



Actes de conférence

2011

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Droit de superficie et leasing immobilier. Deux alternatives au transfert de propriété

Foëx, Bénédicte (ed.)

How to cite

FOËX, Bénédicte, (ed.). Droit de superficie et leasing immobilier. Deux alternatives au transfert de propriété. Genève : Schulthess, 2011. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:18193>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 18:07

Droit de superficie et leasing immobilier

Deux alternatives au transfert
de propriété

François Bellanger
Bénédict Foëx
Sylvain Marchand
Michel Mooser
Maryse Pradervand-Kernen
Paul-Henri Steinauer

Edité par
Bénédict Foëx

Bénédict Foëx (éd.)

Droit de superficie et leasing immobilier



Droit de la propriété

Droit de superficie et leasing immobilier

Deux alternatives au transfert
de propriété

François Bellanger
Bénédict Foëx
Sylvain Marchand
Michel Mooser
Maryse Pradervand-Kernen
Paul-Henri Steinauer

Edité par
Bénédict Foëx



Chambre genevoise immobilière

Schulthess § 2011
ÉDITIONS ROMANDES

Information bibliographique: «Die Deutsche Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2011
ISBN 978-3-7255-6356-2
ISSN Collection genevoise: 1661-8963

www.schulthess.com

Avant-propos

Le droit de superficie et le *leasing* immobilier partagent en tout cas deux caractéristiques : ils permettent une répartition originale des prérogatives entre propriétaire du sol et utilisateur de la construction qui y est érigée ; ils sont tous deux mal connus.

A cela s'ajoute qu'ils connaissent un regain d'intérêt : ces grands propriétaires que sont les collectivités publiques hésitent souvent à revendre leurs parcelles ; elles ne veulent pas pour autant les laisser en jachère. A l'inverse, certains acteurs de la vie économique souhaitent bénéficier de l'usage le plus large d'un bâtiment sans pour autant devenir propriétaire du sol. Le droit de superficie et le *leasing* immobilier constituent tous deux une alternative attrayante au transfert pur et simple de propriété.

Il a donc paru opportun de consacrer un colloque à ces deux institutions. Comme ses sœurs aînées, cette *Journée du droit de la propriété* a rencontré un vif succès. Les exposés aussi intéressants que stimulants présentés à cette occasion paraissent aujourd'hui dans ce volume, munis d'un appareil critique qui les enrichit encore.

C'est un plaisir de remercier chaleureusement les auteurs de ces contributions. Enfin, qu'il nous soit permis de souhaiter ici avec le Comité d'organisation une longue vie à la *Journée du droit de la propriété*!

Bénédict Foëx

Sommaire

Avant-propos	V
Sommaire	VII
Table des matières	IX
Table des abréviations	XV

MICHEL MOOSER

Professeur à l'Université de Fribourg et notaire

Introduction au droit de superficie – la constitution du droit	1
---	---

MARYSE PRADERVAND-KERNEN

Docteur en droit

La valeur du droit de superficie	25
---	----

BÉNÉDICT FOËX

Professeur à l'Université de Genève

Cession du droit de superficie et droits de préemption légaux de l'art. 682 al. 2 CC	49
---	----

PAUL-HENRI STEINAUER

Professeur à l'Université de Fribourg

Retour anticipé et extinction du droit de superficie	67
---	----

FRANÇOIS BELLANGER

Professeur à l'Université de Genève et avocat

Le droit de superficie en droit public	95
---	----

SYLVAIN MARCHAND

Professeur ordinaire à l'Université de Genève et professeur associé à l'Université de Neuchâtel

Le leasing immobilier. Un contrat pluriel	113
--	-----

Table des matières

Avant-propos	V
Sommaire	VII
Table des matières	IX
Table des abréviations	XV

MICHEL MOOSER

Introduction au droit de superficie – la constitution du droit	1
Préliminaires	1
Première partie: Introduction au droit de superficie	5
I. Définition	5
II. Une servitude	5
III. Le rapport superficiaire	8
IV. L'objet du droit de superficie	10
A. L'immeuble grevé	10
B. La nature des constructions	11
a. Principes	11
b. L'autonomie des constructions	12
Deuxième partie: La constitution du droit de superficie	15
I. Généralités	15
II. Forme du titre d'acquisition	15
III. Contenu matériel de l'acte authentique	16
IV. La définition du contenu du droit	17
V. La rente superficiaire	18
1. Montant	18
2. Garantie	18
VI. Dispositions concernant le retour des constructions	19
VII. Autres dispositions	20
1. La durée du droit	20
2. La cessibilité du droit	21
3. L'exclusion ou la modification du droit de préemption réciproque	22
Bibliographie	22

MARYSE PRADERVAND-KERNEN

La valeur du droit de superficie	25
Introduction	25
§ 1 Les principes généraux de calcul de la valeur des servitudes	25
I. Généralités	25
II. Le calcul de la valeur vénale des immeubles	26
A. Les conditions-cadres de droit public déterminantes pour la valeur vénale d'un immeuble	26
1. L'aménagement du territoire	27
2. La police des constructions	27
B. La détermination de la valeur vénale des immeubles au moyen des méthodes de calcul de l'estimation immobilière	27
1. Généralités	27
2. La méthode comparative ou statistique	28
3. La valeur réelle ou intrinsèque	29
4. La valeur de rendement	30
5. Les relations entre ces méthodes	30
III. Les deux faces du calcul de la valeur objective d'une servitude	31
A. La valeur objective de la servitude pour le propriétaire du fonds servant	31
1. La diminution de valeur de la partie du fonds touchée par la servitude	32
a. La surface touchée	32
b. La valeur vénale de la surface touchée	32
c. La valeur résiduelle de la surface touchée	32
2. La dépréciation de la partie restante	33
B. La valeur objective de la servitude pour son bénéficiaire	33
1. L'augmentation de valeur résultant directement de la servitude	33
2. L'augmentation indirecte de la valeur du reste de la parcelle du fait de la servitude	34
IV. Le point de vue déterminant pour le calcul de la valeur objective d'une servitude	34
A. La fixation de la valeur litigieuse d'un procès portant sur une servitude	34
B. La procédure de double mise à prix dans les enchères forcées	35
C. L'estimation de la valeur vénale d'un immeuble grevé ou au bénéfice d'une servitude et l'ouverture d'une succession	35
§ 2 Le calcul de la valeur du droit de superficie	35
I. Généralités	35
II. Le droit de superficie constitué en servitude foncière	37
A. La valeur de la servitude pour le propriétaire du fonds servant	37

1.	La diminution de valeur de la partie du fonds touchée par la servitude	37
a.	La surface touchée	37
b.	La valeur vénale de la surface touchée	37
c.	La valeur résiduelle de la surface touchée	38
2.	La dépréciation de la partie restante	38
3.	Exemple	39
B.	La valeur de la servitude pour le propriétaire du fonds dominant . . .	40
1.	Les éléments qui permettent de déterminer la valeur de la servitude	40
2.	Le calcul proprement dit	41
3.	Exemple	41
III.	Le droit de superficie constitué en servitude personnelle	42
A.	La situation des parties pendant l'exercice du droit	42
1.	La valeur de la servitude pour le propriétaire du fonds servant . .	42
a.	La diminution de valeur de la partie du fonds touchée par la servitude	42
b.	La dépréciation de la partie restante	43
c.	Exemple	43
2.	La valeur de la servitude pour son bénéficiaire	43
a.	Les principes	44
b.	Exemple	44
B.	La situation convenue par les parties pour l'expiration du droit	44
1.	Le versement d'une indemnité équitable pour le retour des constructions	44
2.	L'absence d'indemnité pour le retour des constructions	45
a.	La construction n'a plus de valeur à la fin du droit	45
b.	La construction conserve une valeur résiduelle	46
3.	Le rétablissement de l'état primitif du fonds	46
C.	Exemple	46
1.	La valeur du droit de superficie pour le propriétaire du fonds servant	47
a.	La valeur de la servitude sans l'indemnité de retour	47
b.	L'indemnité de retour	47
c.	La valeur de la servitude	47
2.	La valeur du droit de superficie pour le bénéficiaire de la servitude	47
a.	La valeur de la servitude sans l'indemnité de retour	47
b.	L'indemnité de retour	47
c.	La valeur de la servitude	47
	Conclusion	48

BÉNÉDICT FOËX

Cession du droit de superficie et droits de préemption légaux de l'art. 682 al. 2 CC	49
Introduction	49
I. La cession du droit de superficie	50
A. Un droit cessible	50
B. Les modalités de la cession	53
C. Effets de la cession	54
D. Alternatives à la cession	57
II. Les droits de préemption légaux de l'art. 682 al. 2 CC	58
A. Généralités	58
B. Titulaires	59
C. Objet	60
D. Modalités d'exercice	61
E. Conséquences juridiques de l'exercice (ou du non-exercice) des droits de préemption de l'art. 682 al. 2 CC	63
Brève conclusion	65

PAUL-HENRI STEINAUER

Retour anticipé et extinction du droit de superficie	67
Introduction	67
I. L'extinction du droit de superficie	68
A. Les causes d'extinction	68
1. L'expiration de la durée pour laquelle le droit a été constitué	68
2. Les autres causes d'extinction	70
B. Les effets de l'extinction	71
1. En cas d'expiration de la durée pour laquelle le droit a été constitué	72
a. Les « constructions font retour au propriétaire du fonds »	72
b. L'extinction des droits grevant le droit de superficie ou profitant à celui-ci	74
c. L'indemnité due au superficiaire et sa garantie	76
1. Le principe légal de l'indemnité équitable	76
2. La garantie de l'indemnité	77
3. Les clauses conventionnelles relatives à l'indemnité	79
d. La protection des créanciers gagistes	83
2. En cas d'extinction pour une autre cause	84
II. Le retour anticipé	86
A. Généralités	86
B. Les conditions du droit de retour anticipé	87

1. Une violation grave de ses devoirs de la part du superficiaire	88
2. Le paiement d'une indemnité équitable au superficiaire	89
C. Les effets du retour anticipé	91
Bibliographie	92

FRANÇOIS BELLANGER

Le droit de superficie en droit public	95
I. Introduction	95
II. L'usage du droit de superficie dans le canton de Genève	96
A. La maîtrise du sol dans les zones industrielles	96
B. La maîtrise du sol dans les autres zones	97
C. La politique du logement	98
III. La place du droit de superficie en droit public	100
A. Les règles applicables aux droits de superficie octroyés par des autorités publiques	101
B. Les conditions du recours à un droit de superficie	104
1. Une base légale	104
2. Les autres conditions	106
3. L'autorité compétente	106
IV. Le statut du « superficiaire » en droit public	106
V. Le contenu des droits de superficie	107
VI. Conclusion	112

SYLVAIN MARCHAND

Le leasing immobilier

Un contrat pluriel	113
I. Introduction : rien à signaler à l'horizon paisible de la liberté contractuelle . .	113
II. Essai de définition et typologie des contrats de leasing immobilier	114
a. Définition par rapport au leasing mobilier	114
b. Définition par rapport aux obligations des parties	114
c. Définition par rapport au but économique recherché par les parties	116
III. Rapport du contrat de leasing avec les règles sur le contrat de bail	119
a. L'enjeu du droit impératif	119
b. Application potentielle des règles sur le contrat de bail	120
c. Aspect procédural	122
IV. Rapport du contrat de leasing avec les règles sur la vente	122

a. Forme	122
b. Durée	123
c. Garantie pour les défauts	124
V. Le contrat de leasing en cas d'insolvabilité d'une des parties	125
a. Insolvabilité du preneur	125
b. Insolvabilité du donneur de leasing	127
VI. Conclusion	127
Annexe : Structures contractuelles	129
1. Leasing comme opération d'acquisition	129
2. Sale and Leaseback	129
3. Leasing constitué sur un droit de superficie	130

Table des abréviations*

AFU	Arrêté fédéral urgent
al.	alinéa
art.	article(s)
ASRF	Autorité de surveillance du registre foncier
ATA	Arrêt du Tribunal administratif
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
B&F	Banque et finance
BK	<i>Berner Kommentar</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BJM	<i>Basler Juristische Mitteilungen</i>
BISchK	<i>Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs</i>
BN	<i>Der Bernische Notar</i>
BSK	<i>Basler Kommentar</i>
BVR	<i>Bernische Verwaltungsrechtsprechung</i>
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCS	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
CdB	Cahiers du bail
Cf.	<i>confer</i>
CFB	Commission fédérale des banques
ch.	chiffre
CHF	Francs suisses
CHK	<i>Handkommentar zum Schweizer Privatrecht</i>
CO	Code des obligations (Loi fédérale complétant le Code civil suisse [Livre cinquième: Droit des obligations], du 30 mars 1911 (RS 220)
cons.	considérant
consid.	considérant
CPC	Code de procédure civile suisse, du 19 décembre 2008 (RS 272)

* Liste établie par M. Alexandre Alvarez, assistant à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

CPCN	Code de procédure civile neuchâtelois, du 30 septembre 1991 (RS-NE 251.1)
cpr	comparer
CR-CO	Commentaire romand du code des obligations
CSEA	Collège Suisse des Experts Architectes
Cst-GE	Constitution genevoise, du 24 mai 1847 (RS-GE 131.234)
DC	Droit de la construction
éd.	édition, éditeurs
Eidg.	<i>Eidgenössische</i>
FF	Feuille fédérale
FTI	Fondation pour les terrains industriels de Genève
HM	habitation mixte
IR	indemnité de retour
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des tribunaux
LaLAT	Loi genevoise d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 4 juin 1987 (RS-GE L 1 30)
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie, du 18 mars 1994 (RS 832.10)
LCC	Loi fédérale sur le crédit à la consommation, du 23 mars 2001 (RS 221.214.1)
LEne	Loi fédérale sur l'énergie, du 26 juin 1998 (RS 730.0)
let.	lettre
LEx	Loi fédérale sur l'expropriation, du 20 juin 1930 (RS 711)
LFAIE	Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, du 16 décembre 1983 (RS 211.412.41)
LGL	Loi genevoise générale sur le logement et la protection des locataires, du 4 décembre 1977 (RS-GE I 4 04)
LGZD	Loi genevoise générale sur les zones de développement, du 29 juin 1957 (RS-GE L 1 35)

LGZDI	Loi genevoise générale sur les zones de développement industriel, du 13 décembre 1984 (RS-GE L 1 45)
litt.	<i>littera</i>
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1989 (RS 281.1)
LUP	Loi genevoise pour la construction de logements d'utilité publique, du 24 mai 2007 (RS-GE I 4 06)
N	numéro
n.	numéro, note
n°	numéro
NB	Le Notaire bernois
N.B.	<i>nota bene</i>
nbp	note de bas de page
nn.	notes
nos	numéros
OMO	Ordonnance du Conseil fédéral sur la mensuration officielle, du 18 novembre 1992 (RS 211.432.2)
op. cit.	<i>opere citato</i>
ORF	Ordonnance du Conseil fédéral sur le registre foncier, du 22 février 1910 (RS 211.432.1)
ORFI	Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles, du 23 avril 1920 (RS 281.42)
p.	page
PJA	Pratique juridique actuelle
pp.	pages
P+R	parkings + relais
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
réf.	référence(s)
REP	<i>Repertorio di giurisprudenza Patria</i>
resp.	respectivement
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RS	Recueil systématique du droit fédéral

RSAA	Règlement genevois relatif à la signature des actes authentiques et autres actes concernant le domaine immobilier, du 28 novembre 2007 (RS-GE B 3 20.03)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	et suivant(e)
SEK	<i>Schweizerische Schätzungsexperten-Kammer</i>
SJ	Semaine judiciaire
SJZ	<i>Schweizerische Juristen-Zeitung</i>
ss	et suivant(e)s
sv.	et suivant(e)
SVIT	<i>Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft</i>
SVKG	<i>Schweizerische Vereinigung kantonaler Grundstückbewertungsexperten</i>
T.	tome
TC Ju	Tribunal cantonal du Jura
TEGoVA	<i>The European Group of Valuers' Associations</i>
TF	Tribunal fédéral
TFJC	Tarif des frais judiciaires en matière civile du canton de Vaud, du 4 décembre 1984 (RS-VD 270.11.5)
TVA	taxe sur la valeur ajoutée
USECE	Union suisse des experts cantonaux en matière d'évaluation des immeubles
V.	voir
vol.	volume
ZGB	<i>Zivilgesetzbuch</i>
ZR	<i>Blätter für zürcherische Rechtsprechung</i>

INTRODUCTION AU DROIT DE SUPERFICIE – LA CONSTITUTION DU DROIT

MICHEL MOOSER

Préliminaires

Le Code civil de 1907 ne comportait que deux dispositions sur le droit de superficie: les art. 675 et 779. Le législateur n'avait guère imaginé que la possibilité d'utiliser cette servitude pour des ouvrages d'importance secondaire, comme des caves, des hangars ou d'autres bâtiments annexes¹. Mais, au cours des années, la pratique a cherché à se servir de cette institution pour répondre à d'autres besoins de la vie économique et sociale et lui a donné une tout autre fonction. Des communes ont eu recours au droit de superficie pour réaliser une politique de logements à loyers modérés². Des particuliers ont aussi pensé que le droit de superficie leur permettrait de garder la maîtrise de leurs fonds et d'en réserver la plus-value, tout en donnant à des tiers la possibilité d'y construire des bâtiments. La réglementation sommaire de 1907 s'est dès lors rapidement révélée insuffisante. De nombreuses questions ne recevaient pas de solution, notamment quant aux rapports du propriétaire du sol et du superficiaire avec leurs créanciers gagistes et quant à la délicate question de la garantie de la rente superficielle³. C'est en 1963 qu'un projet de révision a été présenté aux Chambres fédérales. La révision fut votée le 19 mars 1965. La nouvelle réglementation est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1965.

Comme le relève le Tribunal fédéral⁴, le droit de superficie a connu une diffusion extraordinaire, devenant en maints endroits la forme juridique presque

¹ ISLER, n. 1 ad art. 779.

² FRIEDRICH, p. 4; ISLER, n. 2 ad art. 779.

³ STEINAUER, p. 95, n. 2517; voir également PIOTET, pp. 79 ss. Pour une présentation historique détaillée, voir RUEDIN, pp. 19 ss.

exclusive dans laquelle le sol est mis à disposition pour de nouvelles constructions ou des transformations ; il a de nos jours une portée économique et sociale considérable. Ce droit est utilisé aussi bien par les particuliers que par les collectivités publiques (voir la contribution de M. François Bellanger) ; pour ces dernières, il constitue un instrument essentiel de la politique de l'aménagement et du logement. Le plus souvent, il prend la forme d'un droit distinct et permanent et peut à ce titre être constitué pour 100 ans.

Cette réglementation a donc maintenant un peu moins de 45 ans. Les questions qu'elle a soulevées et les arrêts auxquels elle a pu donner lieu concernent principalement la constitution du droit et la « vie » de celui-ci, notamment l'adaptation de la rente superficière. En revanche, les difficultés relatives à l'extinction du droit de superficie sont encore à venir.

Une fois qu'il a pris naissance, la vie et la mort (l'extinction) du droit de superficie sont régis par deux sortes de dispositions : les dispositions légales d'une part, les règles conventionnelles d'autre part. Ces dernières sont généralement celles qui ont été adoptées au moment de la constitution du droit. C'est dire leur importance⁵.

C'est précisément pour cette raison que le législateur fédéral a imposé la forme authentique pour la constitution de la plupart des droits de superficie, en exigeant l'intervention d'un notaire. Cette constitution exige de la part de l'officier public et des parties une capacité d'abstraction et d'anticipation que n'appellent pas des actes dont l'exécution est immédiate et définitive, à l'image par exemple de la vente. En réalité, il appartient au notaire et aux parties de ne pas créer de véritables « bombes à retardement ».

La présente contribution consistera en une introduction au droit de superficie et en une présentation relative à la constitution du droit. Les contributions de M. Bénédicte Foëx et de Mme Maryse Pradervand-Kernen concerneront plutôt la vie du droit, tandis que M. Paul-Henri Steinauer consacra sa conférence, outre au retour anticipé, à l'extinction du droit.

Certaines dispositions sur le droit de superficie font l'objet d'une modification, opérée à l'occasion de la grande révision en cours sur les droits réels. Ces modifications seront évoquées. Les deux Conseils se sont maintenant prononcés, le Conseil national le 27 avril 2009. Ils ont suivi, en relation avec toutes les dispositions portant sur le droit de superficie, la proposition du Conseil fédéral, telle qu'elle résultait du Message du 27 juin 2007⁶, à l'exception de celle qui

⁴ ATF 106 II 56 = JdT 1980 I 279.

⁵ Voir à propos de l'interprétation des contrats constitutifs, ISLER, n. 13 ad art. 779a et la présentation générale de HOHL Fabienne, Le contrôle de l'interprétation des servitudes par le Tribunal fédéral, in RNRF 2009, pp. 73 ss.

⁶ FF 2007, pp. 5015 ss.

porte sur la forme (art. 779 a). Cette divergence devrait être réglée cette année encore.

Observons en passant que, depuis le 1^{er} janvier 2004, un droit de superficie peut également concerner des plantes isolées ou des plantations (art. 678 al. 2 et 3). Il n'en sera pas question dans la présente contribution.

PREMIERE PARTIE: INTRODUCTION AU DROIT DE SUPERFICIE

I. Définition

Le *droit de superficie* est la servitude en vertu de laquelle une personne a la faculté « d'avoir ou de faire des constructions, soit sur le fonds grevé, soit au-dessous » (art. 779 al. 1 CC⁷). Il donne ainsi le moyen de dissocier la propriété des constructions et permet donc de faire échec au principe de l'accession énoncé à l'art. 667⁸.

La servitude permet ainsi à son titulaire de construire sur l'immeuble grevé et d'acquérir la propriété de ces constructions. Elle donne lieu à deux droits de propriété distincts sur l'immeuble : la propriété du fonds et la propriété des constructions. Le superficiaire se trouve ainsi dans la situation où il a un droit réel limité (sur l'immeuble grevé) et est propriétaire des constructions. Sous ce dernier aspect, il a les actions de la propriété et de la possession ; il peut démolir et reconstruire l'ouvrage⁹. Si le fonds était déjà construit au moment de la constitution du droit, celle-ci a pour effet que la propriété de ces constructions passe au superficiaire¹⁰. Si le propriétaire grevé entend se réserver une part de propriété collective du bâtiment, il doit être cotitulaire de la servitude de superficie¹¹.

II. Une servitude

Conformément à la définition donnée ci-dessus, le droit de superficie est une servitude, soit, dans le système des droits réels aménagé par le Code civil, *un droit réel limité*.

⁷ Sauf indications contraires, les dispositions citées sont celles du Code civil.

⁸ STEINAUER, p. 93, n. 2513.

⁹ ATF 111 II 134 = JdT 1986 I 627.

¹⁰ ISLER, n. 10 ad art. 779 ; ATF 133 III 311.

¹¹ ATF 133 III 311/318.

En soi, le droit de superficie peut être une *servitude foncière ou personnelle*¹² :

- S'il s'agit d'une *servitude foncière*, son titulaire est défini par son droit de propriété sur un immeuble (le fonds dominant). Il y a donc interdépendance entre la propriété d'un fonds et la propriété d'une construction aménagée sur un autre fonds (ce dernier appartenant en principe à un tiers). Généralement, une telle formule n'est utilisée que lorsque la construction « dépendante » revêt un caractère secondaire par rapport au fonds dominant. C'est ainsi qu'un tel droit peut avoir pour objet un garage, une portion d'un garage souterrain (il y a alors empiètement) ou un mur de soutènement. Le droit est alors constitué sans limitation de temps (cpr art. 7791). Mais il est admis que son assiette ne peut, au risque de priver la propriété du fonds grevé de toute substance, correspondre à l'intégralité de celui-ci. La servitude foncière de superficie est régie par l'art. 675 et les art. 730 ss à 744 ; une immatriculation n'est pas possible.
- S'il s'agit d'une *servitude personnelle*, son bénéficiaire est défini indépendamment du droit de propriété sur un fonds ; le droit est régi par les art. 779 ss ; ce sont ces dispositions qui ont été introduites en 1965. C'est la forme principale d'utilisation de la servitude de superficie.

La servitude personnelle de superficie peut être aménagée en *immeuble*, au sens du Code civil (art. 779 al. 3) ; elle participe alors au régime de la propriété foncière (cf. art. 655 al. 1). Pour cela, elle doit présenter les caractéristiques d'un droit distinct et permanent, immatriculé au registre foncier (art. 655 al. 2 ch. 2). Cela suppose la réunion de *trois conditions* cumulatives :

- 1 Le droit doit être *distinct*. Il faut qu'il « ne soit établi ni en faveur d'un fonds dominant ni exclusivement en faveur d'une personne déterminée ». Cette exigence, qui figure actuellement à l'art. 7 al. 2 ch. 1 ORF, sera transposée, à la faveur du nouveau droit, dans le Code civil et figurera sans modification à l'art. 655 al. 3 ch. 1. C'est cette règle qui exclut l'immatriculation des servitudes foncières. S'agissant des servitudes personnelles, elle limite également les possibilités d'obtenir l'immatriculation à partir du moment où le caractère cessible n'est plus donné (infra 2^{ème} partie, VII.2.).
- 2 Le droit doit être *permanent*, c'est-à-dire « établi pour trente ans au moins ou pour une durée indéterminée ». Cette exigence, qui figure actuellement à l'art. 7 al. 2 ch. 2 ORF, sera également transposée dans le Code civil (art. 655 al. 3 ch. 2). Le délai de trente ans commence à courir dès la requête d'immatriculation, non pas dès la constitution du droit. Si celui-ci a été constitué pour 40 ans dès le 1^{er} janvier 1990, il ne peut faire l'objet d'une immatriculation si la requête dans ce sens n'a lieu que le 8 mai 2009.
- 3 Le droit doit être *immatriculé*. A la différence des parts de copropriété d'un immeuble (art. 655 al. 2 ch. 4), les droits de superficie distincts et perma-

¹² ISLER, nn. 7 s. ad art. 779 ; SCHMID, p. 290 ; STEINAUER, p. 95, n. 2518 ; ATF 133 III 311/316.

nents n'ont le caractère d'immeubles que si une demande est faite dans ce sens. Conformément à l'art. 7 al. 1 ORF, c'est le bénéficiaire (et non pas le propriétaire de l'immeuble grevé) qui requiert l'immatriculation et est dès lors maître de celle-ci.

