au début de la saison touristique 2017 ait valablement été fixé à la recourante pour satisfaire à ses obligations. D'une part, il est douteux que la fixation d'un tel terme – que la cour cantonale qualifie d'ailleurs d'" implicite " – respecte les conditions de clarté et de précision susmentionnées (cf. supra consid. 8.3.2.2). D'autre part, on comprend à la lecture du courrier que la commune demandait à la recourante ce qu'elle entendait faire des lieux et de l'hôtel-restaurant jusqu'au début de la saison touristique. La cour cantonale l'admet du reste implicitement lorsqu'elle constate que la commune demandait à la recourante où en était le projet " E.\_\_\_\_\_ " et ce qu'elle entendait faire jusqu'au début de la saison touristique, mais qu'elle lui signifiait au préalable expressément qu'elle considérait qu'elle ne respectait pas ses obligations contractuelles.

Il en résulte que le courrier de la commune du 9 mars 2017 ne contenait pas de mise en demeure conforme aux exigences de l'art. 107 CO. Dans ces circonstances, la commune n'était pas autorisée à exiger le retour du droit de superficie de manière anticipée, sauf à considérer que l'attitude de la recourante rendait cette formalité d'emblée inutile au sens de l'art. 108 ch. 1 CO (supra consid. 8.3.2.1).

**8.5** Si le Tribunal civil avait par surabondance retenu que les circonstances permettaient à la commune de se passer d'une interpellation en application de l'art. 108 ch. 1 CO, la cour cantonale n'a pas examiné si les conditions de cette disposition étaient réalisées. Dès lors que le Tribunal fédéral n'a pas à substituer sa propre appréciation à celle de la cour cantonale quant à l'application de l'art. 108 ch. 1 CO, la cause sera renvoyée à cette autorité pour qu'elle procède à cet examen.

Il n'est pas nécessaire à ce stade de se pencher plus avant sur les griefs d'abus de droit et de violation du principe de la bonne foi soulevés par la recourante à titre subsidiaire.

## **9.**

En définitive, le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable. Le recours en matière civile est admis, l'arrêt querellé annulé et la cause renvoyée à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

La recourante obtient gain de cause, de sorte que l'intimée supportera les frais de la présente procédure (art. 66 al. 1 et 4 LTF) et lui versera une indemnité à titre de dépens (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

**Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

**1.**

Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.

**2.**

Le recours en matière civile est admis, l'arrêt attaqué annulé et la cause renvoyée à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

**3.**

Les frais judiciaires, arrêtés à 15'000 fr., sont mis à la charge de l'intimée.

**4.**

Une indemnité de 17'000 fr., à verser à la recourante à titre de dépens, est mise à la charge de l'intimée.

**5.**

Le présent arrêt est communiqué aux parties, au Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et à la 1<sup>e</sup> Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg.

Lausanne, le 12 décembre 2023

Au nom de la IIe Cour de droit civil  
du Tribunal fédéral suisse

Le Président :

Le Greffier :

Herrmann

Piccinin