Même si elle n'exerce aucune influence sur le contenu matériel du droit de superficie¹³, qui demeure une servitude¹⁴, l'immatriculation a diverses *conséquences*; on en relèvera cinq :

- 1 Le droit est régi par les règles applicables à la propriété foncière (art. 655 ss) ; son transfert doit en particulier avoir lieu en la forme authentique (art. 657) et l'inscription du cessionnaire est constitutive.
- 2 Le droit peut être grevé de droits réels immobiliers¹⁵, en particulier d'autres droits de superficie (droits de superficie au second degré)¹⁶ et, s'agissant des gages, de cédules hypothécaires ; cette situation, réclamée le cas échéant par le créancier-gagiste, obligera souvent le superficiaire à demander l'immatriculation.
- 3 Le droit peut être assujéti au régime de la propriété par étages (avant, le cas échéant, la construction du bâtiment)¹⁷. Cette exigence ne figure pas explicitement à l'art. 712d al. 2 ch. 2.
- 4 La réalisation forcée obéit aux règles de la réalisation forcée des immeubles ; l'ORFI est applicable.
- 5 L'immatriculation permet l'inscription de l'hypothèque garantissant le paiement de la rente superficiaire (art. 779i al. 1) ; c'est donc dire qu'il suffit au superficiaire de ne pas demander l'immatriculation pour échapper – du moins en théorie – à cette hypothèque.

En revanche, l'immatriculation (d'un droit distinct et permanent) n'exerce aucune influence sur l'existence du droit de préemption légal (art. 682 al. 2 CC).

Le droit de superficie étant une servitude, il est régi, quant à *son rang*, par les règles générales applicables au rang des droits réels immobiliers. C'est le principe de la priorité dans le temps qui s'applique (« prior tempore, potior jure »). Cette situation peut notamment faire difficulté lorsque le fonds est déjà grevé de gages au moment de la constitution du droit : les créanciers gagistes qui obtiennent la réalisation forcée de l'immeuble grevé en cas d'insolvabilité du propriétaire pourront, à l'occasion d'une procédure de double mise à prix (art. 812 al. 2), obtenir la radiation du droit de superficie dans le cas où leur

¹³ SCHMID, p. 297. L'immatriculation ne joue non plus aucun rôle en matière de responsabilité civile selon l'art. 58 CO (SIMONIUS/SUTTER, p. 127).

¹⁴ ATF 92 I 539 = JdT 1968 I 170.

¹⁵ ISLER, n. 27 ad art. 779.

¹⁶ ISLER, n. 36 ad art. 779 ; SCHMID, p. 302 ; ATF 92 I 539 = JdT 1968 I 170.

¹⁷ BOESCH, n. 2 ad art. 712a ; ISLER, n. 27 ad art. 779 ; SIMONIUS/SUTTER, p. 148 ; VON SEGESSER, p. 35.

créance ne serait pas couverte¹⁸. Le superficiaire qui entend se mettre à l'abri de ce risque devra exiger du propriétaire qu'il obtienne, soit la radiation des gages antérieurs, soit la postposition de ces derniers au droit de superficie.

III. Le rapport superficiaire

Le rapport superficiaire comprend l'ensemble des relations juridiques qui lient le propriétaire grevé et le superficiaire. Il met en présence *trois sortes de dispositions*¹⁹ :

- 1 Les règles qui définissent le *contenu du droit réel* et l'adaptent à la situation particulière. Les parties façonnent le droit en fonction de leurs intérêts, comme elles définissent par exemple le contenu d'une servitude foncière (cf. art. 738 CC). Comme le rappelle (sans qu'il ait de véritable portée) l'art. 779b actuel, ces dispositions sont nécessairement opposables à tous les successeurs en droit. Cela concerne par exemple les dispositions relatives à l'assiette de la servitude, à la situation et à la destination des constructions, à la durée du droit ou à la cessibilité de celui-ci²⁰. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a cependant laissé entendre²¹ que les restrictions liées à la cessibilité ne constituaient pas un élément du droit réel. Dans le nouveau droit, la règle actuelle de l'art. 779b n'est pas modifiée matériellement (et formera le nouvel alinéa 1 de cette disposition).
- 2 Les règles qui aménagent des *relations personnelles*, mais qui sont valables *propter rem*. Elles lient dès lors, non seulement les parties à l'acte constitutif, mais leurs successeurs en droit, qu'il s'agisse de l'acquéreur de l'immeuble grevé ou du cessionnaire du droit de superficie. Cet effet a non seulement pour conséquence la reprise automatique de la dette, mais encore la libération (sous forme de reprise externe légale) de l'ancien débiteur. Les obligations de ce type peuvent être légales ou conventionnelles. Les premières sont par exemple celles qui concernent l'indemnité de retour (art. 779d), le retour anticipé (art. 779 f à h), le droit à l'inscription de l'hypothèque légale (art. 779i al. 1) ou le droit de préemption (art. 682 al. 2). Les secondes sont, en l'état, régies par le principe du *numerus clausus* ; elles concernent par exemple les modifications apportées aux droits de préemption légaux (art. 681b), le calcul de l'indemnité de retour²² ou les modalités de l'expiration du droit ; l'effet réel est alors donné par l'annotation au registre foncier (art. 779e et 959 al. 2)²³.

¹⁸ ISLER, n. 5 ad art. 779a et n. 1 ad art. 779c.

¹⁹ Cf. RUEDIN, pp. 108 ss.

²⁰ ISLER, n. 5 ad art. 779a ; cf. FRIEDRICH, pp. 17 s., SCHMID, p. 298 ; STEINAUER, p. 102, n. 2536.

²¹ ATF 135 III 103/106.

²² ISLER, n. 5 ad art. 779a et n. 1 ad art. 779c.

²³ SIMONIUS/SUTTER, p. 146 ; Tribunal fédéral, in RNR 2003, pp. 35 ss.

Le nouveau droit a maintenu l'idée de conférer à des engagements personnels un effet propter rem mais a sensiblement étendu la possibilité de le faire : selon l'art. 779b al. 2, si les parties le conviennent, d'autres dispositions contractuelles peuvent être annotées au registre foncier. Les parties peuvent ainsi conférer cet effet à tous leurs engagements de nature personnelle²⁴. Compte tenu de la généralisation ainsi prévue, la règle de l'art. 779e, qui limitait le nombre de clauses susceptibles d'annotations, est abrogée. Cela dit, et au regard de la limitation apportée par l'art. 959 al. 1 à la possibilité de conférer un effet propter rem à des droits personnels, il faut admettre que ne tombent sous le coup de la nouvelle disposition que les engagements qui ont un lien direct avec le droit de superficie ; cela exclut à mon avis par exemple l'annotation de conventions qui ne concernent que la liberté économique des parties. En revanche, des restrictions posées à la cessibilité (si l'on considère qu'elles ne constituent pas un élément du droit réel) pourront bénéficier d'un effet réel par l'annotation.

- 3 Les règles qui n'aménagent que des *relations personnelles* et ne bénéficient que d'un *effet relatif* (entre parties). Elles ne sont pas susceptibles d'annotation (cf. art. 959 al. 1). Si les parties entendent lier leurs successeurs en droit, elles doivent imposer la reprise de ces obligations par ceux-ci (*Überbindungsklausel*)²⁵. Cette reprise obéit aux règles ordinaires de la reprise (interne et externe) de dette. La partie qui n'aurait pas satisfait à son obligation de faire reprendre la dette pourra être tenue envers l'autre à des dommages-intérêts (art. 97 ss CO). Le défaut de reprise ne peut en revanche constituer un cas de retour anticipé qu'aux conditions de l'art. 779f²⁶ (voir sur ce point la contribution de M. Steinauer, p. 87 ss). Les dispositions qui n'ont qu'un effet personnel concernent en particulier, dans notre contexte,
- la rente superficière²⁷,
 - l'obligation faite au superficiaire de construire dans un certain délai, de confier les travaux à telle ou telle entreprise, de louer tous les appartements à certaines personnes (âgées par exemple) ou à des prix fixés

²⁴ Comme l'indique le Message (FF 2007, p. 5045), les stipulations figurant dans le contrat du droit de superficie revêtent une importance particulière ; d'une part, il est dans l'intérêt du propriétaire du fonds grevé que tout acquéreur de droit de superficie soit au moins lié par les dispositions contractuelles ayant un caractère essentiel. D'autre part, le superficiaire a un intérêt à être libéré de ses obligations envers la personne grevée au moment de l'aliénation de son droit de superficie. Cela concerne en particulier la rente superficière.

²⁵ ISLER, n. 6 et nn. 32 ss ad art. 779a ; PIOTET, p. 77 ; RUEDIN, p. 109 ; SIMONIUS/SUTTER, p. 132 ; STEINAUER, p. 104, n. 2538.

²⁶ Contra : SIMONIUS/SUTTER, p. 132, qui proposent de sanctionner conventionnellement le défaut de reprise par un retour anticipé.

²⁷ FRIEDRICH, p. 15 ; ISLER, n. 7 ad art. 779a ; STEINAUER, p. 107, n. 2546 ; Tribunal fédéral, in RNRF 2008, pp. 169 ss. Une minorité d'auteurs estime qu'il s'agit d'obligations réelles (SIMONIUS/SUTTER, p. 138).

d'avance, d'amortir la dette hypothécaire, d'entretenir les bâtiments, de verser une partie du gain réalisé en cas de cession, d'assurer les constructions, d'informer le propriétaire du coût des constructions,

- l'interdiction imposée au superficiaire de faire concurrence,
- l'engagement des parties de négocier la reconduction du droit dans un certain délai ou la prorogation de for²⁸.

La distinction entre ces trois sortes de disposition n'est pas toujours aisée. Le critère est le suivant : les dispositions qui définissent les prérogatives du propriétaire en relation avec l'utilisation de l'immeuble grevé ou les prérogatives du superficiaire en relation avec la construction et la propriété des bâtiments concernent l'étendue du droit réel. Celles qui imposent une obligation de faire aménagent des obligations personnelles, dont l'effet réel n'est donné que dans les limites légales (y compris celles que connaît l'art. 730 al. 2 appliqué par analogie)²⁹.

IV. L'objet du droit de superficie

A. L'immeuble grevé

Le droit de superficie ne peut grever que des immeubles, au sens de l'art. 655 al. 2. Le plus généralement, il grèvera des *biens-fonds* (ch. 1). Il convient d'examiner s'il peut également grever les autres immeubles que sont les droits distincts et permanents immatriculés ou les parts de copropriété d'un immeuble :

- 1 La constitution d'un droit de superficie à charge de *droits distincts et permanents* immatriculés au registre foncier concerne la constitution de droits de superficie au second degré. Généralement, cette faculté est utilisée par le superficiaire qui n'entend pas mettre lui-même toute l'assiette de son droit à profit et souhaite faire bénéficier un tiers du solde de cette assiette. Le droit ne pourra naturellement être accordé que dans les limites du droit initial, mais il pourra correspondre matériellement à ce dernier³⁰. Cela concerne non seulement la durée, mais également les limitations apportées à la possibilité de construire. En soi, la constitution d'un droit de superficie au deuxième rang (ou à un rang postérieur) n'exige pas l'accord du propriétaire de l'immeuble grevé.

²⁸ ISLER, n. 7 ad art. 779a.

²⁹ Cf. ISLER, n. 3 et n. 7 ad art. 779b.

³⁰ ISLER, n. 37 ad art. 779 ; SCHMID, p. 303.

- 2 La constitution d'un droit de superficie à charge d'une *part de copropriété* (par étages) n'est pas possible³¹. Cela vaut même en cas de propriété par étages horizontale, puisque dans un tel cas également, on est en présence d'un régime de copropriété.

Autre est la question de savoir s'il est possible de grever plusieurs fonds d'un droit de superficie unique, soit une sorte de *droit de superficie collectif*. La question est controversée, mais il convient plutôt de répondre par la négative. Une telle solution poserait en effet des problèmes pratiques insurmontables en relation avec l'exercice du droit de préemption légal, le droit de retour anticipé ou la garantie de la rente³². Il est en revanche possible de constituer le droit de superficie sur un immeuble et de grever les fonds voisins d'une servitude foncière d'empîement en faveur du superficiaire³³.

B. La nature des constructions

a. Principes

Tenant en échec le principe de l'accession, le droit de superficie peut en principe avoir pour objet toutes les constructions au sens de l'art. 667. Il peut ainsi porter sur

- des bâtiments, tels que des maisons d'habitation (individuelles ou collectives), des bâtiments commerciaux, industriels ou artisanaux,
- d'autres ouvrages, tels que des transformateurs électriques, des cibleries³⁴, des fontaines, ou des ouvrages d'art, comme des ponts, des viaducs, ou des digues.

En revanche, selon la doctrine dominante, un droit de superficie ne peut porter que sur les aménagements du sol, tels que des routes ou des places de football³⁵.

³¹ PRADERVAND-KERNEN, p. 177 ; STEINAUER, p. 97, n. 2524.

³² SCHMID, p. 296 ; STEINAUER, p. 97, nbp 26 ; voir également BÜRGISSER, pp. 164 ss.

³³ ISLER, n. 36 ad art. 779 ; STEINAUER, p. 98, nbp 26.

³⁴ Voir par exemple Tribunal fédéral, in RNRF 2003, pp. 37 ss ; un tel droit ne comporte pas, comme « administracula servitutis », pour le superficiaire, le droit de tirer par-dessus les fonds qui constituent la ligne de tir.

³⁵ HENGGELER, n. 2 ad art. 779 ; ISLER, n. 17 ad art. 779 ; PRADERVAND-KERNEN, p. 178 ; SCHMID, p. 292. On pourrait à mon sens reconnaître cette possibilité. En effet, la notion de construction, au sens de l'art. 667 al. 2, doit être la même que celle de l'art. 675, puisque le droit de superficie a pour but de tenir en échec le principe de l'accession. Or, les constructions au sens de cette disposition constituent tout ce qui est uni au fonds par les moyens de la technique (STEINAUER, T. II, p. 98, n. 1623) ou de matériel de construction (REY, n. 11 ad art. 667). De tels aménagements sont couverts par la notion de constructions (ATF 98 II 191 = JdT 1973 I 370 ; cf. STEINAUER, T. II, p. 98, n. 1624a). Cela vaut en tout

Le droit de superficie ne peut pas avoir pour objet une construction mobilière, au sens de l'art. 677³⁶. Il ne peut pas non plus être constitué pour permettre à une personne d'avoir une telle construction sur fonds d'autrui ; il faut dans ce but créer « une autre servitude irrégulière » au sens de l'art. 781³⁷.

Conformément à la définition légale de l'art. 779 al. 1, les constructions peuvent être aménagées, « soit sur le fonds, soit au dessous ». L'expression n'est pas vraiment heureuse et doit être précisée. On peut relever ce qui suit :

- Contrairement à l'idée d'exclusivité que cette locution pourrait accrédi-ter, le superficiaire peut aménager des constructions qui sont à la fois en surface et souterraines. Il peut ainsi, s'agissant d'un bâtiment locatif, construire en sous-sol des installations techniques, des caves ou un garage souterrain.
- Le droit ne peut en principe pas être aménagé de telle façon qu'il confère au superficiaire la propriété d'une partie seulement de la construction dans son sens vertical, le superficiaire n'étant propriétaire que des constructions souterraines, le propriétaire des constructions en surface, et inversement.

Cela dit, la loi exige que ces constructions soient autonomes.

b. L'autonomie des constructions

Les constructions qui sont l'objet du droit de superficie doivent présenter une *autonomie suffisante* par rapport aux constructions que conserve le propriétaire³⁸. Cette indépendance de la construction doit être *fonctionnelle et physique*. En particulier, le maintien d'une construction ne doit pas dépendre du maintien de l'autre³⁹, de sorte que le superficiaire doit pouvoir détruire l'ouvrage (supra I.) sans faire s'effondrer celui d'autrui⁴⁰. La construction doit en quelque sorte être capable de vivre pour elle-même⁴¹. A ce titre, le droit ne peut pas porter que sur des parties déterminées d'une construction⁴².

cas pour les aménagements qui sont affectés aux bâtiments construits par le superficiaire, du fait en particulier qu'ils sont financés par ce dernier et que leur valeur devrait être prise en compte dans le cadre du calcul de l'indemnité de retour.

³⁶ Notamment ISLER, n. 13 ad art. 779 ; SCHMID, p. 292 ; ATF 98 II 199 = JdT 1973 I 166 ; voir également ASRF Fribourg, in RFJ 2008, p. 51 : le conservateur ne peut rejeter la réquisition d'inscription d'un droit de superficie que s'il apparaît clairement que l'on est en présence d'une construction mobilière ; telle n'est pas le cas d'une halle métallique de 1 125 m².

³⁷ STEINAUER, p. 94, n. 2514 a.

³⁸ HENGGELER, n. 2 ad art. 779 ; ISLER, n. 14 ad art. 779.

³⁹ SCHMID, p. 294. Plus nuancé : ISLER, n. 15 ad art. 779, pour lequel cette exigence n'est pas donnée ; il appartient alors aux parties d'aménager des règles sur la gestion d'un tel risque.

⁴⁰ ATF 111 II 134 = JdT 1986 I 627.

⁴¹ RUEDIN, p. 126.

⁴² PIOTET, p. 75 ; RUEDIN, p. 128 ; SCHMID, p. 293 ; STEINAUER, p. 94, n. 2514 a.

En présence de portions de bâtiments, les parties pourront en revanche convenir d'un empiètement. Cette forme de droit de superficie ne peut cependant être prévue qu'entre voisins et sous forme de servitude foncière (art. 674).

L'exigence d'autonomie se manifeste aussi bien dans l'étendue horizontale que dans l'étendue verticale.

Sous l'angle de l'*étendue horizontale* du droit, celui-ci ne peut porter que sur un ouvrage entier, distinct de tout autre, par sa structure et sa destination⁴³. Il ne peut donc avoir pour objet seulement la moitié d'un garage double formant lui-même une unité fonctionnelle⁴⁴ ou un abri anti-atomique intégré dans un garage souterrain⁴⁵. La possibilité de créer un droit de superficie collectif grevant plusieurs immeubles, sur lesquels est érigée une construction unique, doit pour cette raison être niée⁴⁶.

Sous l'angle de l'*autonomie verticale*, le droit de superficie, en tant qu'il tient en échec le principe de l'accession, confère à son titulaire la propriété de toute la construction. Il ne peut pas porter sur un étage seulement d'une maison, comme le prévoit expressément l'art. 675 al. 2⁴⁷ : il est ainsi incontesté qu'un étage d'un bâtiment locatif (par exemple le troisième) ne peut pas faire l'objet d'un droit de superficie⁴⁸. Il en va de même d'une installation de protection civile ou d'un garage souterrain qui constitue, en sous-sol, un étage d'un bâtiment unique. Dans ce sens, il faut également nier la possibilité de constituer un droit de superficie sur des constructions érigées sur un bâtiment existant⁴⁹, par exemple en vue de permettre à son bénéficiaire de surélever d'un étage un bâtiment constitué en propriété par étages⁵⁰.

Se pose dans ce contexte la question de savoir s'il est possible de constituer un droit de superficie dont l'objet serait constitué par un garage souterrain desservant plusieurs bâtiments et aménagé sur plusieurs fonds. D'une façon générale, cette possibilité est admise, pour autant que le garage présente une unité fonctionnelle suffisante (du point de vue architectural et sous l'angle de son

⁴³ PIOTET, p. 75 ; RUEDIN, pp. 125 ss ; SCHMID, p. 294 ; SCHNEEBERGER, pp. 270 ss ; voir également ISLER, n. 15 ad art. 779 : « Ein Gebäudeteil kann keine Baurechtsbaute sein, wenn eine konstruktive und funktionelle Einheit für diesen Gebäudeteil fehlt ». *Contra*: LIVER, p. 184 ; en relation avec cette position, voir BÜRGISSER, pp. 178 ss.

⁴⁴ Voir ATF 111 II 134 = JdT 1986 I 627 (pour une critique de cet arrêt, voir LIVER Peter, in BN 1986, pp. 302 ss).

⁴⁵ Cf. PRADERVAND-KERNEN, p. 179 ; SCHMID, p. 296 ; SIMONIUS/SUTTER, p. 128 ; pour un cas d'application (balcons), voir Appellationshof Bern, in BN 1986, pp. 233 ss et DC 1997, p. 58, n. 148.

⁴⁶ Cf. ISLER, n. 34 ad art. 779 ; RUEDIN, p. 128.

⁴⁷ ISLER, n. 16 ad art. 779 ; STEINAUER, T. II, p. 101, n. 1630.

⁴⁸ RUEDIN, p. 124.

⁴⁹ Cf. SCHMID, p. 296 ; pour les détails, voir PRADERVAND-KERNEN, p. 180.

⁵⁰ ATF 99 Ib 140 = JdT 1973 I 568.

utilisation⁵¹) et que son emprise soit indépendante de celle des bâtiments⁵². Cette formule n'est, dans la mesure où elle est admissible, pas sans poser des difficultés, en particulier à l'expiration du droit de superficie. En effet, chaque propriétaire pourra, à ce moment, défendre positivement son droit de propriété (cf. art. 667 al. 1, art. 642 al. 1), dans les limites de son fonds, mais ne pourra, négativement, y accéder qu'en empruntant, selon les cas, un autre fonds. Cette situation constitue vraisemblablement un cas où la configuration des lieux imposera aux parties une prolongation du droit à l'échéance; mais chaque propriétaire pourra subordonner la prolongation aux conditions qu'il fixera lui-même (sous réserve des règles imposant une indemnité, par exemple dans le cadre de l'aménagement d'un droit de passage nécessaire, selon l'art. 694 al. 1). En fin de compte, la solution la plus simple consisterait à renoncer au droit de superficie pour constituer, à charge des fonds sur lesquels le garage est érigé et en faveur des propriétaires des fonds autorisés à l'utiliser, une servitude foncière d'utilisation. L'art. 741 s'applique aux charges d'entretien. Selon la nouvelle réglementation, consacrée par l'art. 741a, les bénéficiaires de la servitude forment une communauté à laquelle s'appliquent les règles de la copropriété.

⁵¹ SCHMID, p. 307.

⁵² EGGEN, p. 211. Pour une conception plus large, LIVER, p. 193 et ss; plus réservé: FRIEDRICH, pp. 5 ss, pour lequel en particulier l'existence d'un droit de superficie portant sur un bâtiment érigé sur une autre construction poserait des problèmes d'entretien et impliquerait pour le propriétaire du bâtiment inférieur l'obligation de maintenir et d'entretenir l'ouvrage.

DEUXIEME PARTIE: LA CONSTITUTION DU DROIT DE SUPERFICIE

I. Généralités

La constitution du droit de superficie obéit aux règles générales d'acquisition des droits réels. Elle suppose, s'agissant d'une acquisition volontaire, un titre d'acquisition et une opération d'acquisition. Le titre d'acquisition consiste dans la déclaration unilatérale du propriétaire ou dans un contrat. L'opération d'acquisition comprend la réquisition d'inscription (cf. art. 963 al. 1), qui doit émaner du propriétaire, et l'inscription proprement dite, effectuée par le conservateur du registre foncier.

II. Forme du titre d'acquisition

Selon le droit actuel, l'art. 779a dispose que le contrat constitutif d'un droit de superficie distinct et permanent n'est valable que s'il a été passé en la forme authentique. Négativement, cela signifie que la forme écrite est suffisante, d'une part lorsque le titre d'acquisition est une déclaration unilatérale du propriétaire, d'autre part lorsque le droit n'est pas distinct ou n'est pas permanent. En revanche, l'exigence de la forme authentique est indépendante de l'immatriculation du droit.

Dans le cadre de la révision, le Conseil fédéral a proposé de modifier cette disposition en prévoyant que l'acte constitutif du droit doit être passé en la forme authentique. Il a donc étendu cette exigence, en imposant cette forme à l'acte unilatéral et à tous les droits de superficie constitués en servitudes personnelles (art. 779a al. 1). S'agissant des servitudes foncières, la question est réglée par l'art. 732.

III. Contenu matériel de l'acte authentique

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine largement dominante, l'acte authentique doit, pour être valable, contenir l'ensemble des éléments objectivement essentiels et, s'agissant des éléments subjectivement essentiels, ceux qui entrent naturellement dans le cadre de l'acte considéré⁵³. S'agissant plus spécifiquement de l'acte constitutif du droit de superficie, il doit, au titre d'éléments objectivement essentiels, contenir des indications suffisantes concernant les parties (constituant et bénéficiaire), l'objet de l'acte (l'immeuble grevé), la nature du droit (servitude foncière ou personnelle), la durée et le contenu de celui-ci (cf. art. 779a). Si la cessibilité (cf. art. 779 al. 2) est limitée, il doit en faire état⁵⁴.

La question a été discutée de savoir si l'acte doit également contenir des indications sur les droits personnels, en particulier la rente superficielle. La doctrine majoritaire a jusqu'à récemment jugé que ce n'était pas le cas, estimant que la forme authentique n'est exigée que pour la définition du droit réel⁵⁵. Emboîtant le pas à l'Obergericht de Zurich⁵⁶, le Tribunal fédéral a maintenant admis que la rente doit également être couverte par la forme authentique⁵⁷. Cela est justifié par le fait que la rente constitue, à l'image du prix dans la vente, un élément essentiel du contrat, même s'il ne constitue pas un élément du droit de superficie⁵⁸.

Le nouvel art. 779a al. 2 prévoit que la rente et les éventuelles autres dispositions contractuelles doivent être reçues en la forme authentique lorsqu'il est prévu de les annoter au registre foncier. La rédaction pourrait laisser à penser que, lorsque la rente ne doit pas avoir d'effet réel, elle peut ne pas être couverte par la forme authentique. Dans le sens cependant des explications données par le Message⁵⁹, il convient d'admettre que cette forme doit nécessairement couvrir la rente.

⁵³ Notamment MOOSER, *Droit notarial*, pp. 250 ss, nn. 518 ss et réf. citées.

⁵⁴ ISLER, n. 2 ad art. 779a.

⁵⁵ ISLER, n. 3 et n. 38 ad art. 779a ; STEINAUER, p. 107, n. 2546a ; voir également Appellationshof Bern, in RNR 1996, pp. 30 ss.

⁵⁶ ZR 2004, p. 68 ss.

⁵⁷ RNR 2005, pp. 291 ss. Dans un arrêt non publié (4C.247/2001, du 1^{er} octobre 2001), le Tribunal fédéral avait estimé que la convention sur la rente superficielle ne constituait pas un point objectivement essentiel de l'acte constitutif mais que, à partir du moment où les parties avaient admis le principe d'une rente, sa détermination constituait un élément subjectivement essentiel.

⁵⁸ MOOSER, *Droit notarial*, p. 262, n. 540.

⁵⁹ P. 5045 : « Le nouvel al. 2 prévoit clairement que la rente du droit de superficie ainsi que les dispositions contractuelles qui doivent être annotées au registre foncier sont soumises à l'exigence de la forme authentique pour être valables. »

IV. La définition du contenu du droit

La loi laisse aux parties une marge de manœuvre étendue dans la définition des droits du superficiaire d'ériger ou d'acquérir des constructions.

Le droit de superficie grève nécessairement, en vertu du principe de spécialité, l'intégralité du fonds⁶⁰. Toute la surface de l'immeuble grevé peut être en principe bâtie⁶¹. Mais les parties peuvent prévoir que le droit ne s'exercera que sur une partie de celui-ci⁶², de sorte qu'un même fonds peut être grevé de plusieurs droits de superficie ayant chacun une assiette différente⁶³. Cette *assiette* constitue l'emprise géographique du droit. Généralement, elle est définie dans un plan⁶⁴; celui-ci doit être établi par un géomètre si l'assiette figure sur le plan cadastral (art. 44 al. 2 en relation avec l'art. 6 al. 3 OMO). Cette assiette est importante sous l'angle de l'exercice du droit de préemption (art. 682 al. 2 CO; voir la contribution de M. Foëx, p. 60 s.).

Propriétaire et superficiaire sont également libres dans la définition des droits du superficiaire de construire sur le fonds. Ils peuvent ne rien prévoir à ce sujet; le superficiaire n'est alors limité (sous réserve de l'application de l'art. 679) dans l'exercice de son droit que par les règles du droit public⁶⁵. Les restrictions qu'elles aménagent concernent par exemple :

- le volume des constructions,
- l'implantation des constructions (y compris l'obligation faite au superficiaire de ne pas construire sur une partie de l'assiette)⁶⁶,
- l'affectation et le type des constructions (par exemple des bâtiments à destination d'habitation, à des fins commerciales, etc.)⁶⁷.

Ces règles concernent directement le contenu du droit réel (art. 779b) et lient tout acquéreur du droit. Leur violation grave (« si le superficiaire excède gravement son droit réel ... ») peut justifier un retour anticipé (art. 779 f).

⁶⁰ ISLER, n. 32 ad art. 779.

⁶¹ ATF 133 III 311/316.

⁶² RUEDIN, p. 158; SIMONIUS/SUTTER, p. 126.

⁶³ ISLER, n. 33 ad art. 779; SCHMID, p. 303.

⁶⁴ SIMONIUS/SUTTER, p. 131.

⁶⁵ SIMONIUS/SUTTER, p. 133; RUEDIN p. 114.

⁶⁶ ISLER, n. 5 ad art. 779b.

⁶⁷ ISLER, n. 4 ad art. 779b.

V. La rente superficiaire

1. Montant

Lorsque, au moment de la constitution du droit, le fonds mis à contribution n'est pas bâti (cas le plus fréquent), le montant de la rente équivaut, pour l'essentiel, à la valeur de l'inconvénient que subit le propriétaire qui ne peut l'utiliser ; il est proche du montant d'un loyer dû pour l'utilisation de l'immeuble.

Lorsque, en revanche, l'immeuble grevé est bâti, la constitution du droit de superficie implique en elle-même le transfert de la propriété des constructions (supra). On peut alors, en relation avec la contre-prestation, liée à la constitution du droit, imaginer deux solutions (qui peuvent du reste se combiner):

- 1 La valeur de la construction est arrêtée indépendamment de la rente superficiaire ; son prix est en principe payable immédiatement, comme le prix d'achat de n'importe quel immeuble.
- 2 Le prix est intégré dans la rente superficiaire ; il y a alors une sorte de vente par acompte de la construction. Cette solution n'est pas sans danger pour le propriétaire du fonds. Les risques d'insolvabilité du débiteur ne sont, dans la durée, pas inexistantes ; la possibilité d'obtenir l'inscription d'une hypothèque légale de l'art. 779i ne constitue qu'un moyen limité de garantir le paiement du bâtiment.

La détermination de la rente superficiaire n'est pas régie par la loi. Les parties disposent d'une grande marge de manœuvre, consacrée par la liberté contractuelle et dont les limites ne sont que celles qu'impose l'ordre juridique en général (cf. art. 27 CC, art. 19 ss CO). En particulier, les restrictions imposées par la loi dans le domaine du bail ne sont pas applicables. Plus le droit a une durée longue, plus délicate est la question de la détermination de la rente⁶⁸. Une adaptation, assortie d'une nouvelle définition périodique, s'impose généralement⁶⁹.

2. Garantie

L'obligation de payer la rente n'est pas garantie de plein droit par un droit de gage sur le droit de superficie⁷⁰. Le propriétaire peut cependant exiger de tout

⁶⁸ Sur la question de l'application de la *clausula rebus sic stantibus*, voir ISLER, n. 31 ad art. 779a ; ATF 127 III 300 = JdT 2001 I 239.

⁶⁹ Pour les détails, voir ISLER, nn. 15 ss ad art. 779a, qui présente les principes relatifs aux bases de calcul de la rente (taux d'intérêt, adaptation selon un indice, rente partenariale (*partnerschaftlicher Baurechtszins*), rente calculée sur le chiffre d'affaires du bénéficiaire), en proposant également une adaptation périodique de la rente (nn. 24 ss).

⁷⁰ STEINAUER, p. 108, n. 2547.

superficiaire actuel (même non débiteur) de garantir la rente au moyen d'une hypothèque (maximale⁷¹) grevant pour trois annuités au maximum le droit de superficie immatriculé au registre foncier (art. 779i al. 1 ; art. 50 al. 2 ORF). Il s'agit donc d'une hypothèque légale indirecte⁷². Le droit prend rang après les autres gages inscrits ; les parties peuvent toutefois d'emblée, dans le but de faciliter l'octroi de prêts hypothécaire au superficiaire, prévoir que le droit prendra rang après une case libre d'un montant équivalant à celui de l'emprunt dont devra disposer celui-ci⁷³.

Les parties ne pourront pas prévoir que le propriétaire renonce d'avance à demander l'inscription de l'hypothèque garantissant le paiement de la rente superficiaire (art. 837 al. 2 par le renvoi de l'art. 779k al. 2)⁷⁴. En revanche, elles pourront garantir la rente par une hypothèque conventionnelle ou une cédula hypothécaire, inscrite pour un montant supérieur à celui que fixe l'art. 779i al. 1⁷⁵; pour la partie de ce montant qui correspond à trois années, ce gage sera traité comme hypothèque légale et ne sera pas radié en cas de réalisation⁷⁶. La constitution d'une charge foncière n'est pas possible, au regard de la nouvelle réglementation de 1965⁷⁷; en tout cas, dans la mesure où elle pourrait être constituée au vu de l'art. 782 al. 3, la charge pourrait être rachetée après 30 ans (art. 788 al. 2 ch. 2)⁷⁸.

VI. Dispositions concernant le retour des constructions

Les parties peuvent d'emblée prévoir dans l'acte constitutif des dispositions concernant le retour « ordinaire » ou le retour anticipé des constructions.

Le *retour ordinaire* a lieu au moment de l'expiration du droit de superficie (art. 779c). L'art. 779e laisse aux parties la possibilité d'aménager d'emblée des règles susceptibles d'annotation et qui concernent la fixation du montant de l'indemnité de retour, la procédure à suivre pour le fixer, la suppression de l'in-

⁷¹ ISLER, n. 5 ad art. 779i ; SIMONIUS/SUTTER, p. 138.

⁷² STEINAUER, p. 108, n. 2550.

⁷³ ISLER, n. 7 ad art. 779i.

⁷⁴ ISLER, n. 2 ad art. 779i ; STEINAUER, p. 110, n. 2554.

⁷⁵ ISLER, n. 13 ad art. 779i.

⁷⁶ STEINAUER, p. 111, n. 2556b.

⁷⁷ Cette forme était fréquemment utilisée auparavant ; FRIEDRICH p. 22 ; voir en outre JENNY n. 14 ad art. 782.

⁷⁸ STEINAUER, n. 108, n. 2548.

démnité ou le rétablissement de l'état primitif. Les dispositions prises à ce propos peuvent avoir un effet direct sur la situation du bâtiment, en particulier sous l'angle de son entretien. Une réglementation inadaptée pourrait conduire à une péjoration du parc immobilier construit sur la base de droits de superficie.

L'art. 779 f, complété par l'art. 779 g, prévoit le *retour anticipé* en cas de violation grave du droit réel ou des engagements personnels du superficiaire. Ces règles ont un caractère impératif, de sorte que les dispositions que les parties pourraient prendre à propos des cas justifiant le retour anticipé ou du montant à verser à ce titre au superficiaire ne lient ni les parties ni le juge⁷⁹.

Sur ces questions, voir la contribution de M. Steinauer.

VII. Autres dispositions

1. La durée du droit

Pour éviter de vider la propriété du fonds grevé de toute substance, le législateur a limité la durée du droit de superficie à 100 ans (dès son inscription au registre foncier)⁸⁰ comme droit distinct (art. 779 l al. 1). Il n'est dès lors pas nécessaire de le limiter à 99 ans, comme c'est parfois l'usage. Sur la détermination de la durée, voir la contribution de M. Steinauer, ch. IA.

Un engagement pris d'emblée de prolonger le droit au-delà de 100 ans est nul (art. 779 l al. 2). Les parties peuvent en revanche convenir d'un droit d'une durée plus limitée (par exemple 40 ou 50 ans), tout en prévoyant que le superficiaire pourra exiger, à l'échéance, la reconduction du droit (pour une durée totale qui n'excédera pas 100 ans, par exemple 6, resp. 5 reconduction de 10 ans, ou une reconduction de 60, resp. 50)⁸¹. Elles peuvent également, à l'occasion d'une reconduction du droit, prolonger celui-ci pour 100 ans.

Le droit peut être constitué pour une durée supérieure à 100 ans lorsqu'il n'est pas cessible (par exemple lorsque il est constitué en faveur d'une collectivité publique); mais le juge pourra en réduire la durée si la durée convenue a pour effet d'enlever à la propriété toute substance⁸². C'est dans ce contexte l'importance de l'atteinte portée au fonds grevé qui sera déterminante. Une servitude foncière de superficie dure indéfiniment.

⁷⁹ ISLER, n. 9 ad art. 779 f et n. 1 ad art. 779 g; PIOTET, p. 85; STEINAUER p. 106, n. 2542a.

⁸⁰ ISLER, n. 30 ad art. 779, n. 1 ad art. 779 l.

⁸¹ Eidg. Grundbuchamt, in RNRF 1968, p. 104.

⁸² ISLER, n. 4 ad art. 779 l.

2. La cessibilité du droit

La cessibilité du droit est présumée (art. 779 al. 2)⁸³, mais elle peut être exclue dans l'acte constitutif. Elle peut également être restreinte (par exemple être soumise à la réalisation d'une condition). La clause d'inaliénabilité (totale) est opposable aux tiers, même si elle ne figure pas dans l'inscription du droit au registre foncier. Si la cessibilité est restreinte, ces restrictions ne produisent, faute d'une inscription y relative au registre foncier, aucun effet réel⁸⁴. La suppression ou des restrictions importantes de la cessibilité peuvent constituer un empêchement à l'immatriculation du droit de superficie ; pour que l'on soit encore en présence d'un droit « distinct », le superficière doit conserver une latitude suffisante pour disposer de son droit.

En principe, un droit n'est pas « distinct » si la cession n'est pas libre, par exemple si le consentement du propriétaire du fonds est requis. Toutefois, le Tribunal fédéral a admis que la cession d'un droit distinct peut être subordonnée à l'accord du propriétaire du fonds, pour autant que les motifs de refus soient spécialement indiqués ou importants, ou que le consentement doive être donné sous certaines conditions bien définies et avec la possibilité d'en appeler à une juridiction neutre en cas de conflit⁸⁵. En résumé, pour que le droit conserve un caractère distinct, sa *négociabilité doit être suffisamment garantie*⁸⁶.

Les clauses limitant la cessibilité du droit et imposant l'accord du propriétaire ne lient pas le conservateur du registre foncier⁸⁷.

Sauf convention contraire, le droit de superficie est transmissible par succession (art. 779 al. 2 et 560).

⁸³ ISLER, n. 23 ad art. 779.

⁸⁴ Cf. ATF 135 III 103.

⁸⁵ STEINAUER, T. II, p. 38, n. 1510a ; ATF 72 I 233 = JdT 1947 I 265/268 ; voir en outre ISLER n. 24 et 28 ad art. 779 ; SCHMID, pp. 298 ss. Les clauses suivantes n'empêchent pas l'immatriculation (cf. ISLER n. 29, ad art. 779) : le propriétaire peut s'opposer à la cession si le cessionnaire ne reprend pas toutes les obligations du cédant ou n'offre pas des garanties suffisantes de solvabilité (HENGGELER, n. 2 ad art. 779a) ; l'acquéreur d'un droit de superficie grevant un immeuble appartenant à une collectivité publique s'engage à ne le céder qu'à un cercle déterminé (mais suffisamment large) de personnes, par exemple un citoyen suisse (Eidg. Grundbuchamt, in RNRF 1979 p. 233). En revanche, la clause selon laquelle le propriétaire peut refuser sans motif la cession du droit fait obstacle à l'immatriculation ; il en va de même de celle selon laquelle la cession n'est valable qu'avec l'accord du propriétaire (cf. Obergericht Luzern in RNRF 1996 p. 37).

⁸⁶ Cf. HENGGELER, n. 4 ad art. 779.

⁸⁷ ATF 135 III 103, qui précise que le propriétaire est déjà protégé par les règles sur le droit de préemption (art. 682 al. 2), le retour anticipé (art. 779 f ss) et le droit à l'hypothèque légale (art. 779i). On ne devrait pas voir à mon avis dans cet arrêt la volonté du Tribunal fédéral d'exclure toute possibilité d'immatriculation lorsque la cessibilité se trouve encore dans le cadre des principes ci-dessus.

3. L'exclusion ou la modification du droit de préemption réciproque

L'art. 682 al. 2 aménage un droit de préemption réciproque du propriétaire et du superficiaire. Ce droit, en tant que restriction légale directe au droit de disposer, ne peut être ni inscrit ni annoté au registre foncier (cf. art. 680 al. 1). En revanche, les parties peuvent déroger à ce système ; leur convention devra être passée en la forme authentique (art. 681b al. 1), même si le droit n'est pas immatriculé, et pourra être annotée (pour la durée totale du droit) au registre foncier⁸⁸. Ils pourront par exemple

- supprimer purement et simplement le droit de préemption, pour l'une et/ou l'autre des parties, ou
- modifier le droit, par exemple en arrêtant d'emblée le prix (droit de préemption qualifié), ou en prolongeant ou en réduisant le délai d'exercice du droit.

Sur ces questions, voir encore la contribution de M. Foëx, p. 59.

Bibliographie

- BOESCH René, in *Zivilgesetzbuch II, Commentaire bâlois*, 3ème éd., Bâle 2007 ;
- BÜRGISSER Adolf, *Das Überbaurecht des ZGB und des BGB*, Thèse Zürich 1978 ;
- EGGEN Gerhard, *Privatrechtliche Fragen des neuen Bauens und ihre Wirkungen auf das Grundbuch*, in *RNRF 53/1972*, pp. 207 ss ;
- FRIEDRICH Hans-Peter, *Die Neuordnung des Baurechtes in Zivilgesetzbuch*, *BJM 1966*, pp. 1 ss ;
- HENGGELER Benno, in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Zürich 2007 ;
- ISLER Peter R., in *Zivilgesetzbuch II, Commentaire bâlois*, 3ème éd., Bâle 2007 ;
- JENNY David, in *Zivilgesetzbuch II, Commentaire bâlois*, 3ème éd., Bâle 2007 ;
- LIVER Peter, *Zulässigkeit der Erstellung eines Gebäudes unter teilweiser Einbeziehung des Nachbargrundstückes aufgrund einer Dienstbarkeit*, in *RNRF 54/1973*, pp. 193 ss ;
- MOOSER Michel, *La propriété de construction et la propriété du fonds*, DC 1999, pp. 87 ss ;

⁸⁸ STEINAUER, p. 101, n. 2534.

- MOOSER Michel, Le droit notarial en Suisse, Bulle 2005 ;
- PIOTET Paul, Les droits réels limités en général – Les servitudes et les charges foncières, Fribourg 1978 ;
- PRADERVAND-KERNEN Maryse, La valeur des servitudes foncières et du droit de superficie, Thèse Fribourg 2007 ;
- RUEDIN Roland, Le droit réel de superficie, Neuchâtel 1969 ;
- SCHMID Jürg, Ausgewählte Fragen zum Baurecht, Unterbaurecht und Überbaurecht, in RNRF 1998, pp. 289 ss ;
- SCHNEEBERGER Paul, L'avant-projet relatif à la révision des dispositions du CCS sur le droit de superficie, in RNRF 41/1960, pp. 268 ss ;
- SIMONIUS/SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht II, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1990 ;
- STEINAUER Paul-Henri, Les droits réels, T. II, 3^{ème} éd., Berne 2002, T. III, 3^{ème} éd., Berne 2003 (sauf indication contraire, les références sont faites au troisième Tome) ;
- VON SEGESSER Adrian, Stockwerkeigentum an Baurechtspartellen, 1997.

LA VALEUR DU DROIT DE SUPERFICIE

MARYSE PRADERVAND-KERNEN

Introduction

Le droit de superficie permet de tenir en échec le principe de l'accession énoncé à l'art. 667 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (ci-après : CC) et de dissocier la propriété du sol de celle des constructions qui s'y trouvent (art. 675 al. 1 CC). En ce sens, le droit de superficie est une servitude particulière. En effet, elle n'octroie pas seulement à son bénéficiaire un droit d'utilisation limité sur la parcelle d'un autre, mais elle permet aussi de constituer *deux droits de propriété distincts* sur les divers éléments d'un seul immeuble : le propriétaire du fonds servant reste propriétaire du terrain et le bénéficiaire de la servitude acquiert la propriété sur les constructions.

Cette particularité a une incidence sur le calcul de la valeur du droit de superficie. Cependant, la méthode de calcul que j'ai élaborée s'applique à toutes les servitudes. Pour cette raison, il est nécessaire d'analyser les principes généraux de calcul de la valeur des servitudes (*infra* § 1), avant d'examiner en détail le calcul de la valeur du droit de superficie (*infra* § 2).

§ 1 Les principes généraux de calcul de la valeur des servitudes

I. Généralités

La notion de valeur est d'une grande subtilité qui dépasse le cadre de cette étude. Bien que la valeur ait de multiples facettes, seule *la valeur objective* sera analysée, car c'est celle qu'il convient de retenir dans le cadre des servitudes.

La valeur objective d'un bien est une mesure individuelle : elle varie en fonction des avantages que le bien confère à son propriétaire. On la qualifie d'objective parce qu'elle se détermine en fonction d'un propriétaire abstrait et ne tient pas compte des critères émotionnels. Ainsi, la valeur objective correspond aux possibilités d'utilisation qu'octroie le bien à son propriétaire. Celles-ci sont généralement égales aux revenus futurs, capitalisés et escomptés, que le bien rapportera¹.

Contrairement à la valeur objective d'autres biens, celle d'une servitude *ne peut pas être déterminée pour elle-même*. En effet, elle dépend de l'influence qu'a la servitude sur un autre objet, à savoir l'immeuble qu'elle grève ou au bénéfice duquel elle est constituée². Deux conséquences résultent de cela :

- pour déterminer la valeur d'une servitude, il est nécessaire de connaître la valeur vénale de l'immeuble que la servitude grève ou au bénéfice duquel elle est constituée ;
- la valeur d'une servitude a deux faces ; celle qu'elle revêt pour le propriétaire du fonds servant et celle que lui attribue le bénéficiaire du droit.

Ainsi, dans un premier temps, le calcul de la valeur vénale des immeubles sera brièvement exposé (*infra* II). Dans un second temps, les deux faces du calcul de la valeur objective d'une servitude seront présentées (*infra* III). Finalement, le point de vue qu'il convient de retenir pour le calcul de la valeur objective d'une servitude sera déterminé (*infra* IV).

II. Le calcul de la valeur vénale des immeubles

Pour déterminer la valeur vénale d'un immeuble, il convient de mesurer les possibilités d'utilisation de l'immeuble, qui dépendent des conditions-cadres de droit public (*infra* A), puis d'appliquer les méthodes de calcul de l'estimation immobilière (*infra* B).

A. Les conditions-cadres de droit public déterminantes pour la valeur vénale d'un immeuble

La valeur vénale d'un immeuble varie en fonction de ses possibilités d'utilisation ; en effet, c'est de ces dernières que dépend l'attrait d'un fonds. Une servitude influence la valeur vénale du fonds qu'elle grève ou en faveur duquel elle

¹ M. FIERZ, *Der Verkehrswert von Liegenschaften aus rechtlicher Sicht*, thèse, Zurich 2001, p. 53.

² Il convient cependant de relever que la valeur d'une servitude personnelle, du point de vue de son bénéficiaire, peut être déterminée pour elle-même, puisqu'elle n'est pas constituée en faveur d'un immeuble.

est constituée puisqu'elle en diminue ou en augmente le potentiel. Pour le reste, celui-ci est avant tout fixé par le droit public, en particulier par les règles du droit de la construction, qui comprend l'aménagement du territoire (*infra* 1) et la police des constructions (*infra* 2).

1. L'aménagement du territoire

L'aménagement du territoire permet de déterminer à quelle zone d'affectation appartient le terrain et ainsi, l'importance qu'a concrètement une servitude pour son bénéficiaire ainsi que pour le fonds servant. Par exemple, une servitude de non-bâti constitue une charge minimale pour le fonds servant situé en zone inconstructible ; en effet, la servitude ne déploiera ses effets que si le fonds est postérieurement affecté en zone constructible. Au contraire, si le fonds est situé en zone constructible, la servitude grève sévèrement le fonds, puisqu'elle l'empêche d'être utilisé selon son affectation.

2. La police des constructions

La police des constructions détermine le type de constructions autorisées ainsi que l'équipement du terrain que leur présence exige. Ces règles fixent l'affectation, la taille et la situation des ouvrages. Elles concernent en particulier la technique, la sécurité et l'esthétique des constructions ainsi que les rapports de voisinage et la procédure. Ces règles constituent la base sur laquelle les servitudes viennent se greffer : d'une part, les servitudes nécessaires permettent au propriétaire d'un fonds d'obliger son voisin à contribuer à l'équipement de son terrain ; d'autre part, les servitudes volontaires permettent au propriétaire d'un fonds, par convention avec son voisin, d'assurer l'équipement de son immeuble (par le biais d'une servitude de conduite, de passage, etc.), de convenir d'une réglementation plus rigoureuse que les prescriptions légales (par le biais d'une servitude de hauteur, de limitation dans les constructions, etc.) ou, au contraire, d'y déroger (par le biais d'une servitude d'empiètement, etc.).

B. La détermination de la valeur vénale des immeubles au moyen des méthodes de calcul de l'estimation immobilière

1. Généralités

Une fois que le potentiel de l'immeuble est déterminé au moyen des conditions-cadres du droit public (*supra* § 1, II, A), il convient de calculer sa valeur vénale grâce aux méthodes de calcul de l'estimation immobilière.

L'estimation immobilière est un domaine qui relève avant tout de la pratique. Elle recouvre des situations si différentes qu'il est difficile d'élaborer des règles d'estimation généralisables. En effet, chaque terrain possède des caractéristiques qui lui sont propres. Cependant, deux grandes catégories d'immeubles peuvent être distinguées: les immeubles constructibles et les immeubles inconstructibles. Le droit de superficie concerne généralement des immeubles constructibles (sauf s'il est constitué sur des plantes isolées ou des plantations, art. 678 al. 2 et 3 CC). Pour cette raison, je me limiterai à l'examen du calcul de la valeur des immeubles constructibles.

Trois méthodes sont généralement retenues pour le calcul de la valeur vénale des immeubles constructibles, qu'ils soient construits ou à bâtir: la méthode comparative ou statistique (*infra* 2), la valeur réelle ou intrinsèque (*infra* 3) et la valeur de rendement (*infra* 4)³. Quelle que soit la méthode choisie, il est difficile de déterminer précisément la valeur vénale d'un immeuble. Pour arriver à un résultat aussi proche de la réalité que possible, il convient de mettre en relation toutes ces méthodes (*infra* 5).

2. *La méthode comparative ou statistique*

La méthode comparative ou statistique consiste à rechercher, parmi les transactions récentes qui ont eu lieu dans la région, les prix payés pour des fonds de même nature, de même qualité, de même situation⁴. Il existe plusieurs méthodes d'évaluation par comparaison.

- *La comparaison directe*, qui consiste à déterminer la valeur de l'immeuble en se basant sur d'autres biens, dont on connaît le prix de vente et qui sont en tous points semblables au fonds qui doit être estimé; si les immeubles trouvés présentent des différences, il est possible de procéder à un ajustement pour en tenir compte⁵.
- *Le prix moyen au mètre carré*, qui consiste à rechercher sur le marché immobilier un prix fiable, fixé pour un immeuble présentant une situation et une configuration semblables au bien qu'il s'agit d'estimer. Le prix global de ce terrain doit ensuite être divisé par sa superficie totale. On obtient ainsi son

³ Dans cette étude, seules les règles d'estimation immobilière de droit suisse seront examinées, à l'exclusion de règles internationales telles que celles élaborées par TEGoVA.

⁴ H. HESS/H. WEIBEL, *Das Enteignungsrecht des Bundes*, T. I, Berne 1986, n. 80 ad art. 19 LEX; P. MOOR, *Droit administratif, L'organisation des activités administratives, Les biens de l'Etat*, T. III, Berne 1992, p. 417. Voir également les ATF 115/1989 Ib 408/410 = JdT 1991 I 394/396; 114/1988 Ib 286/295 sv. = JdT 1990 I 415/419; 93/1967 I 130/149 = JdT 1968 I 98/118.

⁵ S. SPAHR, *Valeur et valorisme en matière de liquidations successorales*, thèse, Fribourg 1994, p. 22; HESS/WEIBEL, op. cit., n. 84 ss ad art. 19 LEX; P. FAVARGER/P. THALMANN, *Les secrets de l'expertise immobilière*, Lausanne 2007, p. 29 ss et 35 ss; USECE/SEK/SVIT, p. 45.

prix au mètre carré. Pour déterminer la valeur vénale du bien en question, il suffit ensuite de multiplier le résultat obtenu par sa surface⁶.

- *La méthode hédoniste*, également appelée méthode hédonique ou économétrique, qui consiste à décomposer le bien en ses différents éléments. La valeur de chacun d’eux ainsi que leur influence sur l’immeuble doivent être déterminées⁷. Cette méthode présente l’avantage de permettre la comparaison entre des immeubles qui ne sont pas en tous points identiques. Concrètement, cette méthode est basée sur une formule qui produit un prix lorsque l’on introduit une longue liste d’attributs décrivant l’immeuble, le terrain et la situation. Les paramètres sont estimés statistiquement afin que la formule reproduise au mieux les prix payés pour un vaste échantillon de transactions immobilières. La formule doit être régulièrement mise à jour en fonction des transactions récentes⁸.

3. *La valeur réelle ou intrinsèque*

La valeur réelle ou intrinsèque s’obtient par l’addition de la valeur de l’ouvrage et de celle du terrain.

- *La valeur de l’ouvrage* érigé sur l’immeuble ou susceptible de l’être est déterminée par le coût de sa (re)construction, en dehors de toute convention et de toute influence extérieure⁹. Elle correspond à la valeur de l’ouvrage à neuf, soit aux frais de construction du bâtiment et aux coûts annexes. Ces montants doivent être diminués par une éventuelle dévalorisation due au vieillissement¹⁰.
- *La valeur du terrain* dépend des constructions qui sont ou peuvent être érigées dessus. En effet, celles-ci représentent la concrétisation des possibilités d’utilisation du sol¹¹. Il existe de nombreuses méthodes de calcul de la valeur du terrain¹², dont *la méthode comparative ou statistique*, qui a déjà été présentée plus haut (*supra* § 1, II, B, 2), et *la méthode des classes de situation*, qui

⁶ SPAHR, op. cit., p. 23 ; FAVARGER/THALMANN, op. cit., p. 33.

⁷ Pour plus de détails sur cette méthode, voir K. FIERZ, *Der Schweizer Immobilienwert, Die moderne Lehre der Immobilienbewertung auf der Grundlage der Betriebswirtschaftslehre, der Finanzmathematik und der Ökonometrie*, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2005, p. 279 ss, et Réduction de valeur des immeubles causée par le bruit des avions, Comment quantifier l’effet du bruit du trafic aérien sur la valeur vénale d’habitants, *L’expert fiduciaire* 2005 354/355 ; FAVARGER/THALMANN, op. cit., p. 40 ss.

⁸ P. THALMANN, Les valeurs immobilières et les multiples façons de les estimer, B&F 1998 74/75.

⁹ USECE/SEK/SVIT, p. 47 et SVKG/SEK/SVIT, p. 55 ; L. PEDRAZZINI, *L’évaluation des actifs immobiliers, Théories et pratique*, Chêne-Bourg 1998, p. 9.

¹⁰ Voir, par exemple, l’ATF 122/1996 II 337/346 = JdT 1997 I 415/422.

¹¹ P. WIEDERKEHR, *Die Expropriationsentschädigung, dargestellt nach schweizerischem und zürcherischem Recht*, thèse Zurich, Winterthur 1966, p. 43 ; PEDRAZZINI, op. cit., p. 15.

¹² PEDRAZZINI, op. cit., p. 20, en a recensé une dizaine.

fait correspondre, avant tout en fonction de l'emplacement de l'immeuble, un coefficient très précis entre la valeur du terrain et la valeur du bâtiment¹³. Pour obtenir la valeur du terrain, les opérations suivantes doivent être effectuées :

- déterminer la valeur de l'ouvrage bâti ou à bâtir ;
- définir la centralité au moyen de la clé en notant chaque critère déterminant (zonage, trafic avoisinant, infrastructures environnantes, niveau de viabilisation, etc.) selon un barème allant de 1 à 10, en additionnant les résultats obtenus et en les pondérant selon une formule ;
- calculer la part du terrain, qui est égale à la centralité multipliée par 7%, et la part de construction, qui correspond au 100% de la valeur de l'immeuble entier, diminué par la part du terrain.

4. *La valeur de rendement*

La valeur de rendement permet d'estimer la valeur vénale d'un bien par la capitalisation du rendement annuel qu'il produit¹⁴. Elle s'applique aux immeubles produisant un rendement, qu'ils soient bâtis ou non. Traditionnellement, la valeur de rendement a toujours été calculée d'après *la méthode de capitalisation perpétuelle*, qui part du postulat que le taux de capitalisation est fixe et que le rendement est constant¹⁵. Cette méthode présente l'inconvénient de ne pas être assez flexible pour tenir compte des aléas de la réalité et partant, d'être parfois imprécise. Pour cette raison, les estimateurs ont développé une autre méthode, *la méthode des cash-flows actualisés*, qui prend, de nos jours, une grande importance pratique. Elle permet de calculer de manière très précise le rendement d'un immeuble pour les cinq ou dix prochaines années, par tranches d'un an. Elle nécessite cependant un plan d'activité comportant les loyers futurs attendus, les vacances locatives, les coûts d'administration de l'ouvrage, les investissements nécessaires, les provisions, etc.¹⁶.

5. *Les relations entre ces méthodes*

En théorie, toutes ces méthodes devraient amener au même résultat, celui-ci correspondant à la valeur vénale de l'immeuble. Cependant, en pratique, tel n'est jamais le cas. Dès lors, il convient d'estimer la valeur vénale du bien-fonds en fonction de toutes les méthodes et de comparer les résultats obtenus. Une

¹³ W. NAEGELI/H. WENGER, *L'estimation immobilière*, 4^e éd., Genève 1997, p. 28.

¹⁴ P. ZEN-RUFFINEN/C. GUY-ECABERT, *Aménagement du territoire, construction, expropriation*, Berne 2001, n. 1175 ; SPAHR, op. cit., p. 25.

¹⁵ PEDRAZZINI, op. cit., p. 57 sv. ; voir également FAVARGER/THALMANN, op. cit., p. 60.

¹⁶ Pour plus de détails, voir SVKG/SEK/SVIT, p. 81 ; FAVARGER/THALMANN, op. cit., p. 54 ss.

importance plus ou moins grande est attribuée à chaque méthode en fonction de son degré de précision. La valeur qui prévaut est la valeur de rendement.

Généralement, pour déterminer la valeur vénale d'un immeuble, la valeur de rendement par capitalisation perpétuelle est pondérée avec la valeur réelle ou intrinsèque. La méthode comparative ou statistique n'intervient pas dans le calcul, mais elle doit toujours servir de base de référence en arrière-plan; il est en effet fondamental de garder à l'esprit les prix pratiqués sur le marché pour ne pas s'égarer dans des calculs compliqués qui peuvent parfois s'éloigner de la réalité.¹⁷

La méthode des cash-flows actualisés est de plus en plus utilisée car, bien qu'elle prenne en considération des éléments futurs qui sont forcément incertains, elle est plus précise que les autres méthodes.

III. Les deux faces du calcul de la valeur objective d'une servitude

La valeur d'une servitude a deux faces: celle qu'elle revêt pour le propriétaire du fonds servant (*infra* A) et celle que lui attribue le bénéficiaire du droit (*infra* B).

En m'inspirant des règles permettant de déterminer le montant de l'indemnité due en cas d'expropriation d'une servitude, en particulier de l'art. 19 de la loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation, j'ai pu élaborer une méthode de calcul de la valeur des servitudes. Celle-ci comprend les deux éléments suivants, qui s'additionnent :

- la diminution de valeur de la partie du fonds touchée par la servitude, respectivement l'augmentation de valeur résultant directement de la servitude;
- la dépréciation de la partie restante, soit celle qui n'est pas directement touchée par la servitude, respectivement l'augmentation indirecte de la valeur du reste de la parcelle du fait de la servitude.

A. La valeur objective de la servitude pour le propriétaire du fonds servant

Pour le propriétaire du fonds servant, lors de la constitution d'une servitude, le calcul correspond à l'addition de la diminution de valeur de la partie du fonds

¹⁷ K. FIERZ, *Le taux d'intérêt et la valeur des biens-fonds, La nouvelle théorie de l'évaluation des biens-fonds et son application dans la pratique*, 4^e éd., Bonaduz 2002, p. 188.

touchée par la servitude (*infra* 1) et de la dépréciation de la partie restante (*infra* 2).

1. *La diminution de valeur de la partie du fonds touchée par la servitude*

La partie du fonds touchée par la servitude est toujours *un cube*¹⁸. En effet, même une servitude de passage de surface, qui ne semble toucher que la surface du fonds, grève aussi une partie de son espace aérien, puisque celui-ci doit rester libre de construction sur une certaine hauteur pour permettre le passage des piétons et/ou des véhicules.

Pour déterminer la diminution de valeur de la partie du fonds touchée par la servitude, il convient tout d'abord de calculer la surface touchée par la servitude (*infra* a). Celle-ci doit ensuite être multipliée par la valeur vénale attribuée à cette surface, qui dépend des possibilités d'utilisation du volume du fonds (*infra* b). Au montant obtenu, il convient finalement de soustraire la valeur résiduelle du terrain, qui tient compte du potentiel restant d'utilisation du volume de la partie touchée (*infra* c).

a. *La surface touchée*

Pour déterminer la diminution de valeur de la partie du fonds touchée par la servitude, il convient tout d'abord de connaître la surface touchée physiquement par la servitude. Cette surface correspond à l'emprise qu'a la servitude sur le terrain. Elle varie considérablement d'une servitude à l'autre. Pour une servitude de passage, par exemple, la surface touchée est celle sur laquelle passe le chemin.

b. *La valeur vénale de la surface touchée*

La valeur vénale de la surface touchée par la servitude se détermine d'après les règles et les méthodes de l'estimation immobilière (*supra* § 1, II, B). Dans la pratique, les juges se basent souvent sur la méthode comparative (*supra* § 1, II, B, 2) : ils déterminent le prix du terrain au mètre carré, qu'ils multiplient par la surface touchée.

c. *La valeur résiduelle de la surface touchée*

La constitution d'une servitude entrave généralement l'utilisation de la partie de l'immeuble qu'elle touche. La valeur résiduelle de cette surface dépend de l'intensité avec laquelle la servitude grève le fonds et des possibilités d'exploit-

¹⁸ ATF 82/1956 II 397/401 = JdT 1957 I 464/467.

tation qui existent désormais. Elle peut être exprimée en pourcentage de la valeur vénale initiale. Si tout usage est empêché, la portion de terrain touchée n'a plus aucune valeur.

2. *La dépréciation de la partie restante*

Il arrive fréquemment que le reste de l'immeuble subisse indirectement une dépréciation du fait de la servitude. En effet, même des surfaces qui ne sont pas touchées directement par la servitude peuvent subir les conséquences de celle-ci. Par exemple, une servitude de passage mal située et constituée sur un fonds relativement petit peut rendre tout l'immeuble inconstructible. L'ampleur de la dépréciation de la partie restante varie considérablement d'une servitude et d'un fonds servant à l'autre.

B. **La valeur objective de la servitude pour son bénéficiaire**

La valeur objective d'une servitude, pour son bénéficiaire, correspond à la plus-value qu'elle confère à son immeuble ou à son patrimoine ordinaire. Cependant, le bénéficiaire de la servitude n'est pas le propriétaire de l'objet sur lequel elle porte. Il a seulement un droit d'usage et, le cas échéant, de jouissance sur cet objet ; il n'a en revanche pas le droit d'en disposer. Ainsi, la valeur de la servitude se détermine en fonction de la plus-value que confèrent l'usage et, le cas échéant, le droit de jouissance sur l'objet de la servitude.

Le calcul correspond à l'addition de l'augmentation de valeur résultant directement de la servitude (*infra* 1) et de l'augmentation indirecte de la valeur du reste de la parcelle du fait de la servitude (*infra* 2).

1. *L'augmentation de valeur résultant directement de la servitude*

La constitution d'une servitude peut augmenter directement la valeur du patrimoine de son bénéficiaire de trois manières, qui s'excluent généralement : soit la servitude confère la propriété sur des ouvrages situés sur le fonds servant, soit elle octroie un droit d'usage sur une partie du fonds servant, soit elle interdit certains actes au propriétaire du fonds servant. Toutefois, dans certains cas, il arrive que ces différents éléments s'additionnent. Ainsi, par exemple, lors de la constitution d'un droit d'eau permettant la construction d'installations de captage et/ou de dérivation, la servitude confère à la fois la propriété sur des ouvrages situés sur le fonds servant et un droit d'usage sur une partie du fonds servant.

2. *L'augmentation indirecte de la valeur du reste de la parcelle du fait de la servitude*

Il est difficile d'établir une méthode de calcul généralisable permettant de déterminer l'augmentation indirecte de la valeur du reste de la parcelle. Chiffrer abstraitement cette plus-value relève de l'impossible. Par conséquent, seuls quelques exemples seront présentés :

- *une servitude de passage ou de conduite* peut octroyer au fonds dominant l'équipement nécessaire selon les règles du droit de la construction, alors que, de par le droit public, le fonds n'aurait pas pu être viabilisé ; la servitude confère ainsi la qualité de terrain à bâtir à un fonds jusqu'alors inconstructible ;
- *un droit de superficie* permet d'ériger une construction qui, avec celle existant sur le fonds dominant, procure un rendement que les deux ouvrages n'auraient pas pu apporter séparément ;
- *un droit de vue* entraîne une augmentation indirecte de la valeur de tout le fonds dominant.

IV. **Le point de vue déterminant pour le calcul de la valeur objective d'une servitude**

Comme il l'a été exposé précédemment, une servitude peut avoir deux valeurs totalement indépendantes l'une de l'autre. La première correspond à la charge que la servitude représente pour le fonds servant, la seconde à la plus-value qu'elle confère au fonds dominant ou au patrimoine du bénéficiaire. Ces deux valeurs ne sont généralement pas égales. Il convient dès lors de déterminer quel point de vue doit être pris en considération pour calculer la valeur de la servitude. La question se pose en particulier lors de la fixation de la valeur litigieuse d'un procès portant sur une servitude (*infra* A), lors d'une procédure de double mise à prix dans les enchères forcées (*infra* B) et lors de l'estimation de la valeur vénale d'un immeuble grevé ou au bénéfice d'une servitude et lors de l'ouverture d'une succession (*infra* C).

A. **La fixation de la valeur litigieuse d'un procès portant sur une servitude**

La valeur litigieuse d'un procès portant sur une servitude se détermine en fonction de l'avantage que la servitude procure à son bénéficiaire ou au fonds dominant. Cependant, si le préjudice qu'elle fait subir au fonds servant est plus considérable, c'est ce préjudice qui est déterminant¹⁹. Au final, la règle prévoit

¹⁹ ATF 5D_10/2011 du 15 avril 2011 ; 136 III 60 ; ATF 5P.124/2006, cons. 4 ; 5C.145/2004, cons. 1.4.

que la valeur la plus élevée doit être retenue, qu'elle corresponde au point de vue du bénéficiaire de la servitude ou à celui du propriétaire du fonds grevé.

B. La procédure de double mise à prix dans les enchères forcées

Lors d'une procédure de double mise à prix dans les enchères forcées, c'est la valeur que les enchérisseurs attribuent à la servitude qui est déterminante. En effet, ce sont les offres qu'ils font pour l'immeuble avec et sans la servitude, qui déterminent la valeur de la servitude. Par conséquent, même si la servitude a une valeur plus élevée pour son titulaire que celle retenue par les enchérisseurs, le premier ne peut être désintéressé que dans la mesure de l'excédent demeurant après le paiement des créanciers-gagistes antérieurs (art. 812 al. 2 CC). En revanche, par rapport aux créanciers-gagistes postérieurement inscrits, c'est la valeur attribuée à la servitude par son titulaire qui prévaut (art. 812 al. 3 CC).

C. L'estimation de la valeur vénale d'un immeuble grevé ou au bénéfice d'une servitude et l'ouverture d'une succession

Lors de l'estimation de la valeur vénale d'un immeuble grevé ou au bénéfice d'une servitude et lors de l'ouverture d'une succession, il n'existe qu'un seul point de vue. Ces cas ne posent par conséquent pas de problème particulier, puisqu'il n'y a pas d'intérêts en contradiction. Ainsi, par exemple, lorsqu'une succession comporte un immeuble grevé par une servitude, c'est la valeur objective de la servitude, du point de vue du propriétaire grevé, qui entre en considération.

§2 Le calcul de la valeur du droit de superficie

I. Généralités

Le droit de superficie est la servitude en vertu de laquelle une personne a la faculté d'avoir ou de faire des constructions ou d'autres ouvrages sur le fonds d'autrui. Il permet de tenir en échec le principe de l'accession énoncé à l'art. 667 CC et de dissocier la propriété du sol de celle des constructions qui s'y trouvent (art. 675 al. 1 CC). Le droit de superficie est régi par les art. 675 et 779 ss CC.

Comme il l'a été mentionné en guise d'introduction, du point de vue de sa valeur²⁰, le droit de superficie est une servitude particulière. En effet, elle n'octroie pas seulement au bénéficiaire de la servitude un droit d'utilisation limité sur la parcelle d'un autre, mais elle permet de constituer *deux droits de propriété distincts* sur les divers éléments d'un seul immeuble : le propriétaire du fonds servant reste propriétaire du terrain et le bénéficiaire de la servitude acquiert la propriété sur les constructions.

Ainsi, dans la pratique des affaires, il est admis qu'en présence d'un droit de superficie grevant la totalité d'un immeuble, le propriétaire du fonds servant conserve *la valeur de rendement du terrain* et le bénéficiaire de la servitude acquiert *la valeur de rendement des constructions*²¹.

Cette conception n'est pas fautive, mais il convient de veiller à ce qu'elle n'amène aucune confusion. Elle ne doit en particulier pas laisser croire que le rendement d'une installation souterraine (un parking, par exemple) revient au propriétaire du fonds servant. Par ailleurs, il convient de garder à l'esprit que le droit de superficie peut être accordé gratuitement.

Le superficiaire *acquiert le rendement de l'immeuble entier* puisqu'il en a la jouissance exclusive. Cependant, il verse généralement au propriétaire du fonds servant *une rente superficielle* qui représente la contre-prestation due à ce dernier pour l'utilisation de son fonds, soit, en quelque sorte, la location du sol²². La rente superficielle doit théoriquement correspondre au rendement du terrain : le propriétaire du fonds servant conserve ainsi la valeur de rendement de son terrain, qu'il perçoit sous la forme d'une rente superficielle (art. 779i CC) ou éventuellement d'un capital²³.

En pratique, la rente superficielle fait l'objet d'un ajustement quasi systématique à l'index des prix à la consommation²⁴; par ailleurs, les parties

²⁰ Dans la suite de cette étude, le caractère « objectif » de la valeur de la servitude ne sera plus mentionné ; il est désormais sous-entendu.

²¹ NAEGELI/WENGER, op. cit., p. 178 ; M. FIERZ, op. cit., p. 86 ; WIEDERKEHR, op. cit., p. 57 ; P.-H. STEINAUER, Les droits réels, T. III, 3^e éd., Berne 2003, n. 2545 ; M. GROSSENBACHER, *Das selbständige und dauernde Baurecht im Unternehmenssteuerrecht (dargestellt anhand des Steuerrechts des Bundes und des Kantons Zürich)*, thèse, Zurich 1992, p. 38 ; T. STUDER/R. L. FREY/P. RÜST, *Der partnerschaftliche Baurechtszins*, Bâle 1987, p. 13.

²² Voir V. MÜLLER, *Der Baurechtszins und seine grundpfandrechtliche Sicherung*, thèse, Zurich 1968, p. 7, et B. MAYR VON BALDEGG, *Die Gegenleistung beim Baurecht*, thèse, Berne 1938, p. 36.

²³ Voir aussi GROSSENBACHER, op. cit., p. 44 ; STUDER/FREY/RÜST, op. cit., p. 13 ; W. WILD, *Das Baurecht*, RNR 1952 293/298.

²⁴ A ce sujet, voir RNR 1996 32/33 ss ; GROSSENBACHER, op. cit., p. 47 ; P. ISLER, *Die Eignung des Baurechts für private Grundeigentümer, in Aspekte der Rechtsentwicklung, Zum 50. Geburtstag von Professor Arthur Meier-Hayoz*, Zurich 1972, p. 77/86 ; STUDER/FREY/RÜST, op. cit., p. 23 ss ; A. VON MAY, *Aus der Praxis des Baurechts*, RNR 1970 65/69.

peuvent convenir d'une rente variable, en fonction du montant des intérêts hypothécaires ou de l'indice des prix du loyer²⁵.

Le droit de superficie peut être constitué en servitude foncière ou en servitude personnelle. Cette distinction a une influence sur la détermination de la valeur du droit de superficie. Les servitudes foncières sont le plus souvent constituées pour une durée indéterminée, alors que les servitudes personnelles le sont généralement pour un laps de temps déterminé ; ce sont par conséquent les situations qui seront présentées dans cette étude. Le calcul de la valeur du droit de superficie foncier sera examiné en premier lieu (*infra* II), puis celui du droit de superficie personnel sera traité (*infra* III).

II. Le droit de superficie constitué en servitude foncière

A. La valeur de la servitude pour le propriétaire du fonds servant

La valeur de la servitude pour le propriétaire du fonds servant comprend la diminution de valeur de la partie du fonds touchée par la servitude (*infra* 1) et la dépréciation de la partie restante (*infra* 2). Une fois que ces principes auront été développés, ils seront explicités à l'aide d'un exemple (*infra* 3).

1. La diminution de valeur de la partie du fonds touchée par la servitude

a. La surface touchée

La surface touchée par le droit de superficie correspond généralement à l'immeuble entier. Cependant, l'assiette de la servitude peut parfois être limitée à une partie de cet immeuble. Tel est le cas, par exemple, si la surface entière du fonds n'est pas nécessaire à la construction ou si le droit de superficie porte sur des plantes isolées ou des plantations. Le propriétaire du fonds grevé peut ainsi continuer d'utiliser librement la surface qui n'est pas sous l'emprise du droit.

b. La valeur vénale de la surface touchée

La valeur vénale de la surface touchée par la servitude se détermine d'après les règles et les méthodes de l'estimation immobilière (*supra* § 1, II, B).

²⁵ MÜLLER, op. cit., p. 10 sv.

Le terrain faisant l'objet d'un droit de superficie possède généralement les caractéristiques suivantes :

- *il s'agit d'un terrain constructible* ; puisque le droit de superficie octroie à son bénéficiaire le droit d'avoir ou de faire des constructions, l'immeuble doit se trouver en zone constructible ;
- *il est construit ou libre de constructions.*

La valeur du terrain dépend de la construction érigée dessus ou de celle qui peut l'être. Cependant, si le terrain n'est pas encore bâti à la constitution du droit de superficie, sa valeur ne comprend évidemment pas la valeur des constructions que le droit de superficie permettra de construire ou des plantations qui seront plantées, puisqu'à la constitution du droit, elles n'existent pas encore et qu'une fois construites, elles seront la propriété du bénéficiaire de la servitude.

Lorsque le droit de superficie porte sur des plantes isolées ou des plantations (art. 678 al. 2 et 3 CC), des conduites ou des installations d'approvisionnement en eau, il peut être constitué sur un terrain inconstructible, agricole ou inculte.

c. La valeur résiduelle de la surface touchée

Un droit de superficie permet à son bénéficiaire de s'approprier ou d'ériger une construction sur le fonds d'autrui. Ainsi, le propriétaire de l'immeuble grevé perd toute possibilité d'utilisation de la surface touchée par la servitude ; il est totalement privé (d'une partie) de son fonds²⁶. Pour lui, cette portion de terrain est inutilisable : elle ne conserve aucune valeur résiduelle.

2. La dépréciation de la partie restante

Généralement, l'emprise de la servitude porte sur tout l'immeuble ; il ne peut donc pas y avoir de dépréciation supplémentaire.

Si les parties conviennent que l'assiette de la servitude ne portera que sur une partie du fonds, les situations suivantes peuvent se présenter.

- S'il est possible de construire un ouvrage à un autre endroit du fonds sans que l'indice d'utilisation du sol ne soit amoindri, le reste de la parcelle bénéficie de l'augmentation de valeur provenant du fait qu'une construction peut y être érigée. Cette augmentation de valeur compense la diminution de valeur subie par la surface touchée par la servitude, sauf s'il est moins opportun de construire en un autre endroit du fonds. Ainsi, globalement, le fonds ne subit pas de dépréciation du fait de la servitude.

²⁶ GROSSENBACHER, op. cit., p. 43 sv. ; ISLER, op. cit., p. 85 ; P. LIVER, Über die Formen der Begründung und Übertragung von dinglichen Rechten an Grundstücken, RNRF 1945 65 ss et 121/128.

- Lorsque la surface libre de restriction est trop petite pour être construite ou cultivée dans la même mesure qu'elle ne l'était auparavant, elle subit également une diminution de valeur puisqu'elle ne peut plus non plus être utilisée comme telle ; elle devient du terrain inconstructible, respectivement inculte.

3. Exemple

D'après les règles de droit public, un ouvrage d'une valeur vénale de CHF 1 958 000²⁷, dont les revenus s'élèveront vraisemblablement à CHF 134 000, peut être construit sur l'immeuble grevé. Le taux de capitalisation est de 5%. Les calculs se font au moyen de la valeur réelle ou intrinsèque et de la valeur de rendement. Selon la méthode des classes de situation, la clé de centralité est de 4 ; la part de terrain se monte par conséquent à 28% et celle de l'ouvrage à 72%²⁸.

1. Valeur vénale de la surface touchée :

– Valeur réelle ou intrinsèque :		
– Valeur de l'ouvrage :	72%	1 958 000
– Valeur du terrain :	28%	762 000
– Valeur réelle ou intrinsèque :	100%	2 720 000
– Valeur de rendement :	134 000 : 5%	2 680 000
– Valeur vénale :		
– Moyenne des valeurs réelle et de rendement :		2 700 000
– Valeur du terrain :	28% × 2 700 000	756 000

2. Valeur résiduelle de la surface touchée :

0

3. *Dépréciation de la partie restante* : comme l'immeuble entier subit l'emprise de la servitude, une dépréciation du reste du fonds n'entre pas en ligne de compte :

0

4. Valeur de la servitude :

756 000

²⁷ Cette valeur est irréaliste pour l'objet d'un droit de superficie foncier. En effet, un tel droit porte généralement sur des transformateurs électriques ou d'autres objets semblables, qui possèdent une valeur nettement moindre. Nous garderons tout de même cette valeur comme base de calcul, afin que les montants obtenus dans ce calcul puissent être comparés à ceux relatifs au droit de superficie personnel (*infra* § 2, III).

²⁸ Les exemples sont inspirés par ceux de NAEGELI/WENGER, op. cit., p. 178, et d'USECE/SEK/SVIT, p. 99 et SVKG/SEK/SVIT, p. 126.

B. La valeur de la servitude pour le propriétaire du fonds dominant

Pour le propriétaire du fonds dominant, la valeur du droit de superficie correspond à l'augmentation de valeur qu'il confère à son fonds. Grâce à la servitude, le bénéficiaire a la possibilité d'édifier une construction dont il devient propriétaire ou d'acquérir la propriété sur une construction existante. Il ne possède pas de droit de propriété sur le terrain sur lequel la construction est bâtie, mais il a la jouissance exclusive de ce dernier. Ainsi, dans les limites des clauses du contrat de superficie, le bénéficiaire profite de l'immeuble comme s'il en était propriétaire : il bénéficie des revenus et assume les investissements et les charges²⁹. Dans la suite de cette étude, seule sera examinée la situation dans laquelle le bénéficiaire acquiert, grâce à la servitude, la propriété sur une (des) construction(s) préexistante(s). Cependant, même si le droit de superficie porte sur un terrain nu à la constitution du droit, les coûts d'édification de l'ouvrage ne doivent pas être retranchés des bénéfices retirés grâce à la servitude. En effet, les parties ont prévu une indemnité de retour correspondant à la valeur des constructions à la fin du droit. Cette indemnité est destinée à compenser les coûts de construction que le superficiaire a supportés lors de l'édification du bâtiment.

Avant de procéder au calcul proprement dit (*infra* 2) et de présenter un exemple pratique (*infra* 3), il est nécessaire d'énumérer les éléments qui permettent de déterminer la valeur de la servitude (*infra* 1).

1. Les éléments qui permettent de déterminer la valeur de la servitude

Le bénéficiaire de la servitude *perçoit le rendement de l'immeuble entier*. Un immeuble faisant l'objet d'un droit de superficie est presque toujours un fonds bâti ou susceptible de l'être. Ainsi, sa valeur se détermine au moyen des méthodes traditionnelles de calcul applicables aux immeubles constructibles (*supra* § 1, II, B)³⁰.

²⁹ Le bénéficiaire du droit de superficie doit s'acquitter de certains frais, en particulier des frais relatifs aux constructions, qui se composent des dépenses moyennes pour l'entretien, l'administration de l'ouvrage et les taxes. Sauf convention contraire, ces dernières comprennent en particulier les impôts sur la valeur représentée par les bâtiments ou les ouvrages (impôts sur la fortune et le revenu), les primes d'assurance-incendie, les taxes d'épuration des eaux ou de raccordement à des canalisations, etc. L'impôt foncier est généralement supporté par les deux parties (H. LEEMANN, *Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Art. 730-918 ZGB*, commentaire bernois, T. IV/2, Berne 1925, n. 61 ad art. 779 CC; C. WIELAND, *Les droits réels dans le Code civil suisse*, T. I, Paris 1913, n. 16 ad art. 779 CC; STEINAUER, op. cit., n. 2538b; P. PIOTET, *Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières*, in *Traité de droit privé suisse*, T.V/3, Fribourg 1978, p. 82; M. PILET, *Le droit de superficie du Code civil suisse*, thèse, Lausanne 1912, p. 155 ss).

³⁰ NAEGELI/WENGER, op. cit., p. 177; K. FIERZ, *Le taux d'intérêt*, p. 353 ss; M. FIERZ, op. cit., p. 86 sv.

Il faut cependant tenir compte du fait que le superficiaire n'est pas le propriétaire du terrain. Ainsi, il *doit restituer la valeur vénale du terrain au propriétaire du fonds grevé*, généralement sous la forme d'une rente superficiaire.

Il peut exister des situations dans lesquelles la valeur de la servitude est supérieure au montant obtenu parce que le droit de superficie procure au fonds dominant une valeur plus élevée que le rendement des constructions lui-même. Il se peut, par exemple, que les possibilités de construire du fonds dominant, couplées à celles que confère la servitude, procurent des meilleures possibilités d'utilisation et donc, une valeur de rendement plus grande que si les constructions étaient séparées.

2. *Le calcul proprement dit*

Lorsque la valeur du droit équivaut, pour son bénéficiaire, à la valeur de rendement, le calcul se fait de la manière suivante (si le droit vaut plus, il convient d'ajouter ce montant au résultat obtenu).

1. Le rendement de l'immeuble entier doit être déterminé.
2. Le montant de la rente superficiaire doit être déterminé. Pour ce faire, plusieurs méthodes de calcul ont été développées. A mon avis, le montant de la rente superficiaire doit tenir compte de l'influence des constructions sur le terrain. La méthode des classes de situation me paraît dès lors être la mieux adaptée. Au résultat ainsi obtenu, il convient d'appliquer un taux de capitalisation.
3. Le rendement net ainsi obtenu doit être capitalisé à un taux de 5%, par exemple, au moyen de la table 48 STAUFFER/SCHAETZLE pour les rentes illimitées dans le temps³¹.

3. *Exemple*

Les données sont les mêmes que dans l'exemple précédent.

1. <i>Rendement de l'immeuble entier :</i>	134 000
2. <i>Rente superficiaire :</i>	
– Valeur du terrain :	$28\% \times 2\,700\,000 = 756\,000$
– Rendement annuel du terrain :	$4.5\%^{32} \times 756\,000$ 34 000

³¹ Voir également GROSSENbacher, op. cit., p. 48. Sur la table qu'il convient d'utiliser, voir M. SCHAETZLE/S. WEBER, *Kapitalisieren, Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln*, 5^e éd., Zurich 2001, p. 303.

³² Le taux de capitalisation utilisé peut être inférieur au taux de capitalisation pratiqué pour les constructions, car il n'y a pas lieu de tenir compte de vacances et de frais de rénovation (ATF 112/1986 Ib 514/522 = JdT 1988 I 576 [passage non reproduit]; NAEGELI/WENGER, op. cit., p. 178; M. MOOSER, Droits réels limités et impact sur la valeur vénale – Le cas particulier du droit de superficie, in *Cours CSEA 1999, Expertise financière immobilière*, p. 8).

3. Rendement net de l'immeuble : 100 000

Facteur de capitalisation pour la durée illimitée du droit, à un taux de capitalisation de 5%, selon la table 48 STAUFFER/SCHAETZLE: 20.537630

4. Valeur de la servitude : 2 053 763

III. Le droit de superficie constitué en servitude personnelle

Le droit de superficie constitué en servitude personnelle grève un fonds en faveur de personnes physiques ou morales. Sa valeur correspond à la charge, respectivement aux avantages qu'il représente pour chacune des parties pendant l'exercice du droit (*infra* A). Elle est également influencée par la situation convenue pour l'expiration du droit (*infra* B)³³.

La valeur du droit de superficie varie au cours de son existence. Puisqu'il est, sauf convention contraire, cessible et transmissible, il peut devoir être calculé fréquemment. Un exemple d'estimation de la valeur du droit sera présenté (*infra* C).

A. La situation des parties pendant l'exercice du droit

1. La valeur de la servitude pour le propriétaire du fonds servant

La valeur de la servitude pour le propriétaire du fonds servant comprend la diminution de valeur de la partie du fonds touchée par la servitude (*infra* a) et la dépréciation de la partie restante (*infra* b). Une fois que ces principes auront été développés, ils seront explicités à l'aide d'un exemple (*infra* c).

a. La diminution de valeur de la partie du fonds touchée par la servitude

La surface touchée par le droit de superficie peut s'étendre à tout le fonds ou se limiter à une partie de celui-ci.

Comme en présence d'un droit de superficie foncier, le propriétaire de l'immeuble grevé perd toute possibilité d'utilisation de la surface touchée par la servitude. Ainsi, de son point de vue, cette portion de terrain ne garde aucune valeur résiduelle pendant la durée du droit, ce qui implique que la diminution de valeur qu'elle subit est égale à sa valeur vénale.

³³ Voir aussi GROSSENBACHER, op. cit., p. 44 sv.

Cependant, le propriétaire du fonds servant n'est entièrement privé de son terrain que pour une durée limitée ; il convient d'en tenir compte lors de la détermination de la valeur de la servitude. Par conséquent, les opérations sont les suivantes :

- détermination du rendement du terrain de la surface touchée ;
- capitalisation du montant obtenu, à un taux de 4.5% par exemple, en fonction de la durée du droit.

b. La dépréciation de la partie restante

La situation est la même qu'en présence d'un droit de superficie foncier : la servitude porte généralement sur tout l'immeuble.

Si tel n'est pas le cas, il convient d'examiner si les possibilités d'utilisation du reste du fonds sont entravées. Le montant obtenu doit ensuite être capitalisé en fonction de la durée du droit.

c. Exemple

Un droit de superficie personnel est constitué pour 80 ans. Pour le surplus, les données sont les mêmes que dans les exemples précédents.

1. Valeur vénale de la surface touchée :

– Valeur du terrain :	$28\% \times 2\,700\,000$	756 000
– Rendement annuel du terrain :	$4.5\% \times 756\,000$	34 000
– Facteur de capitalisation pour la durée du droit (80 ans), à un taux de capitalisation de 4.5% (table 48 STAUFFER/SCHAETZLE) :		22.087465
– Valeur capitalisée du terrain :		751 000

2. Valeur résiduelle de la surface touchée :

0

3. Dépréciation de la partie restante : comme l'immeuble entier subit l'emprise de la servitude, une dépréciation du reste du fonds n'entre pas en ligne de compte :

0

4. Valeur de la servitude :

751 000

2. La valeur de la servitude pour son bénéficiaire

Avant de présenter un exemple pratique (*infra* b), il convient d'exposer les principes de calcul de la valeur du droit (*infra* a).

a. *Les principes*

La valeur du droit de superficie pour son bénéficiaire correspond à l'augmentation de son patrimoine. Comme en présence d'un droit de superficie foncier, il acquiert la propriété sur une (des) construction(s) mais ne possède pas de droit de propriété sur le terrain sur lequel elles sont bâties. Il a toutefois la jouissance exclusive de ce dernier.

Le calcul est le même que lorsque le droit de superficie est foncier, mis à part que le coefficient de capitalisation ne correspond pas à une rente illimitée dans le temps, mais à la durée prévue par le droit³⁴.

b. *Exemple*

Un droit de superficie personnel est constitué pour 80 ans. Pour le surplus, les données sont les mêmes que dans les exemples précédents.

1. Rendement net de l'immeuble :	134 000–34 000	100 000
2. Facteur de capitalisation pour la durée du droit (80 ans), à un taux de capitalisation de 5% (table 48 STAUFFER/SCHAETZLE) :		20.123242
3. Valeur de la servitude :		2 012 324

B. La situation convenue par les parties pour l'expiration du droit

A l'expiration du droit de superficie, le principe de l'accession s'applique à nouveau : les constructions « font retour » au propriétaire de l'immeuble et deviennent parties intégrantes de celui-ci (art. 779c CC). Par conséquent, le bénéficiaire de la servitude perd la propriété des ouvrages qu'il a érigés ou dont il est devenu propriétaire. Trois solutions s'offrent aux parties : elles peuvent prévoir l'acquisition des constructions par le propriétaire du fonds servant moyennant le versement d'une indemnité équitable (*infra* 1), une telle acquisition sans contre-prestation (*infra* 2) ou le rétablissement de l'état primitif du fonds (*infra* 3). La solution choisie par les parties influence la valeur de la servitude.

1. Le versement d'une indemnité équitable pour le retour des constructions

Sauf convention contraire, le propriétaire du fonds servant doit verser une indemnité équitable au superficiaire pour le retour des constructions (art. 779d

³⁴ Voir aussi GROSSENBACHER, op. cit., p. 45.

al. 1 CC). Idéalement, cette indemnité équitable doit être une indemnité pleine et entière³⁵. L'indemnité se calcule de la manière suivante :

- détermination de la valeur de l'ouvrage, soit uniquement au moyen de la valeur réelle ou intrinsèque, soit en la pondérant avec la valeur de rendement (une clé de centralité est alors nécessaire)³⁶ ;
- la date déterminante est celle du moment de l'évaluation³⁷ ; il convient cependant d'actualiser le montant obtenu au moyen d'un taux d'escompte³⁸, car la valeur des constructions, à cause du vieillissement, tendra à diminuer jusqu'à la fin du droit.

Pour le fonds servant, le retour des constructions n'engendre pas une plus-value puisqu'elle est compensée par l'indemnité équitable versée au superficiaire.

Pour le superficiaire, l'indemnité de retour doit être ajoutée à la valeur de la servitude. Si le montant de l'indemnité est très élevé et que le droit de superficie vient d'être constitué (il a donc encore beaucoup de valeur), la valeur de la servitude peut approcher celle de l'immeuble entier et même la dépasser³⁹.

2. *L'absence d'indemnité pour le retour des constructions*

Les parties peuvent prévoir de supprimer toute indemnité pour le retour des constructions au propriétaire. Dans ce cas, le superficiaire, pour ne pas subir de perte, doit totalement amortir ses constructions avant l'expiration du droit⁴⁰. Dès lors, le plus souvent, l'ouvrage n'a plus de valeur à la fin du droit (*infra a*). Il arrive cependant qu'il conserve une valeur résiduelle (*infra b*).

a. *La construction n'a plus de valeur à la fin du droit*

Dans cette situation, la construction que le propriétaire du fonds servant acquiert à l'expiration du droit représente une charge pour lui. En effet, elle entraîne des frais de démolition et de remise en état. Si ceux-ci sont calculés

³⁵ En employant le terme « équitable », le législateur a voulu insister sur le fait que toutes les circonstances du cas doivent être prises en considération (STEINAUER, op. cit., n. 2561).

³⁶ NAEGELI/WENGER, op. cit., p. 177.

³⁷ USECE/SEK/SVIT, p. 98 et SVKG/SEK/SVIT, p. 125.

³⁸ USECE/SEK/SVIT, p. 98 et SVKG/SEK/SVIT, p. 125.

³⁹ R. MERKER, *Der Grundsatz der « vollen Entschädigung » im Enteignungsrecht*, thèse, Zurich 1975, p. 160 sv. Relevons cependant que si le droit de superficie a été mis en gage, l'indemnité de retour ne peut pas être versée au superficiaire sans le consentement des créanciers-gagistes, car elle représente une garantie pour le solde de leur(s) créance(s) (art. 779d CC). Ainsi, lorsque le droit de superficie est grevé de gage(s), le superficiaire ne percevra le plus souvent qu'une partie de l'indemnité de retour.

⁴⁰ STEINAUER, op. cit., n. 2562.

avant la fin du droit de superficie, il convient d'actualiser le montant des frais de démolition et de remise en état au moyen d'un taux d'escompte.

Pour le fonds grevé, le montant obtenu doit être ajouté à la valeur de la servitude. Il constitue en effet une charge supplémentaire qui doit être additionnée à celle que représente déjà la servitude.

Pour le superficière, ce montant n'influence en rien la valeur de son droit.

b. La construction conserve une valeur résiduelle

Dès l'expiration du droit, la construction appartient au propriétaire du fonds grevé. C'est donc lui qui bénéficie de sa valeur résiduelle. Le calcul de celle-ci se fait selon la méthode exposée pour le retour des constructions moyennant une indemnité (*supra* § 2, III, B, 1).

Pour le fonds grevé, le montant obtenu doit être déduit de la valeur de la servitude. Il représente en effet un bénéfice qui diminue la charge imposée par la servitude.

Pour le superficière, ce montant n'influence en rien la valeur de son droit.

3. Le rétablissement de l'état primitif du fonds

Si les parties ont prévu que le fonds doit être remis en état à la fin du droit, cela implique la destruction des constructions et la remise en état du terrain⁴¹. Si ces coûts sont calculés avant la fin du droit de superficie, il convient d'actualiser le montant obtenu au moyen d'un taux d'escompte.

Le propriétaire du fonds grevé reçoit ainsi un fonds correspondant exactement à celui qu'il avait mis à disposition au début du droit : un terrain à bâtir non construit. Il ne fait donc ni bénéfice, ni perte.

Pour le superficière, les frais relatifs au rétablissement de l'état primitif du fonds doivent être déduits de la valeur de la servitude, car ils constituent une charge.

C. Exemple

La donnée est toujours la même que dans les exemples précédents. Précisons cependant qu'une indemnité de CHF 1 000 000 a été fixée pour le retour des constructions (indemnité de retour due dans x années, exprimée en argent, à la valeur actuelle de celui-ci).

⁴¹ STEINAUER, op. cit., n. 2562.

1. La valeur du droit de superficie pour le propriétaire du fonds servant

a. La valeur de la servitude sans l'indemnité de retour

La valeur de la servitude sans l'indemnité de retour : 751 000

b. L'indemnité de retour

Indemnité de retour dans 80 ans, exprimée en argent, à la valeur actuelle de celui-ci: 1 000 000

Facteur d'escompte pour prestation arrivant à échéance dans 80 ans, pour un taux d'intérêt de 5% (table 46 STAUFFER/SCHAETZLE): 0.0201770

Montant de l'indemnité de retour dans 80 ans à sa valeur actuelle : 20 177

c. La valeur de la servitude

Valeur de la servitude sans l'indemnité de retour: 751 000

Montant de l'indemnité de retour dans 80 ans: + 20 177

Valeur de l'ouvrage au moment de son acquisition par le propriétaire du fonds servant: - 20 177

Valeur de la servitude : 751 000

2. La valeur du droit de superficie pour le bénéficiaire de la servitude

a. La valeur de la servitude sans l'indemnité de retour

La valeur de la servitude sans l'indemnité de retour : 2 012 324

b. L'indemnité de retour

Indemnité de retour dans 80 ans, exprimée en argent, à la valeur actuelle de celui-ci: 1 000 000

Facteur d'escompte pour prestation arrivant à échéance dans 80 ans, pour un taux d'intérêt de 5% (table 46 STAUFFER/SCHAETZLE): 0.0201770

Montant de l'indemnité de retour dans 80 ans à sa valeur actuelle : 20 177

c. La valeur de la servitude

Valeur de la servitude sans l'indemnité de retour: 2 012 324

Montant de l'indemnité de retour dans 80 ans: + 20 177

Valeur de la servitude: 2 032 501

Conclusion

La valeur déterminante dans le cadre des servitudes est la valeur objective. Contrairement à la valeur objective d'autres biens, celle d'une servitude ne peut pas être déterminée pour elle-même. En effet, elle dépend de l'influence qu'a la servitude sur d'autres objets, à savoir l'immeuble qu'elle grève et celui au bénéfice duquel elle est constituée. Une servitude possède donc deux valeurs, totalement indépendantes l'une de l'autre, qui sont fonction des conséquences que le droit engendre pour les fonds concernés.

En théorie, ces valeurs se déterminent au moyen d'un calcul simple ; en effet, il suffit d'additionner tous les préjudices subis par le fonds servant et tous les avantages retirés par le bénéficiaire de la servitude. Cependant, le calcul est difficile à mettre en pratique car il fait appel aux méthodes de l'estimation immobilière qui certes, reposent sur des bases claires, précises et concrètes, mais qui nécessitent la prise en compte d'éléments futurs forcément incertains et qui recourent souvent à des comparaisons. Les résultats ne sont par conséquent pas toujours aussi précis que l'on pourrait le souhaiter.

Ce problème ressort clairement dans le calcul de la valeur du droit de superficie : en effet, en présence d'un tel droit, le propriétaire du fonds servant et le propriétaire du fonds dominant se partagent la valeur de l'immeuble entier : pour le premier, la charge que représente la servitude équivaut à la valeur du terrain alors que pour le second, la valeur de son droit correspond à celle des constructions. Or, l'addition de ces deux montants ne correspond qu'approximativement à la valeur vénale de tout l'immeuble. La différence est due, d'une part au fait que les valeurs vénale et de rendement ne sont jamais égales et interviennent tour à tour, et d'autre part au recours à un taux de capitalisation qui rend le calcul approximatif mais qu'il est nécessaire d'utiliser lorsque le droit est prévu pour une longue durée.

Malgré les approximations inévitables qui viennent d'être mentionnées, la méthode présentée dans cette étude offre une solide base de calcul de la valeur des servitudes et permet également de déterminer le prix d'une servitude ou l'indemnité qui la compense.

CESSION DU DROIT DE SUPERFICIE ET DROITS DE PRÉEMPTION LÉGAUX DE L'ART. 682 AL. 2 CC

BÉNÉDICT FOËX

Introduction

Le droit de superficie confère à son titulaire le droit « d'avoir ou de faire » des constructions sur (ou sous) le fonds grevé (art. 779 al. 1 CC). Ce droit n'est pas nécessairement cessible ; c'est un peu surprenant, s'agissant d'une servitude qui procure à son bénéficiaire la propriété des constructions : le pouvoir juridique de disposer n'est-il pas un attribut essentiel de la propriété (art. 641 al. 1 CC) ?

Quoi qu'il en soit, le droit de superficie peut être stipulé incessible. Il convient dès lors de rechercher quels sont les droits de superficie cessibles (*infra*, I.A). Ensuite, nous étudierons les modalités de la cession du droit de superficie (*infra*, I.B) avant de nous intéresser aux effets de cette cession (*infra*, I.C). Nous passerons ensuite au droit de préemption, en rappelant ses caractéristiques (*infra*, II.A, B et C), puis les modalités (*infra* II.D) et les conséquences juridiques (*infra*, II.E) de son exercice.

On le sait, depuis la modification de l'art. 678 CC entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004¹, le droit de superficie peut également porter sur les plantes. La présente contribution se limite toutefois au droit de superficie relatif aux constructions.

¹ RO 2003 p. 4121 s.

I. La cession du droit de superficie

A. Un droit cessible

1. Le droit de superficie peut revêtir plusieurs formes². La première d'entre elles, que l'on ne rencontre pas souvent (si ce n'est dans le cas des servitudes d'empiétement), est le droit de superficie constitué sous forme de servitude foncière³. La titularité du droit de superficie est alors liée à la propriété d'un fonds dominant. En d'autres termes, le droit de superficie suit le sort du fonds dominant : si le fonds dominant change de mains, la servitude foncière de superficie change également de titulaire. Cette servitude foncière de superficie ne peut donc pas être cédée indépendamment du fonds dominant : elle est incessible en tant que telle⁴. Elle peut donc être laissée de côté ici.

2. Le deuxième type de droit de superficie est la servitude *personnelle* de superficie stipulée *incessible*. La servitude est ici personnelle : il y a bien un fonds grevé, mais il n'y a pas de fonds dominant. Et cette servitude est stipulée incessible par les parties lors de la création du droit de superficie. Il y faut une clause expresse du contrat de superficie (en la forme écrite⁵). En effet, l'art. 779 al.2 CC prévoit que les servitudes personnelles de superficie sont « sauf convention contraire » cessibles et transmissibles aux héritiers ; la loi présume donc la cessibilité et la transmissibilité de la servitude personnelle de superficie⁶.

Lorsque le droit est stipulé incessible, il ne peut pas valablement être cédé : si le titulaire du droit passe outre et cède néanmoins son droit, l'aliénation n'est pas valable et l'acquéreur ne devient pas superficiaire. La doctrine majoritaire soutient toutefois que l'incessibilité n'est opposable à l'acquéreur que si elle résulte de l'inscription au registre foncier⁷ ; il faudrait donc inscrire « droit de su-

² Cf., dans cet ouvrage, la contribution de Michel Mooser, ch. II.

³ Cf. par exemple : ATF 133 III 311/316.

⁴ Cf. par exemple : P.-H. Steinauer, Les droits réels, Tome II, 3^e éd., Berne 2002, n^o 2199. La servitude foncière peut naturellement être transformée en servitude personnelle cessible, ce qui suppose l'accord de tous les intéressés (grevé, propriétaire du fonds dominant, titulaires de droits réels limités grevant le fonds dominant [à tout le moins ceux dont le droit est postérieur à la constitution de la servitude]) et une modification de l'inscription au registre foncier (cf. par exemple : P. Liver, Die Grunddienstbarkeiten, Zürcher Kommentar, vol. IV.2 a.1, 2^e éd., Zurich 1980, n. 36 et 38 s. *ad* art. 730 ; P. Piotet, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, Traité de droit privé suisse, vol. V.3, Fribourg 1978, p. 50).

⁵ Cf. art. 732 et 779 a (*a contrario*) CC ; P. R. Isler, in *Zivilgesetzbuch II. Basler Kommentar* (H. Honsell, N.P. Vogt et T. Geiser, éd.), 3^e éd., Bâle 2007, n. 26 *ad* art. 779.

⁶ Cf. Mooser (note 2), ch. VII.2 ; Isler (note 5), n. 23 *ad* art. 779.

⁷ P.-H. Steinauer, Les droits réels, Tome III, 3^e éd., Berne 2003, n^o 2526 ; Isler (note 5), n. 26 *ad* art. 779 ; Alban Ballif, Le droit de superficie. Eléments réels, obligations *propter rem* et droits personnels anno-

perficie incessible», par exemple, pour que l'incessibilité soit opposable aux tiers.

Il est pourtant généralement admis que l'incessibilité, lorsqu'elle est stipulée, fait partie du contenu même du droit conféré⁸, au même titre par exemple que la durée du droit de superficie⁹. En bonne logique, l'on devrait donc considérer que l'incessibilité du droit de superficie est opposable aux tiers par nature, sans que l'inscription au registre foncier ne doive la refléter; selon cette manière de voir, le contrat de cession ayant pour objet un droit de superficie incessible serait frappé de nullité, pour impossibilité objective (art. 20 CO).

Quoi qu'il en soit, la question n'a pas une grande importance pratique, les droits de superficie incessibles étant rares¹⁰. A cela s'ajoute que l'incessibilité du droit de superficie pourra en tout état de cause être annotée au registre foncier (et être ainsi rendue opposable aux tiers) dès l'entrée en vigueur du nouvel art. 779b al. 2 CC¹¹.

3. La troisième catégorie de droits de superficie est constituée par les servitudes *personnelles* de superficie *cessibles*. C'est l'hypothèse visée à l'art. 779 al. 2 CC: il n'y a ni fonds dominant, ni clause d'incessibilité. Le droit de superficie est alors en principe librement cessible. Il est dit « distinct » (cf. art. 779a et art. 779l al. 1 CC, art. 7 al. 2 ch. 1 ORF).

Il est loisible aux parties de restreindre la cessibilité. Ces restrictions doivent toutefois demeurer dans certaines limites fixées par la jurisprudence si les parties entendent immatriculer le droit de superficie comme immeuble au registre foncier: selon le Tribunal fédéral, « *on devrait admettre comme étant conforme au caractère distinct de ce droit une limitation réelle de la transmissibilité, avec la prescription que le consentement ne doit pas être refusé selon le bon plaisir, mais seulement pour des motifs spécialement indiqués ou importants, ou bien qu'il doit être donné sous certaines conditions définies et avec la possibilité d'en appeler à une juridiction en cas de refus* »¹². L'essentiel semble être qu'« *un nombre suffisant d'acquéreurs admissibles et irrécusables* » subsiste potentiellement nonobstant les restrictions à la cessibilité, de sorte que la « *négociabilité du droit* » ne soit pas atteinte¹³.

tés, thèse Lausanne, Zurich 2004, p. 100 s. (qui réserve le cas où l'acquéreur est de mauvaise foi). Voir en revanche Mooser (note 2), ch. VII.2; H. Leemann, Sachenrecht. II Abteilung, Berner Kommentar, vol. IV.II, Berne 1925, n. 49 *ad* art. 779.

⁸ Leemann (note 7), N. 50 *ad* art. 779; D. Bachmann, Verfügungsbeschränkungen bei gebuchten selbständigen und dauermeden Rechten, insbesondere Baurechten, thèse Zurich, Berne 1993, p. 148.

⁹ Cf. par exemple à cet égard: Isler (note 5), n. 5 *ad* art. 779a; Ballif (note 7), p. 108.

¹⁰ Isler (note 5), n. 24 *ad* art. 779.

¹¹ Pour le texte de cette disposition, cf. *infra*, appel de note 19.

¹² ATF 72 I 233/237, JdT 1947 I 265/269.

¹³ ATF 72 I 233/237, JdT 1947 I 265/270.

Ainsi, il est généralement admis qu'un droit de superficie n'est plus distinct si sa cession est soumise au consentement préalable du grevé et que ce consentement peut être librement refusé¹⁴; en revanche, le droit de superficie garde cette qualité si le contrat prévoit par exemple que le grevé peut refuser son accord si le cessionnaire ne présente pas des garanties suffisantes de solvabilité, ou si l'acquéreur ne reprend pas les obligations contractuelles du cédant ou encore si le bâtiment prévu par l'acte constitutif n'a pas été construit¹⁵.

La doctrine est partagée sur la question de savoir si ces restrictions sont ou non opposables aux tiers¹⁶. Quoi qu'il en soit, le Tribunal fédéral semble avoir admis récemment que les clauses restreignant la cessibilité d'un droit de superficie ne produisent qu'un effet personnel¹⁷; c'est en tout cas ainsi que cet arrêt, qui n'est guère limpide, a été compris par la doctrine¹⁸.

Bref, il semble bien que les restrictions à la cessibilité des droits de superficie cessibles ne produisent que des effets personnels, conformément au principe de la relativité des conventions. Si le titulaire cède son droit sans respecter les limitations mises à la cessibilité, par exemple s'il cède son droit sans recueillir le consentement du propriétaire du fonds grevé, il viole ses engagements contractuels et répond du dommage qu'il cause le cas échéant ainsi au propriétaire du fonds grevé (art. 97 al. 1 CO). En revanche, cela n'affecte pas la validité de la cession et l'acquéreur du droit est protégé.

Il faut toutefois noter que la situation va changer dès l'entrée en vigueur du nouvel art. 779b al. 2 CC. En effet, cette disposition prévoit que « si les parties en conviennent, d'autres dispositions contractuelles peuvent être annotées au registre foncier »¹⁹. Il en résulte que les clauses relatives à la cessibilité du droit de superficie ou restreignant cette cessibilité pourront être annotées au registre foncier et être ainsi rendues opposables aux tiers²⁰.

¹⁴ Voir par exemple Steinauer (note 4), n° 1510a.

¹⁵ Cf. par exemple Isler (note 5), n. 29 *ad* art. 779; R. Pfäffli / D. Byland, *Aktuelles aus dem Bundesgericht: Zur Übertragungsbeschränkung beim selbständigen und dauernden Baurecht*, in Jusletter du 9 février 2009, n° 17.

¹⁶ Pour une présentation et une analyse des opinions en présence, voir par exemple Ballif (note 7), p. 96 ss.

¹⁷ ATF 135 III 103, JdT 2009 I 201.

¹⁸ Voir notamment: M. Wolfer, *Zur Übertragung von Personaldienstbarkeiten: Übertragungsvorgang und Übertragungsbeschränkungen*, in PJA 2010 p. 37 ss, p. 42 s.; R. Pfäffli, *Entwicklungen im Sachenrecht und Bodenrecht*, in RSJ 2010 p. 66 ss, p. 68; Pfäffli / Byland (note 15), n° 18; R. Pfäffli, *Dienstbarkeiten: Neuerungen mit besonderer Berücksichtigung des Bereinigungsverfahrens*, in RNRF 2010 p. 357 ss, p. 365; A. Koller, *Note ad ATF 135 III 103*, in PJA 2009 p. 369 s., p. 369; Mooser (note 2), ch. VII.2.

¹⁹ Cf. FF 2009 p. 7947.

²⁰ Pfäffli / Byland (note 15), n° 23 s.; Mooser (note 2), ch. III.2.

B. Les modalités de la cession

1. La cession du droit de superficie s'effectue en principe à titre onéreux ; il s'agit alors d'un contrat analogue à une vente du droit de superficie²¹. La cession peut également être convenue à titre gratuit ; on a alors affaire à une donation.

2. Si le droit de superficie (cessible) n'est pas immatriculé au registre foncier, il se cède par simple acte de cession écrite²². La forme authentique n'est pas nécessaire²³, sauf si l'on a affaire à une cession à titre gratuit²⁴. Il n'est pas non plus nécessaire d'inscrire ce changement de titulaire au registre foncier²⁵. L'inscription du nouveau titulaire au registre foncier est possible²⁶, mais elle ne produit qu'un effet déclaratif²⁷.

3. Si le droit de superficie est immatriculé au registre foncier, il est un immeuble (art. 655 al. 2 ch. 2 CC) et se transfère comme un immeuble. Le contrat de cession doit donc être revêtu de la forme authentique (art. 657 al. 1 CC)²⁸. Et l'inscription du nouveau titulaire au registre foncier est nécessaire : elle produit un effet constitutif²⁹; c'est bien entendu le cédant qui doit requérir l'inscription du nouveau titulaire au registre foncier (art. 963 al. 1 CC)³⁰.

4. Le consentement du propriétaire du fonds servant n'est pas requis (sauf clause contraire du contrat de superficie). Conformément à l'art. 969 al. 1 CC, le grevé sera toutefois informé de l'inscription du nouveau superficiaire au registre foncier³¹ (si le droit est immatriculé ou si l'inscription déclarative du cessionnaire du droit distinct non immatriculé est requise).

²¹ Cf. S. Venturi, *in* Code des obligations I. Commentaire romand (L. Thévenoz et F. Werro, éd.), Genève 2003, n. 8 *ad* art. 184 (vente d'une servitude).

²² Art. 7 CC et 165 al. 1 CO ; cf. Piotet (note 4), p. 51. Voir aussi : Steinauer (note 7), n° 2527 ; Isler (note 5), n. 21 *ad* art. 779 ; B. Henggeler, *in* Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (M. Amstutz *et al.*, éd), Zurich 2007, n. 5 *ad* art. 779 ; P. Simonius / T. Sutter, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, vol. II, Bâle 1990, pp. 56 et 143. Selon le Tribunal fédéral, les règles sur la cession de créances ne sont cependant pas applicables : ATF 135 III 103/111, JdT 2009 I 201/208 ; voir aussi Wolfer (note 18), p. 39 s.

²³ Voir cependant : Office fédéral du registre foncier, 8. 2. 1989, *in* NB 1989 p. 211. Voir aussi : Koller (note 18), p. 370.

²⁴ Art. 243 al. 2 CO ; Simonius / Sutter (note 22), p. 56.

²⁵ ATF 133 III 311/321. Steinauer (note 7) n° 2527 ; Henggeler (note 22), n. 5 *ad* art. 779.

²⁶ Art. 35 al. 2 *lit. d* ORF. Piotet (note 4), p. 51 ; Koller (note 18), p. 370

²⁷ Simonius / Sutter (note 22), p. 143 ; Koller (note 18), p. 370. *Contra*: Wolfer (note 18), p. 40.

²⁸ Steinauer (note 7), n° 2528 ; Piotet (note 4), p. 52 ; Isler (note 5), n. 21 *ad* art. 779 ; Henggeler (note 22), n. 5 *ad* art. 779 ; Simonius / Sutter (note 22), p. 143 ; Wolfer (note 18), p. 38.

²⁹ Simonius / Sutter (note 22), p. 143 ; Wolfer (note 18), p. 38.

³⁰ Simonius / Sutter (note 22), p. 143 ; Wolfer (note 18), p. 38.

³¹ J. Schmid, *in* Zivilgesetzbuch II. Basler Kommentar (H. Honsell, N.P. Vogt et T. Geiser, éd.), 3e éd., Bâle 2007, n. 13a *ad* art. 969. *Contra*: Pfäffli / Byland (note 15), n° 18 (qui réservent le cas où le grevé est titulaire d'un droit de préemption au sens de l'art. 682 al. 2 CC).

Le Tribunal fédéral a jugé que le conservateur du registre foncier n'a ni l'obligation ni le droit de faire dépendre l'inscription du transfert du droit de superficie de la production du consentement du grevé³²: à l'égard du registre foncier, le titulaire du droit de superficie a le pouvoir de disposer de son droit, même si le contrat de superficie soumet la cession au consentement du grevé³³. En d'autres termes, les clauses contractuelles restreignant la cessibilité du droit de superficie ne fournissent pas au grevé l'assurance que le transfert ne s'effectuera pas sans son accord: le conservateur peut et doit les ignorer. On a vu que ces clauses pourront dès l'entrée en vigueur du nouveau droit être annotées au registre foncier³⁴. Elles seront alors opposables à tout droit acquis postérieurement sur l'immeuble (art. 959 al. 2 CC); en bonne logique, elles n'empêcheront toutefois pas l'inscription d'une cession non accompagnée du consentement du grevé³⁵.

C. Effets de la cession

1. Le droit de superficie est un droit réel. Mais il s'accompagne de droits et obligations réciproques des parties, qui résultent soit de la loi, soit du contrat constitutif de superficie. Il nous faut donc distinguer trois « niveaux »³⁶:

- le niveau du droit réel de superficie;
- le niveau des droits et obligations rattachées *propter rem* à la titularité du droit de superficie, inséparables du droit de superficie;
- le niveau des droits et obligations purement personnels, qui ne lient pas l'acquéreur sans clause particulière du contrat de cession.

2. En premier lieu, le cessionnaire devient titulaire du droit de superficie: il acquiert le droit réel, avec tous ses attributs. En particulier, il devient propriétaire du bâtiment et des autres ouvrages édifiés conformément au droit de superficie³⁷. La propriété de ces constructions (que l'on peut qualifier de « choses immobilières »³⁸) est en effet rattachée à la titularité du droit de superficie.

Pour le surplus, le contenu du droit de superficie en tant que droit réel n'est pas affecté par la cession. Le cessionnaire acquiert le droit de superficie du cé-

³² ATF 135 III 103/111, JdT 2009 I 208.

³³ ATF 135 III 103/111, JdT 2009 I 208.

³⁴ *Supra*, I.A.3.

³⁵ Art. 961a CC. Voir cependant: Pfäffli / Byland (note 15), n° 24. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte (ATF 135 III 103/111, JdT 2009 I 208).

³⁶ Cf. Mooser (note 2), ch. III.

³⁷ Cf. par exemple Steinauer (note 7), n° 2527.

³⁸ Cf. Piotet (note 4), p. 76.

dant, avec le même contenu et les mêmes effets, dans les limites prévues à l'art. 779b CC. De même, la durée du droit de superficie n'est pas affectée par la cession ; il s'agit là aussi d'un élément qui définit le droit réel lui-même³⁹ et qui, partant, est opposable au cessionnaire et dont ce dernier peut se prévaloir.

3. Deuxième niveau, les droits et obligations *propter rem*. Ils sont liés à la titularité du droit de superficie ou à la propriété du fonds grevé. Les obligations qui sont liées *propter rem* au droit de superficie sont reprises *ipso jure* par le cessionnaire, dès que ce dernier devient titulaire du droit⁴⁰; quant aux droits qui sont rattachés *propter rem*, ils bénéficient au superficiaire sans autre formalité.

Certains droits et obligations *propter rem* sont conventionnels : ils sont rattachés au droit de superficie s'ils ont fait l'objet d'une annotation au registre foncier ; tel est par exemple le cas des clauses relatives à l'indemnité lors du retour des constructions (art. 779e CC)⁴¹ et des stipulations modifiant ou supprimant les droits de préemption légaux de l'art. 682 al. 2 CC (art. 681b al. 1 CC)⁴².

D'autres droits ou obligations *propter rem* sont légaux : ils sont rattachés au droit de superficie de par la loi, sans annotation au registre foncier ; c'est par exemple le cas du droit de préemption légal du superficiaire (art. 682 al. 2 CC) et de l'obligation du superficiaire de rétrocéder le droit de superficie en cas de retour anticipé (art. 779f CC)⁴³. Mais surtout, il faut mentionner l'obligation tendant à l'inscription de l'hypothèque légale garantissant le paiement de la rente due au propriétaire du fonds grevé⁴⁴; l'art. 779i al. 1 CC prévoit en effet que l'inscription de l'hypothèque légale peut être exigée de « tout superficiaire actuel », exprimant par là le rattachement *propter rem* de l'obligation d'inscrire l'hypothèque légale⁴⁵.

4. Enfin, d'autres stipulations du contrat de superficie ne font pas partie du droit réel lui-même et ne sont pas rattachées *propter rem* par l'annotation ou par l'effet de la loi. Il s'agit dès lors d'engagements contractuels qui ne produisent d'effets qu'*inter partes*, entre le propriétaire du fonds grevé et le superfi-

³⁹ Cf. les auteurs cités *supra*, note 9.

⁴⁰ Pour une analyse détaillée : Ballif (note 7), p. 115, qui rappelle que « lorsque l'obligation *propter rem* consiste en plusieurs obligations successives, le rapport de base, ou obligation souche, demeure rattaché *propter rem* dans tous les cas, mais les obligations périodiques qui en découlent perdent leur caractère *propter rem* une fois nées et ne changent pas de débiteur en cas de transfert subséquent du droit réel auquel elles sont rattachées ».

⁴¹ Cf. par exemple : Ballif (note 7), p. 140.

⁴² Ballif (note 7), p. 198 ; etc. Voir cependant l'art. 60a al. 2 ORFI qui précise, en cas de réalisation forcée, que « les conventions au sens de l'article 681b, 1er alinéa, CC, qui accordent des privilèges au titulaire d'un droit de préemption, ne seront pas prises en considération lors des enchères ».

⁴³ Pour une énumération complète, voir Ballif (note 7), p. 113 s.

⁴⁴ Cf. par exemple : TF, 22. 7. 2005, *in* RNR 2008 p. 169/171. Steinauer (note 7), n° 2551.

⁴⁵ Cf. notamment, pour plus de détails : Ballif (note 7), p. 174.

ciaire originel. Sans cession de créance, sans reprise de dette ou sans reprise du contrat de superficie dans son ensemble, ces engagements ne lient pas l'acquéreur du droit de superficie et ne lui bénéficient pas. Il en va évidemment ainsi même si le contrat de superficie contient une clause prévoyant que le superficiaire a l'obligation de faire reprendre ses engagements contractuels en cas de cession du droit.

Ces clauses contractuelles ne produisant qu'un effet personnel sont nombreuses. A titre d'exemples on peut citer les clauses instituant un délai pour construire le bâtiment, celles qui restreignent la faculté de louer les locaux, qui obligent le superficiaire à entretenir ou à assurer le bâtiment, ou encore qui lui impartissent l'obligation de s'acquitter des impôts et taxes relatifs au bâtiment⁴⁶.

Mais surtout, il faut rappeler que l'obligation de payer la rente due par le superficiaire n'est pas rattachée *propter rem*⁴⁷: l'obligation de payer la rente est un engagement « *de nature purement obligatoire que le superficiaire originaire doit remplir et continuer à remplir en vertu du contrat même en cas d'aliénation du droit de superficie* »⁴⁸.

En d'autres termes, l'obligation de payer la rente ne passe pas « *de par la loi à l'acquéreur du droit de superficie* »⁴⁹: une reprise de dette est nécessaire⁵⁰; sans elle, l'aliénateur reste débiteur de la rente et l'acquéreur n'est pas tenu de la payer. Le propriétaire du fonds grevé se consolera peut-être en se rappelant que son droit à l'inscription de l'hypothèque légale (si cette dernière n'est pas encore inscrite) est en revanche dirigé contre l'acquéreur du droit. Il ne s'agit toutefois là que d'un pis-aller. En effet, il ne faut pas oublier que le droit de superficie n'est pas nécessairement immatriculé comme immeuble au registre foncier et que, s'il ne l'est pas, l'inscription de l'hypothèque légale n'est alors pas possible (art. 779i al. 1 CC). Et même si le droit de superficie est immatriculé, la situation du grevé n'est pas confortable, puisqu'il a en face de lui deux interlocuteurs: le superficiaire originel, resté débiteur de la rente, et le cessionnaire du droit de superficie, propriétaire de l'immeuble hypothéqué ou à hypothéquer.

Bref, en l'état, les engagements contractuels de ce troisième niveau ne suivent pas le droit de superficie. Une cession de créance et, le cas échéant, une reprise de dette sont nécessaires. Pour la première la forme écrite doit être res-

⁴⁶ Cf. notamment: Steinauer (note 7), n° 2538; Isler (note 5), n. 8 *ad* art. 779b.

⁴⁷ ATF 5A_251/2010, consid. 4.1; TF, 22.7. 2005, *in* RNR 2008 p. 169/171; ATF 127 III 300/303, JdT 2001 I 239/243. Steinauer (note 7), n° 2546; Ballif (note 7), p. 114; Henggeler (note 22), n. 1 *ad* art. 779i; etc.

⁴⁸ ATF 127 III 300/303, JdT 2001 I 239/243.

⁴⁹ Steinauer (note 7), n° 2546.

⁵⁰ TF, 22.7. 2005, *in* RNR 2008 p. 169/171; ATF 127 III 300/303, JdT 2001 I 239/243.

pectée (art. 165 al. 1 CO), alors que la loi ne soumet pas la reprise de dette à une forme particulière⁵¹.

Les parties peuvent également convenir de la reprise de l'ensemble du contrat de superficie par le cessionnaire du droit de superficie. Selon la doctrine, un tel transfert de contrat constitue une modification du contrat repris, avec comme conséquence que doit être observée la forme légale dans laquelle le contrat à transférer a été conclu⁵². En d'autres termes, si le contrat de superficie a été conclu en la forme authentique (cf. art. 779a CC), le transfert de ce contrat sera également soumis à la forme authentique ; cela ne devrait toutefois pas causer de problème particulier aux parties si le droit de superficie est immatriculé au registre foncier, puisqu'il faut alors de toute manière la forme authentique pour céder le droit lui-même⁵³.

5. Pour conclure sur les effets de la cession du droit de superficie, l'on peut dire qu'en droit actuel, la situation est relativement compliquée, puisqu'il faut distinguer la cession du droit lui-même et le transfert des droits et obligations qui sous-tendent ce droit. Il s'agit là d'une source d'erreurs ou de litiges qui ne doit pas être négligée.

La situation s'améliorera sensiblement dès l'entrée en vigueur du nouveau droit, puisque l'art. 779b al. 2 CC permettra de rattacher par le biais de l'annotation au registre foncier un cercle étendu de dispositions contractuelles. Dans l'immédiat, la parade la plus efficace reste le droit de préemption de l'art. 682 al. 2 CC : son exercice permet au propriétaire grevé d'éviter le changement de superficiaire si les modalités de la cession ne lui conviennent pas ; mais évidemment, il lui faut pour cela se porter acquéreur du droit de superficie (et être à même de financer cette acquisition).

D. Alternatives à la cession

Les parties peuvent également jeter leur dévolu sur des alternatives à la cession. Elles peuvent tout d'abord convenir que le superficiaire louera les locaux au tiers intéressé par l'usage du bâtiment édifié en vertu du droit de superficie. Elles peuvent également convenir de conférer au tiers un droit réel limité grevant le droit de superficie cessible. Il peut par exemple s'agir d'un usufruit. Et si le droit de superficie est immatriculé au registre foncier, les parties peuvent

⁵¹ Sur les cas dans lesquels une certaine forme doit néanmoins être observée, voir par exemple : ATF 110 II 340/342 s. T. Probst, in Code des obligations I. Commentaire romand (L. Thévenoz et F. Werro, éd.), Genève 2003, n. 2 ad art. 175.

⁵² P.G. Favre, Le transfert conventionnel de contrat. Analyse théorique et pratique, thèse, Fribourg 2005, p. 303 ss.

⁵³ Cf. *supra*, I.B.3.

convenir d'un droit de superficie de second degré, grevant le droit de superficie immatriculé, qui pourra lui-même être immatriculé au registre foncier⁵⁴; naturellement, ce droit de superficie de second degré ne peut pas conférer à son bénéficiaire des facultés allant au-delà ou durant plus longtemps que celles concédées au superficiaire de premier degré⁵⁵.

II. Les droits de préemption légaux de l'art. 682 al. 2 CC

A. Généralités

1. L'art. 682 al. 2 CC donne naissance à deux droits de préemption, l'un en faveur du propriétaire du fonds grevé, l'autre en faveur du superficiaire. L'idée est de favoriser la réunion en la même main de la propriété du sol et de la propriété des constructions qui y ont été érigées⁵⁶; il s'agit également de permettre au propriétaire de l'immeuble grevé et au superficiaire d'éviter de se voir imposer un tiers (acquéreur du fonds grevé ou du droit de superficie) qui ne leur conviendrait pas⁵⁷.

Ces deux droits sont des droits de préemption légaux : ils résultent non pas d'un accord entre les parties, mais naissent *ex lege*, dès que les conditions prévues par la loi sont réalisées⁵⁸. En l'espèce, l'art. 682 al. 2 CC pose comme exigence que le droit de superficie soit distinct et permanent. Le droit doit donc être cessible, transmissible et constitué pour trente ans au moins ou pour une durée indéterminée (art. 7 al. 2 ch. 2 ORF⁵⁹). En revanche, la loi n'exige pas que le droit de superficie soit immatriculé au registre foncier⁶⁰: dès qu'un droit de superficie distinct et permanent est constitué, ces deux droits de préemption naissent⁶¹, même s'il n'y a pas immatriculation du droit de superficie au registre foncier.

⁵⁴ Steinauer (note 7), n° 2529 ; Isler (note 5), n. 36 *ad art.* 779.

⁵⁵ Cf. à cet égard Isler (note 5), n. 37 *ad art.* 779.

⁵⁶ Steinauer (note 7), n° 2530 ; Simonius / Sutter (note 22), p. 136 ; H. Rey, *in* Zivilgesetzbuch II. Basler Kommentar (H. Honsell, N.P. Vogt et T. Geiser, éd.), 3e éd., Bâle 2007, n. 2 *ad art.* 682 ; L. Ghandchi, *Das gesetzliche Vorkaufsrecht im Baurechtsverhältnis*. Art. 682 Abs. 2 ZGB, thèse, Zurich 1999, p. 122 s.

⁵⁷ Steinauer (note 7), n° 2530. Voir aussi Rey (note 56), n. 2 *ad art.* 682 ; Ghandchi (note 56), p. 123.

⁵⁸ Cf. par exemple : Steinauer (note 7), n° 2531.

⁵⁹ Voir aussi le nouvel art. 655 al. 3 ch. 2 CC.

⁶⁰ Steinauer (note 7), n° 2530 ; Rey (note 56), n. 11 *ad art.* 682. T. Göksu, *in* Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (M. Amstutz *et al.*, éd), Zurich 2007, n. 4 *ad art.* 682.

⁶¹ Ghandchi (note 56), p. 137.

2. Ces droits de préemption partagent avec les autres droits de préemption légaux les caractéristiques suivantes, qui les distinguent des droits de préemption conventionnels :

- leur durée n'est pas limitée dans le temps (alors que celle des droits de préemption conventionnels immobiliers est limitée à 25 ans par l'art. 216a CO); ils subsistent donc pendant toute la durée du droit de superficie ;
- ils sont rattachés à la propriété du bien-fonds et à la titularité du droit de superficie⁶², sans annotation au registre foncier ;
- ils priment en principe⁶³ les droits de préemption conventionnels (art. 681 al. 3 CC);
- ils ne sont ni cessibles ni transmissibles (art. 681 al. 3 CC), alors que les droits de préemption conventionnels sont transmissibles et peuvent être stipulés cessibles (art. 216b CO);
- ils peuvent être exercés même en cas de réalisation forcée (art. 681 al. 1 CC), contrairement aux droits de préemption concédés volontairement (art. 216c al. 2 CO);
- ils peuvent être supprimés (ce qui est non rarement le cas, s'agissant du droit de préemption légal du superficiaire) ou modifiés, mais uniquement par acte authentique (art. 681b al. 1 CC). Les modifications peuvent par exemple porter sur le prix auquel le droit peut être exercé, sur les types d'actes juridiques qui permettront au bénéficiaire de préempter ou sur le délai d'exercice de l'art. 681a al. 2 CC⁶⁴;
- enfin, le titulaire ne peut renoncer à exercer son droit de préemption légal qu'après la survenance du cas de préemption, et de surcroît par écrit (art. 681b al. 2 CC)⁶⁵; la loi ne pose pas ces exigences pour les droits de préemption conventionnels⁶⁶.

B. Titulaires

Les titulaires de ces droits de préemption sont, d'une part, le propriétaire du fonds grevé et, d'autre part, le titulaire du droit de superficie⁶⁷. L'art. 681b al. 1

⁶² Steinauer (note 7), n° 2531.

⁶³ Un droit de préemption conventionnel portant sur l'immeuble grevé du droit de superficie prime toutefois les droits de préemption de l'art. 682 al. 2 CC s'il a été annoté au registre foncier avant l'inscription du droit de superficie (art. 959 al. 2 CC). Il convient également de réserver les conventions dérogeant à l'art. 681 al. 3 CC ; cf. B. Foëx, Quelques questions pratiques relatives aux droits de préemption du CC/CO, *in* RNRF 2007 p. 1 ss, p. 10.

⁶⁴ Voir par exemple Ballif (note 7), p. 198.

⁶⁵ Cf. P.-H. Steinauer, La renonciation au droit de préemption ou à l'exercice de ce droit, *in* Jusletter du 12 mars 2007, nos 49 ss.

⁶⁶ Steinauer (note 65), nos 36 et 37.

⁶⁷ En cas de pluralité de titulaires, cf. Ghandchi (note 56), p. 134 ss.

CC permettant aux parties de modifier (par acte authentique) les droits de préemption légaux de l'art. 682 al. 2 CC, l'on peut se demander s'il est possible d'étendre conventionnellement le cercle des bénéficiaires.

La réponse paraît devoir être négative. Les droits de préemption légaux sont incessibles et ne peuvent pas être créés par convention. En bonne logique, leur titularité ne peut pas non plus être partagée avec un tiers, sous le couvert d'une « modification » du droit de préemption légal. Il n'est donc par exemple pas possible de prévoir que le droit de préemption légal du superficiaire compètera également à l'actionnaire de la société anonyme superficiaire. En revanche, le débiteur du droit de préemption légal peut bien entendu concéder un droit de préemption à cet actionnaire (ou à un autre tiers); mais il s'agira d'un droit de préemption conventionnel, d'une durée limitée à 25 ans (art. 216a CO) et qui sera (sauf convention contraire, art. 681b al. 1 CC) primé par le droit de préemption légal fondé sur l'art. 682 al. 2 CC⁶⁸.

C. Objet

1. Le droit de préemption du propriétaire du fonds grevé a pour objet le droit de superficie. Selon certains auteurs, ce droit de préemption peut cependant aussi être exercé en cas d'aliénation des quotes-parts de copropriété, si une copropriété par étages a été constituée en vertu du droit de superficie (art. 712b al. 2 ch. 1 CC)⁶⁹. Cette manière de voir n'est cependant guère compatible avec le texte de l'art. 682 al. 2 CC et ne devrait donc pas être retenue⁷⁰ (sous réserve des cas dans lesquels, au vu du nombre de parts aliénées, l'opération équivaut économiquement à une vente⁷¹).

2. Quant au droit de préemption du superficiaire, il a pour objet l'immeuble grevé par le droit de superficie, « dans la mesure où le fonds est mis à contribution par l'exercice du droit de superficie » (art. 682 al. 2, 2^e phrase CC); en d'autres termes, il ne porte que sur la partie du bien-fonds sur laquelle s'exerce le droit de superficie⁷².

Cela ne pose pas de problème lorsque l'assiette du droit de superficie s'étend à tout le bien-fonds. Mais si tel n'est pas le cas, il y a là une double source d'incertitudes et de litiges. Tout d'abord, il peut y avoir doute ou contestation sur la délimitation de la surface « mise à contribution » par le droit de superfi-

⁶⁸ Cf. Foëx (note 63), p. 10.

⁶⁹ Rey (note 56), n. 17 *ad* art. 682; Göksu (note 60), n. 17 *ad* art. 682; Ghandchi (note 56), p. 177 s.

⁷⁰ Simonius / Sutter (note 22), p. 149.

⁷¹ Art. 681 al. 1 CC et 216c al. 1 CO. Foëx (note 63), p. 12.

⁷² Ballif (note 7), p. 188; Göksu (note 60), n. 4 *ad* art. 682; Simonius / Sutter (note 22), p. 136.

cie; il convient à cet égard de retenir que cette expression recouvre non seulement la surface bâtie, mais également les accès, parcs, jardins et installations annexes (places de jeu, piscines, etc.), dans la mesure où ils sont mentionnés par le contrat de superficie⁷³.

Par ailleurs, une fois « surface mise à contribution » ainsi délimitée, il convient de déterminer si le superficiaire peut exercer son droit uniquement en cas d'aliénation de celle-ci ou s'il peut également s'en porter acquéreur (et exiger une division du bien fonds) lorsque l'ensemble de l'immeuble grevé est aliéné; or, la doctrine est à cet égard divisée⁷⁴.

Dans ces conditions, il paraît hautement souhaitable que les parties règlent avec précision ces deux points dans le contrat de superficie, par une convention précisant (ou modifiant le cas échéant) le droit de préemption légal (art. 681b al. 1 CC).

D. Modalités d'exercice

Il résulte des art. 681 al. 1 (2^e phrase) CC et 216c al. 1 CO que les droits de préemption légaux peuvent être exercés en cas de vente ou de tout autre acte juridique « équivalent économiquement à une vente » (dation en paiement, exercice d'un droit d'emption⁷⁵, constitution d'un droit de superficie de second degré aux fins d'éluider l'art. 682 al. 2 CC⁷⁶, etc.). En outre, les droits de préemption légaux peuvent être exercés en cas de réalisation forcée, lors des enchères mêmes et aux conditions de l'adjudication⁷⁷; à cet égard, le Tribunal fédéral a précisé que les droits de préemption légaux peuvent également être exercés en cas de vente de gré à gré remplaçant les enchères forcées (art. 143b et 256 al. 1 LP)⁷⁸.

Dans le cas normal d'une vente volontaire, le vendeur doit informer le titulaire du droit de préemption légal « de la conclusion du contrat de vente et de son contenu » (art. 681a al. 1 CC). Le préempteur dispose alors d'un délai de

⁷³ Cf. Ghandchi (note 56), p. 147. Selon Ballif (note 7), p. 189, la surface faisant l'objet du droit de préemption doit « ressortir clairement du Registre foncier » pour être opposable au tiers acheteur.

⁷⁴ Pour la première solution: Simonius / Sutter (note 22), p. 136. En faveur de la seconde: Ghandchi (note 56), p. 149; Ballif (note 7), p. 188 s. (qui s'appuie sur deux arrêts du Tribunal fédéral concernant l'un le droit de préemption légal du fermier de l'ancien art. 7 LPR, l'autre un droit de préemption conventionnel).

⁷⁵ Cf. par exemple: Steinauer (note 4), nos 1781 et 1731a.

⁷⁶ Steinauer (note 7), n° 2531b.

⁷⁷ Art. 681 al. 1 (1^{ère} phrase) CC et art. 60a ORFI. Cf. ATF 7B.4/2002, consid. 3. Pour plus de détails, voir: Ballif (note 7), p. 205 s.; D. Kreutz / C. Mutti, Baurechte im Zwangsverwertungsverfahren, in BLSchK 2009 p. 85 ss, p. 88.

⁷⁸ ATF 1P.639/2004, in SJ 2005 p. 545/553.

trois mois pour se déterminer et exercer son droit (art. 681a al. 2 CC); les parties peuvent déroger à cette règle et convenir d'un autre délai (plus court ou plus long)⁷⁹, par une convention revêtue de la forme authentique (art. 681b al. 1 CC).

La déclaration d'exercice n'est pas soumise à une forme particulière⁸⁰; son destinataire est le propriétaire *actuel* du fonds grevé ou du droit de superficie, ainsi que le précise l'art. 681a al. 3 CC⁸¹: en d'autres termes, si l'aliénateur n'a pas attendu la détermination du préempteur et a requis l'inscription de son acheteur au registre foncier, le préempteur peut encore exercer son droit, en adressant sa déclaration d'exercice dans les trois mois (ou, le cas échéant, dans le délai contractuel) à l'acqureur nouvellement inscrit (même si ce dernier est de bonne foi⁸²).

Alternativement, le préempteur peut renoncer à exercer son droit. L'art. 681b al. 2 CC exige à cet effet une déclaration de renonciation écrite; le non-exercice du droit durant le délai de l'art. 681a al. 2 CC (ou du délai contractuellement prévu) constitue néanmoins une renonciation valable sans forme particulière⁸³.

Si l'aliénateur ne satisfait pas à son obligation d'informer le préempteur de l'existence d'un cas de préemption, le préempteur peut néanmoins exercer son droit dans les trois mois (ou, le cas échéant, dans le délai contractuellement convenu) à partir du jour où il prend connaissance de la vente et de son contenu (art. 681a al. 2 CC). La loi fixe toutefois à cet égard un délai de préemption⁸⁴: deux ans après l'inscription de l'acqureur au registre foncier, le préempteur ne peut plus exercer son droit (art. 681a al. 2 CC), même s'il vient d'apprendre qu'il y a cas de préemption et même si l'acqureur est de mauvaise foi⁸⁵.

De tels cas devraient être rares. En effet, l'art. 969 al. 1 CC prévoit que le conservateur du registre foncier a (notamment) le devoir d'informer les préempteurs « dont le droit [...] existe en vertu de la loi et ressort du registre foncier » du fait qu'un tiers a acquis la propriété de l'immeuble faisant l'objet du droit de préemption légal. Les titulaires d'un des droits de préemption légaux de l'art. 682 al. 2 CC devraient donc en principe être informés par ce biais de la

⁷⁹ Steinauer (note 4), n° 1790a; Ballif (note 7), p. 198. Ghandchi (note 56), p. 215 note 616, ne mentionne pour sa part que l'hypothèse d'un délai raccourci.

⁸⁰ Cf. Göksu (note 60), n. 5 *ad* art. 681b.

⁸¹ Göksu (note 60), n. 5 *ad* art. 681b; Rey (note 56), n. 5 *ad* art. 681b.

⁸² Steinauer (note 4), n° 1792; Göksu (note 60), n. 4 *ad* art. 681a. Cf. aussi: Steinauer (note 7), n° 2533a.

⁸³ Egalement de cet avis, semble-t-il: Steinauer (note 65), n° 52; Ghandchi (note 56), p. 228.

⁸⁴ Rey (note 56), n. 4 *ad* art. 681a; Göksu (note 60), n. 3 *ad* art. 681a; Ghandchi (note 56), p. 215 s.

⁸⁵ Steinauer (note 4), n° 1791a; Rey (note 56), n. 4 *ad* art. 681a; Göksu (note 60), n. 4 *ad* art. 681a. Si l'objet du droit de préemption est un droit de superficie distinct et permanent non immatriculé au registre foncier, l'acqureur n'est en principe pas inscrit au registre foncier (*supra*, I.B.2); il faut alors considérer que le délai de deux ans court à partir de la date de la cession écrite du droit de superficie.

survenance du cas de préemption⁸⁶ et être à même d'exercer leur droit bien avant l'écoulement du délai de deux ans de l'art. 681a al. 2 CC ; fait toutefois exception le cas où le fonds est grevé d'un droit de superficie distinct et permanent non immatriculé au registre foncier : un tel droit se transférant sans inscription au registre foncier⁸⁷, le conservateur ne sera en principe pas à même d'informer le superficiaire (auquel un tel droit a été cédé) de l'existence d'un cas de préemption (sauf s'il a été fait usage de la possibilité offerte par l'art. 35 al. 2 *lit. d* ORF)⁸⁸.

E. Conséquences juridiques de l'exercice (ou du non-exercice) des droits de préemption de l'art. 682 al. 2 CC

1. S'il exerce son droit dans les délais impartis, le préempteur devient titulaire d'une créance tendant au transfert de la propriété du fonds grevé (respectivement tendant au transfert de la titularité du droit de superficie faisant l'objet de son droit)⁸⁹; sauf convention contraire revêtue de la forme authentique (art. 681b al. 1 CC)⁹⁰, le préempteur exerce son droit aux conditions et au prix qui avaient été convenus entre le vendeur et le tiers acquéreur (art. 681 al. 1 [2^{ème} phrase] CC et 216d al. 3 CO)⁹¹.

2. L'exercice du droit de préemption ne conférant qu'une créance au préempteur, ce dernier ne devient propriétaire du fonds grevé (respectivement titulaire du droit de superficie grevé) que par l'inscription du transfert au registre foncier⁹². Toutefois, si le droit de superficie (distinct et permanent) n'est pas immatriculé comme immeuble au registre foncier, une telle inscription (quoique possible), n'est pas nécessaire et est remplacée par une déclaration de cession écrite émanant du superficiaire (actuel), qui emporte transfert du droit⁹³.

⁸⁶ Cf. Steinauer (note 4), n° 1787a et la note 32; Steinauer (note 7), n° 2533; Rey (note 56), n. 2 *ad* art. 681a; Schmid (note 31), n. 8 *ad* art. 969; Ghandchi (note 56), p. 215. Voir encore Pfäffli / Byland (note 15), n° 18, s'agissant de la notification au propriétaire du fonds grevé.

⁸⁷ Cf. *supra*, I.B.2.

⁸⁸ Cf. *supra*, note 26.

⁸⁹ Cf. Göksu (note 60), n. 6 *ad* art. 681a.

⁹⁰ Cf. Ghandchi (note 56), p. 226.

⁹¹ Ghandchi, p. 226 s.

⁹² Cf. art. 656 al. 1 et 972 al. 1 et 2 CC.

⁹³ Cf. *supra*, I.B.2.

Si la personne contre qui le droit de préemption est dirigé refuse de requérir l'inscription au registre foncier ou de procéder à la cession écrite, l'art. 665 al. 1 CC est applicable par analogie.

3. Une fois que le préempteur est devenu titulaire du droit réel préempté, il se produit une consolidation⁹⁴: la propriété du fonds servant et la titularité du droit de superficie sont réunies dans la même main (soit que le superficiaire ait acquis le fonds, soit que le grevé ait acquis le droit de superficie).

Cette consolidation n'entraîne pas l'extinction du droit de superficie⁹⁵. Ce dernier subsiste au contraire pour toute la durée pour laquelle il a été constitué. Le superficiaire-proprétaire peut donc exercer le droit de superficie ; il peut également l'aliéner à un tiers ou le conserver tout en aliénant le bien-fonds grevé. Enfin, le titulaire peut aussi décider d'éteindre le droit de superficie, en requérant sa radiation du registre foncier ; une telle radiation nécessitera cependant le consentement préalable des titulaires de droits grevant le droit de superficie à radier (art. 964 al. 1 CC)⁹⁶.

4. Si le bénéficiaire ne manifeste pas dans le délai de trois mois prévu à l'art. 681a al. 2 CC (ou, le cas échéant, dans le délai contractuellement convenu) sa volonté d'exercer son droit, ou s'il déclare par écrit renoncer à exercer celui-ci avant l'échéance du délai, il ne peut exiger le transfert du fonds ou du droit de superficie faisant l'objet du droit de préemption. La vente conclue avec le tiers peut être exécutée et ce dernier devient titulaire du droit de superficie, respectivement propriétaire du fonds grevé⁹⁷.

Les droits de préemption de l'art. 682 al. 2 CC ne s'éteignent pas pour autant : ils subsistent au contraire, sont opposables à l'acquéreur (devenu propriétaire du fonds grevé ou superficiaire) et pourront être exercés lors de la survenance d'un nouveau cas de préemption⁹⁸: en leur qualité de droit de préemption légaux, ils subsistent aussi longtemps que les conditions qui leur ont donné naissance sont réunies⁹⁹. En d'autres termes et par exemple, si le superficiaire n'exerce pas son droit de préemption en cas de vente du fonds grevé, le tiers acheteur devient propriétaire (par son inscription au registre foncier); mais le droit de préemption ne s'éteint pas : si ce tiers acquéreur aliène

⁹⁴ Sur cette notion, voir par exemple : Steinauer (note 4), nos 2163 ss ; Piotet (note 4), p. 17.

⁹⁵ Cf. art. 735 CC. Steinauer (note 4), nos 2164 et 2171 ; Piotet (note 4), p. 50 ; Liver (note 4), n. 21 ad art. 735. Le droit de superficie subsiste d'ailleurs également en cas de retour anticipé ; cf. art. 779f CC ; Isler (note 5), n. 12 ad art. 779f.

⁹⁶ Cf. Liver (note 4), n. 29 ad art. 735.

⁹⁷ Ghandchi, p. 228.

⁹⁸ Ghandchi, pp. 228 et 140 ; cf. aussi : Steinauer (note 65), n° 53.

⁹⁹ Cf. Rey (note 56), n. 7 ad art. 682 ; A. Meier-Hayoz *Grundeigentum II*. Berner Kommentar, vol. IV.1.3, 3e éd., Berne 1975, n. 87 ad art. 682 ; Foëx (note 63), p. 19.

par la suite à son tour le fonds grevé, il y aura cas de préemption et le superficière aura (à nouveau) la faculté d'exercer son droit de préemption légal¹⁰⁰.

Brève conclusion

En l'état, la réglementation relative à la cession du droit de superficie et aux droits de préemption légaux de l'art. 682 al. 2 CC peut sembler lacunaire. Il en résulte une certaine insécurité juridique.

La situation s'améliorera avec l'introduction du nouvel art. 779b al. 2 CC. Mais toutes les questions délicates ne disparaîtront pas pour autant. Dès lors, comme par le passé, les parties devront s'efforcer de rédiger soigneusement le contrat de superficie, notamment les clauses concernant la cessibilité du droit et celles relatives à l'exercice des droits de préemption légaux.

Ce n'est pas attendre trop d'elles. Après tout, le droit de superficie implique en principe une restriction importante des droits du propriétaire grevé et est constitué pour une longue durée ; il vaut la peine de s'entourer de toutes les précautions lorsque l'on le constitue : *iura vigilantibus !*

¹⁰⁰ Ghandchi, p. 228.

RETOUR ANTICIPÉ ET EXTINCTION DU DROIT DE SUPERFICIE

PAUL-HENRI STEINAUER*

Introduction

Cette contribution analyse deux aspects de la réglementation du droit de superficie qui ont une certaine parenté, mais qu'il y a lieu de bien distinguer :

- d'une part, les règles sur *l'extinction du droit*, c'est-à-dire sur les hypothèses dans lesquelles le droit de superficie lui-même prend fin (de façon absolue) ; et
- d'autre part, celles sur *le retour anticipé*, c'est-à-dire sur le cas où, parce que le propriétaire (superficiant) est en droit d'exiger le transfert à son nom du droit de superficie, ce droit s'éteint seulement quant à la personne du superficiaire (*Bauberechtigte, superficiario*) ; l'extinction n'est donc relative.

Suivant l'ordre de la loi et pour la commodité de la présentation, je commencerai par analyser les art. 779c à 779e¹ relatifs à l'extinction du droit de superficie, avant de traiter du cas plus particulier du retour anticipé régi par les art. 779f à 779h.

* Je remercie M. Andrea ERMOTTI, assistant à la Faculté de droit de Fribourg, de l'aide qu'il m'a apportée lors de la préparation de cette contribution.

¹ Sauf précision contraire, les articles cités sont ceux du Code civil.

I. L'extinction du droit de superficie

A. Les causes d'extinction

La note marginale des art. 779c à 779e ne mentionne que la cause la plus fréquente d'extinction du droit de superficie, savoir l'expiration de la durée pour laquelle le droit a été constitué (*infra* 1). D'autres causes d'extinction sont cependant possibles (*infra* 2).

1. L'expiration de la durée pour laquelle le droit a été constitué

La durée du droit *résulte le plus souvent de l'acte constitutif*. En général, elle est fixée de façon certaine (*certus an, certus quando*), par une date ou par un nombre d'années (par exemple, trente, cinquante ou cent ans²). Mais il est aussi possible de définir la durée de telle façon que le moment de l'extinction ne soit pas d'emblée connu (*certus an, incertus quando*), par exemple à la mort du superficiaire, du superficiant ou d'une autre personne³; la définition du terme doit cependant être telle que la constatation de sa survenance soit possible de façon sûre et sans démarches compliquées⁴.

Il peut aussi arriver que la durée du droit *ne ressorte pas de l'acte constitutif*, soit que celui-ci prévoie que le droit est constitué pour une durée indéterminée (voir l'art. 7 al. 2 ch. 2 ORF), soit qu'il ne précise tout simplement pas la durée du droit. Sous réserve de l'art. 27, un tel droit est valable ; en effet, la détermination de la durée n'est pas un élément nécessaire du contrat constitutif, pas plus que son indication n'est soumise aux exigences de forme ou requise en vue de l'inscription au registre foncier⁵.

Que la durée du droit soit ou non fixée précisément dans l'acte constitutif, elle est *limitée par l'art. 779l al. 1*, qui exclut qu'un droit de superficie soit constitué pour plus de cent ans comme droit distinct. Cette limitation légale de la durée ne s'applique donc pas à tous les droits de superficie, mais seulement à ceux qui ont le caractère de « droits distincts », c'est-à-dire à ceux qui sont

² Le jour précis du terme extinctif est alors déterminé selon l'art. 77 CO.

³ HENGGELER, p. 35 sv. ; REY, n. 142 ad art. 730.

⁴ Le Tribunal fédéral a admis qu'un droit d'habitation soumis à une condition résolutoire soit inscrit au registre foncier pour autant que la réalisation de la condition puisse être constatée par la production de documents sûrs et indiscutables (ATF 115/1989 II 213/218 = SJ 1990 120/123). Les mêmes principes devraient s'appliquer à l'inscription d'une servitude soumise à un terme incertain (dans le même sens : HENGGELER, p. 36 ss).

⁵ Voir l'analyse détaillée de HENGGELER, p. 56 ss.

constitués comme servitudes personnelles cessibles et transmissibles (voir l'art. 7 al. 2 ch. 1 ORF). On pourrait en déduire *a contrario* que les droits de superficie non distincts (c'est-à-dire ceux qui sont constitués comme servitudes foncières ou comme servitudes personnelles proprement dites incessibles et intransmissibles) ne sont pas soumis à la durée maximale de cent ans ; ce sont d'ailleurs aussi en général des droits d'une importance moindre. Mais, selon la doctrine dominante⁶, une limitation dans le temps par le juge de ces droits n'est pas moins possible si l'importance du droit le justifie, c'est-à-dire si, dans le cas concret, le droit de superficie vide définitivement de sa substance la propriété d'un fonds. Tel serait le cas, par exemple, d'un droit de superficie qui porte sur l'entier d'un fonds et qui est constitué comme servitude proprement dite en faveur d'une personne morale. Il faut ainsi considérer que tous les droits de superficie sont soumis à la durée maximale de cent ans, à l'exception de ceux d'importance limitée constitués comme servitude foncière (par exemple, pour un garage situé sur le fonds voisin de celui d'une villa) ou comme servitude personnelle proprement dite (par exemple, pour un petit bâtiment abritant un transformateur placé dans un pré par une entreprise d'électricité).

Pour la bonne compréhension des mécanismes de l'extinction du droit de superficie, il faut encore mentionner que la limitation à cent ans de la durée des droits de superficie distincts ne signifie pas que ceux-ci ne peuvent pas durer plus de cent ans. Ce que l'art. 779I al. 1 interdit, c'est de les constituer pour plus de cent ans. Mais rien n'empêche de les prolonger par la suite, de sorte qu'ils durent en définitive plus de cent ans. Une telle *prolongation peut être convenue* à tout moment, étant toutefois précisé qu'elle ne peut bien sûr pas non plus avoir une durée supérieure à cent ans et qu'un engagement à conclure une telle prolongation est nul (art. 779I al. 2)⁷. Plus précisément, il est interdit de prendre un engagement de conclure au total un droit de superficie distinct de plus de 100 ans ; mais il est licite de constituer un droit de superficie distinct de cinquante ans et de prendre simultanément l'engagement de le prolonger deux fois pour une période de vingt-cinq ans⁸.

Exemple de clauses utilisées en pratique :

« Le droit de superficie constitué par le présent contrat s'éteint de plein droit à l'échéance de la période de ... ans, soit le ... »

« Le présent droit de superficie est accordé pour une durée de 50 ans dès la date de son inscription au Registre foncier.

⁶ ISLER, BSK, n. 4 ad art. 779I ; HENGGELER, p. 54 sv. ; PIOTET, p. 37 ; ZURBRIGGEN, p. 154 ; RIEMER, p. 66 ; d'un avis contraire : FREIMÜLLER, p. 61.

⁷ HENGGELER, CHK, n. 2 ad art. 779I.

⁸ ISLER, BSK, n. 10 ad art. 779I ; FREIMÜLLER, p. 62 sv.

Toute demande de prolongation devra être formulée par le superficiaire trois ans avant l'échéance, le superficiant s'engageant à se prononcer dans l'année qui suit la demande.»

2. Les autres causes d'extinction

Indépendamment de l'expiration de la durée pour laquelle il a été constitué, le droit de superficie peut prendre fin pour toutes les causes qui peuvent conduire à l'extinction d'une servitude⁹. La cause d'extinction peut notamment être :

- un *contrat* par lequel le superficiant et le superficiaire décident de mettre fin au droit ; le droit s'éteint alors par la radiation de l'inscription au registre foncier (selon le principe absolu), sur réquisition du superficiaire¹⁰ ;
- un *jugement extinctif* mettant en œuvre un tel contrat dans le cas où le superficiaire refuse d'y donner suite ; la radiation est alors déclarative (selon le principe relatif)¹¹ ;
- une *décision unilatérale de renonciation* du superficiaire, qui requiert directement la radiation de l'inscription au registre foncier ; l'effet extinctif est alors lié à la déclaration du renonçant (qui constitue un acte de disposition), la radiation elle-même n'ayant qu'un effet déclaratif (radiation selon le principe relatif)¹² ;
- un *jugement déclaratif constatant que le superficiaire n'a plus aucun intérêt* au droit de superficie (art. 736 al. 1) ou que son intérêt est hors de proportion avec la charge que le droit de superficie fait peser sur le fonds grevé (art. 736 al. 2) ; la radiation a lieu selon le principe relatif¹³ ;
- l'*expropriation* du droit de superficie ou de l'immeuble grevé ; la radiation a lieu selon le principe relatif¹⁴ ;
- l'*adjudication dans les enchères forcées*, soit que le droit de superficie est radié dans une procédure de double mise à prix parce qu'il porte préjudice à un créancier gagiste de rang antérieur qui n'a pas consenti à la constitution du droit de superficie (art. 812 al. 2)¹⁵, soit que le droit de superficie n'a pas été reporté à l'état des charges et qu'un adjudicataire de bonne foi obtient de ce

⁹ ATF 118/1992 II 115/118 = JdT 1993 I 233/235 ; HENGELER, CHK, n. 5 ad art. 779c ; ISLER, BSK, n. 5 ad art. 779c ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1389.

¹⁰ Voir en outre STEINAUER, T. II, n. 2257 ss, avec réf. ; HENGELER, p. 73 sv. ; SIMONIUS/SUTTER, T. II, p. 54.

¹¹ Voir LIVER, n. 90 ad art. 734 ; HENGELER, p. 75.

¹² Voir en outre STEINAUER, T. II, n. 2252 sv. ; HENGELER, p. 76.

¹³ Voir ATF 95/1969 II 14/18 = JdT 1969 I 576/579 sv. ; HENGELER, p. 76 ; STEINAUER, T. II, n. 2272 sv.

¹⁴ Voir en outre STEINAUER, T. II, n. 2250a.

¹⁵ Cf. ISLER, BSK, n. 7 ad art. 779c ; STEINAUER, T. II, n. 2250b ; HENGELER, p. 75.

fait la rectification du registre foncier¹⁶; la radiation a lieu selon le principe relatif;

- la *perte totale de l'immeuble grevé*, en particulier l'extinction du droit de superficie immatriculé sur lequel un droit de superficie au deuxième degré a été constitué¹⁷.

Lorsque le droit de superficie est immatriculé au registre foncier, son extinction entraîne aussi celle des droits qui le grèvent, en particulier des droits de gage dont il ferait l'objet¹⁸. C'est pourquoi le conservateur du registre foncier ne peut donner suite à une renonciation contractuelle ou unilatérale à un tel droit qu'avec le *consentement de tous ceux qui ont des droits sur celui-ci* (art. 964)¹⁹.

Ne constituent en revanche pas des causes d'extinction du droit de superficie :

- la destruction (volontaire ou accidentelle) de la construction réalisée au vu du droit de superficie²⁰;
- le retour anticipé au sens des art. 779f à 779h (cf. *infra* II);
- le non-exercice du droit par le superficiaire (pas de prescription extinctive des servitudes en droit suisse)²¹;
- le non respect du droit de superficie par le superficiant (pas d'*usucapio libertatis* en droit suisse)²².

B. Les effets de l'extinction

Comme l'indique la note marginale des art. 779c à 779e, ces dispositions ne régissent que l'extinction du droit suite à l'expiration de la durée pour laquelle il a été constitué (*infra* 1). Elles permettent cependant aussi de déterminer, par analogie ou *a contrario*, les effets des autres causes d'extinction (*infra* 2).

¹⁶ Voir STEINAUER, T. II, n. 2250b; LIVER, n. 94 ad art. 734; HENGGELER, p. 75.

¹⁷ Voir STEINAUER, T. II, n. 2254a; HENGGELER, p. 77.

¹⁸ ATF 127/2001 III 300/303 = JdT 2001 I 239/243.

¹⁹ ATF 118/1992 II 115/118 = JdT 1993 I 233/235; ISLER, BSK, n. 6 ad art. 779c; STEINAUER, T. III, n. 2557a; ENDER, p. 173.

²⁰ HENGGELER, CHK, n. 5 ad art. 779c; WITT, p. 161; RIEMER, p. 50.

²¹ Voir STEINAUER, T. II, n. 2246 sv., avec réf.; LIVER, n. 181 ss ad art. 734; HENGGELER, p. 73.

²² Voir STEINAUER, T. II, n. 2246 sv., avec réf.; LIVER, n. 196 ss ad art. 734; HENGGELER, p. 73.

1. En cas d'expiration de la durée pour laquelle le droit a été constitué

A l'expiration de la durée prévue pour le droit de superficie ou, le cas échéant, au terme de la durée légale maximale de cent ans, *le droit prend fin de par la loi*. L'inscription du droit au registre foncier devient caduque, même à l'égard d'un acquéreur de bonne foi²³. La radiation de l'inscription n'a qu'un effet déclaratif; le conservateur doit d'ailleurs y procéder d'office (art. 976); au besoin, le propriétaire de l'immeuble peut requérir la radiation (sans que le consentement de l'ancien superficiaire soit nécessaire).²⁴

L'extinction du droit a d'abord comme effet que le principe de l'accession reprend force et que les constructions font retour au propriétaire du fonds (art. 779c; *infra* a). Si le droit de superficie était immatriculé comme immeuble, son extinction entraîne aussi l'extinction des droits qui grevaient cet immeuble ou profitaient à celui-ci (*infra* b). Les art. 779d et 779e prévoient en outre que le superficiaire peut en principe demander le versement d'une indemnité équitable pour les constructions qui font retour au propriétaire (*infra* c). En relation avec cette indemnité, se pose enfin la question de la protection des créanciers qui avaient un droit de gage sur le droit de superficie radié (*infra* d).

Ces effets se produisent en principe *quel qu'ait été le type du droit de superficie* qui a pris fin (servitude foncière ou personnelle, droit distinct ou non, immatriculé ou non)²⁵; l'annotation prévue à l'art. 779e n'est cependant évidemment possible que si le droit de superficie a été immatriculé comme immeuble.

a. Les « constructions font retour au propriétaire du fonds »

Par ces termes, l'art. 779c exprime la conséquence principale de l'extinction du droit de superficie. Comme l'effet de ce droit est de tenir en échec le principe de l'accession et de dissocier la propriété des constructions de celle du fonds (art. 675 al. 1), l'extinction du droit de superficie a d'abord pour conséquence que *le principe de l'accession reprend force*: les constructions (re)deviennent partie intégrante du fonds et sont donc (à nouveau) la propriété du propriétaire de ce fonds²⁶. Les termes utilisés à l'art. 779c peuvent toutefois prêter à confusion.

²³ HENGGELER, CHK, n. 2 ad art. 779c; ISLER, BSK, n. 3 ad art. 779c.

²⁴ Cf. ISLER, BSK, n. 3 ad art. 779c; HENGGELER, p. 80; SIMONIUS/SUTTER, T. II, p. 52. Certains auteurs considèrent cependant que l'extinction *ipso jure* ne se produit pas lorsque la durée du droit n'est pas d'emblée certaine (voir *supra* A. 1., p. 68); voir ZOBL, n. 436, note 975; PETITPIERRE, n. 8 ad art. 734. Toutefois, comme l'inscription d'un droit ainsi limité dans le temps n'est admissible que si le délai peut être déterminé de façon sûre et sans démarches compliquées, il n'y a pas de raison de faire dans ce cas une exception au principe de l'extinction de plein droit (HENGGELER, p. 82 ss).

²⁵ HENGGELER, p. 79; PIOTET, p. 80; ZURBRIGGEN, p. 153; RIEMER, p. 67 sv.

²⁶ ISLER, BSK, n. 1 ad art. 779c; HENGGELER, p. 92; RIEMER, p. 49.

D'abord, l'expression française « font retour » (*so ... fallen ... heim*²⁷ ; *sono devolute*) n'est pas toujours exacte, car c'est le plus souvent le superficiaire qui a édifié les constructions ; celles-ci n'ont dès lors jamais appartenu au propriétaire du fonds. Ensuite, l'expression « propriétaire du fonds » n'est pas non plus toujours appropriée car, en cas d'extinction d'un droit de superficie au second degré, ce n'est pas le propriétaire du fonds, mais le titulaire du droit de superficie au premier degré qui (re)devient propriétaire des constructions.

Il découle de l'art. 779c que l'ancien superficiaire doit *libérer les locaux*, de façon que leur nouveau propriétaire puisse décider librement de leur affectation²⁸.

La règle de l'art. 779c est en ce sens *de droit dispositif* que les parties peuvent convenir du « rétablissement de l'état primitif du bien-fonds » (art. 779e), c'est-à-dire que le superficiaire devra détruire les constructions qu'il a élevées sur l'immeuble, évacuer les matériaux, remettre le terrain en état et restituer l'immeuble tel que celui-ci lui avait été remis.

Une telle clause peut être insérée *dans le contrat constitutif* du droit de superficie ou faire l'objet d'une *convention ultérieure* (entre les parties au contrat primitif ou entre leurs successeurs) (art. 779e)²⁹. Dans ce dernier cas, il est possible que la convention porte atteinte aux droits des créanciers qui auraient entre temps acquis des droits de gage sur le droit de superficie et, par là, des droits sur l'indemnité versée par le propriétaire pour les constructions lui faisant retour (voir *infra* d); la convention ne sera donc valable que si ces créanciers y ont donné leur consentement³⁰.

La convention prescrivant le rétablissement de l'état primitif doit être conclue *dans la forme requise pour la constitution du droit de superficie*³¹ (art. 779e). Elle peut être *annotée au registre foncier* (art. 779e CC et 71b ORF), si cette annotation a été spécialement prévue dans la forme requise pour la clause elle-même (voir art. 71b al. 1 et 2 ORF)³². L'annotation peut être requise par la partie dont

²⁷ La doctrine oppose l'*ordentlicher Heimfall* de l'art. 779c au *vorzeitiger Heimfall* (retour anticipé) de l'art. 779f (voir ISLER, BSK, n. 2 ad art. 779c ; HENGGELER, CHK, n. 3 ad art. 779c). Le mot « retour » n'est cependant pas utilisé dans le même sens à l'art. 779c (qui vise l'extinction du droit de superficie) et à l'art. 779f (qui vise le transfert du droit de superficie au superficiaire).

²⁸ HENGGELER, p. 94.

²⁹ HENGGELER, p. 94 sv. Les textes allemand et italien de l'art. 779e se réfèrent à ce sujet à des conventions (*Vereinbarungen, convenzioni*). Le texte français est plus large, puisqu'il fait état de « dispositions » y relatives. Avec raison, car il est évidemment possible que le propriétaire qui constitue un droit de superficie par déclaration unilatérale prévoie de telles clauses (HENGGELER, p. 108 sv.).

³⁰ ISLER, BSK, n. 4 ad art. 779e; PIOTET, p. 84 ; HENGGELER, CHK, n. 3 ad art. 779e. Cf. aussi *infra* d.

³¹ Voir à ce sujet MOOSER, p. 16.

³² HENGGELER, p. 110 ; PIOTET, p. 82. Il va de soi que, malgré la lettre de l'art. 779e (et de sa note marginale) en allemand et en italien (*Vereinbarungen, convenzioni*), l'annotation est possible non seulement si le rétablissement de l'état primitif a été prévu dans un contrat, mais également si le propriétaire a

elle restreint les droits³³, soit en principe en l'occurrence le superficiaire³⁴. Elle doit être opérée sur le feuillet de l'immeuble grevé du droit de superficie et, si ce dernier a lui-même été immatriculé comme immeuble, également sur le feuillet ainsi ouvert (art. 71b al. 3 ORF). L'annotation a pour effet que la convention est opposable à tout acquéreur ultérieur du droit de superficie (et de l'immeuble grevé)³⁵.

N. B.: Selon le projet de révision des droits réels actuellement soumis aux Chambres, l'art. 779e serait supprimé. Le Conseil fédéral propose en effet d'introduire un art. 779b al. 2 qui prévoirait d'une façon toute générale que les parties au contrat constitutif du droit de superficie (ou à un contrat ultérieur modifiant celui-ci) pourraient convenir de faire annoter les dispositions prises en relation avec le droit de superficie. La règle viserait ainsi également les clauses convenues en relation avec l'extinction du droit, notamment celle relative au rétablissement de l'état primitif. Par ailleurs, le nouvel art. 779a al. 2 prévoirait que les clauses dont l'annotation est prévue devraient être passées en la forme authentique.³⁶

b. L'extinction des droits grevant le droit de superficie ou profitant à celui-ci

L'extinction du droit de superficie entraîne également l'extinction des droits qui grevaient ce droit ou qui, au contraire, profitaient à celui-ci ; ces droits ne se reportent donc pas sur l'immeuble grevé du droit de superficie³⁷. Ce principe vaut bien sûr *pour les droits de superficie qui sont immatriculés au registre foncier* et qui peuvent faire l'objet ou profiter de droits immobiliers (par exemple, de droits de gage immobiliers, de servitudes foncières ou d'un droit de superficie au deuxième degré). Mais il vaut également *pour les droits de superficie non immatriculés* qui, s'il s'agit de servitudes personnelles cessibles et transmis-

constitué le droit de superficie unilatéralement et a inséré une telle clause dans l'acte constitutif (HENGgeler, p. 108 sv.).

³³ DESCHENAUX, p. 290.

³⁴ Voir aussi HENGgeler, p. 110. En appliquant par analogie l'art. 71a al. 3 ORF, P. R. ISLER admet que le superficiant puisse aussi requérir l'annotation (BSK, n. 3 ad art. 779e) ; le superficiant ne saurait toutefois requérir seul une telle annotation si la clause annotée réduit les droits du superficiaire.

³⁵ Pour plus de détails, voir notamment STEINAUER, T. I., n. 794 ss ; HENGgeler, p. 112 ; ISLER, BSK, n. 2 ad art. 779e. Faute d'annotation, la clause prescrivant le rétablissement de l'état primitif n'a qu'un effet relatif et ne lie que les parties au contrat et leurs successeurs universels ; sauf s'ils ont repris cette clause, les successeurs à titre particulier des parties ne sont pas liés, même s'ils ont connaissance de la clause (HENGgeler, p. 113 ss ; voir cependant ISLER, BSK, n. 2 ad art. 779e, qui considère que seuls les successeurs à titre particulier de bonne foi ne sont pas liés par la clause).

³⁶ Voir notamment à ce sujet, D. PIOTET, *Propriété*, p. 26 sv.

³⁷ ISLER, BSK, n. 4 ad art. 779c ; HENGgeler, p. 88.

sibles, peuvent faire l'objet de droits mobiliers (par exemple de droits de gage mobiliers au sens de l'art. 899 ou d'un usufruit).³⁸

L'extinction se produit d'abord de plein droit pour les *droits réels limités* qui grèvent le droit de superficie ou qui profitent à celui-ci. Tel est en particulier le cas pour les droits de gage (immobiliers) que le superficiaire aurait constitués pour garantir un emprunt destiné à financer les constructions qu'il a réalisées en vertu du droit de superficie. L'art. 779d accorde toutefois, lorsqu'une indemnité doit être versée au superficiaire pour les constructions dont il perd la propriété, une protection particulière aux créanciers gagistes dont la garantie a ainsi disparu (voir *infra* d).

L'extinction du droit de superficie entraîne aussi en principe l'extinction des éventuels *engagements personnels* que le superficiaire a pris à leur propos (par exemple, quant à l'usage qu'il ferait des constructions réalisées). Pour le cas où le superficiaire a *loué tout ou partie des constructions*, une partie de la doctrine s'en tient à la règle de l'extinction du bail, pour le motif principal que le superficiaire ne doit pas pouvoir, par l'intermédiaire d'un bail, restreindre la liberté du propriétaire de l'immeuble au-delà de la fin du droit de superficie³⁹, du moins si celui-ci s'éteint à l'expiration d'une durée d'emblée connue⁴⁰. P. R. ISLER considère au contraire que l'art. 261 CO s'applique par analogie à l'extinction du droit de superficie⁴¹. Lorsque le droit de superficie prend fin à un moment qui n'était pas d'emblée prévisible, l'application par analogie de l'art. 261 CO paraît équitable et elle a d'ailleurs été admise par la jurisprudence à propos de l'extinction de l'usufruit par la mort de l'usufruitier⁴². La question est plus délicate si le droit de superficie prend fin au terme d'une durée d'emblée prévisible, car, d'une part, le superficiaire ne doit pouvoir exercer son influence sur les constructions au-delà de la fin de son droit et, d'autre part, le locataire peut connaître le moment où les droits de son bailleur prennent fin. Par ailleurs, le propriétaire qui récupère les constructions à la fin du droit de superficie n'est pas dans la même situation que l'acquéreur d'un immeuble qui, lorsqu'il décide de devenir propriétaire, connaît l'existence du bail sur l'immeuble; le propriétaire s'attend au contraire à retrouver à l'extinction du

³⁸ En revanche, les droits de superficie constitués en servitudes foncières ou en servitudes personnelles proprement dites ne peuvent pas être objets de droits de gage ou d'usufruit. Sur ces questions, voir HENGGELER, p. 86 sv.

³⁹ Voir HENGGELER, p. 89 ss; D. PIOTET, n. 182; HIGI, n. 7 ad art. 261-261a CO.

⁴⁰ D. PIOTET, n. 181 et 178, et HENGGELER, p. 90 sv., admettent ainsi l'application par analogie de l'art. 262 CO lorsque le droit de superficie prend fin à un moment qui n'était pas d'emblée prévisible (par exemple, à la mort du superficiaire).

⁴¹ N. 4 ad art. 779c.

⁴² Voir RSJ 2003 38; ATF 113/1987 II 121/127 = JdT 1988 I 159*. Cf. aussi BAUMANN, n. 21 ad art. 758; MÜLLER, BSK, n. 4 ad art. 758; FARINE FABBRO, p. 164.

droit la pleine propriété de l'immeuble. Il paraît donc plus juste de s'en tenir, dans ce cas, au principe de l'extinction du bail.

c. *L'indemnité due au superficiaire et sa garantie*

Selon l'art. 779d al. 1, le propriétaire du fonds doit verser au superficiaire une indemnité équitable pour les constructions qui lui font retour (*infra* 1). Le paiement de cette indemnité est garanti par une hypothèque légale indirecte, que le superficiaire peut obtenir sur l'immeuble qui était grevé de son droit (art. 779d al. 2 et 3 ; *infra* 2). Le droit à une indemnité équitable peut toutefois être écarté par convention, de même que les parties peuvent déterminer autrement le montant de l'indemnité et arrêter la procédure à suivre pour la fixer (art. 779e et *infra* 3).

1. *Le principe légal de l'indemnité équitable*

Le retour des constructions au propriétaire de l'immeuble entraîne pour celui-ci un *avantage patrimonial*, du moins dans le cas normal où c'est le superficiaire qui a financé ces constructions. C'est pourquoi, quel que soit le type de droit de superficie⁴³, la loi impose en principe à ce propriétaire de verser au superficiaire une indemnité équitable pour ces constructions. C'est aussi une façon d'*encourager le superficiaire à entretenir convenablement les constructions* qu'il a réalisées, dans l'idée que l'indemnité qu'il recevra sera mesurée en fonction de la valeur effective des constructions.⁴⁴

Le droit à une indemnité équitable selon l'art. 779d al. 1 s'inscrit dans une *obligation propter rem légale*⁴⁵, qui se détermine au moment de l'extinction du droit de superficie⁴⁶. Le créancier en est l'ancien superficiaire, c'est-à-dire le titulaire du droit de superficie au moment l'extinction de ce droit ; peu importe qu'il n'ait pas lui-même réalisé, respectivement financé les constructions. Le débiteur en est le propriétaire de l'immeuble au moment de l'extinction du droit de superficie ; il le reste s'il aliène l'immeuble par la suite⁴⁷. Le droit à l'indemnité est exigible dès l'extinction du droit de superficie⁴⁸ ; selon la doctrine dominante, il se prescrit par dix ans (art. 127 CO par analogie)⁴⁹.

⁴³ HENGGELER, p. 98 ; RIEMER, p. 67 ; FREIMÜLLER, p. 90.

⁴⁴ HENGGELER, CHK, n. 1 ad art. 779d ; HENGGELER, p. 98 sv. ; ISLER, BSK, n. 1 ad art. 779d.

⁴⁵ HENGGELER, p. 97 ; SIMONIUS/SUTTER, T. II, p. 145 ; RIEMER, p. 79 sv. ; FREIMÜLLER, p. 90.

⁴⁶ ENDER, p. 179 ; PIOTET, p. 83.

⁴⁷ HENGGELER, p. 98 ; ISLER, BSK, n. 21 ad art. 779d ; ENDER, p. 179 ; FREIMÜLLER, p. 91.

⁴⁸ HENGGELER, p. 135 ; ISLER, BSK, n. 17 ad art. 779d.

⁴⁹ HENGGELER, p. 148 sv. ; PIOTET, p. 83. Voir cependant FREIMÜLLER, p. 90, qui se prononce pour une prescription d'un an en appliquant par analogie l'art. 67 CO.

Selon l'art. 779d al. 1, le *montant de l'indemnité* doit être *équitable*; mais la disposition ne précise pas selon quels critères le tribunal, faisant usage de son pouvoir d'appréciation (art. 4), devrait au besoin la fixer. Le terme «équitable» n'exclut pas une indemnité pleine et entière. Il impose cependant de tenir compte de toutes les circonstances du cas; en particulier, si l'immeuble a acquis une plus-value du fait des constructions qui y ont été édifiées, il faut aussi prendre en considération la plus-value qui provient de l'immeuble lui-même. S'agissant des constructions elles-mêmes, il faut partir de leur valeur vénale objective au moment de l'extinction du droit de superficie⁵⁰, puisque le but de l'indemnité est de tenir compte de l'avantage patrimonial qu'elles représentent pour le propriétaire de l'immeuble⁵¹. La prise en compte de toutes les circonstances oblige cependant à considérer aussi les éléments qui, dans le cas concret, réduiraient la valeur des constructions pour le propriétaire, par exemple le fait que les constructions réalisées par le superficiaire ne correspondent pas à ce qui avait été convenu dans le contrat constitutif⁵².

2. *La garantie de l'indemnité*

Si l'indemnité n'est ni versée ni garantie, l'ancien superficiaire peut exiger qu'au lieu du droit de superficie radié, une hypothèque de même rang soit inscrite en garantie de l'indemnité due (art. 779d al. 2). Cette hypothèque doit être inscrite au plus tard trois mois après l'extinction du droit de superficie (art. 779d al. 3).

La question de l'hypothèque légale ainsi rendue possible peut se poser non seulement si *le propriétaire n'est pas en mesure de verser l'indemnité due*, mais aussi si *les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur le montant de l'indemnité*. Comme le délai de trois mois prévu à l'art. 779d al. 3 est un délai de péremption, l'inscription au registre foncier doit impérativement être faite avant l'échéance de ce délai. Conformément aux art. 22a al. 1 et 22 al. 4 ORF, pour que le délai soit respecté, il suffit cependant que le superficiaire obtienne une inscription provisoire de son droit conformément à l'art. 961 al. 1 ch. 1⁵³. Le propriétaire de l'immeuble a néanmoins la possibilité d'éviter l'inscription (provi-

⁵⁰ Sur la notion de valeur vénale et la manière de la déterminer, voir notamment PRADERVAND-KERNEN, p. 37 ss; HENGGELER, p. 118 ss.

⁵¹ HENGGELER, p. 116 ss, qui, même si l'enrichissement du propriétaire n'est pas illégitime, insiste sur le parallèle qui peut être fait avec les principes des art. 62 ss CO; ISLER, BSK, n. 4 ad art. 779d; SIMONIUS/SUTTER, T. II, p. 145 sv. Voir cependant ENDER, p. 180, qui est favorable à la détermination de l'indemnité en fonction de l'intérêt subjectif que représente la construction pour le propriétaire.

⁵² Dans ce sens: ISLER, BSK, n. 4 ad art. 779d; HENGGELER, p. 117 sv. et 120 sv.; HENGGELER, CHK, n. 2 ad art. 779d.

⁵³ ATF 126/2000 III 462/ 464 sv. = JdT 2001 I 178/181; HENGGELER, CHK, n. 6 ad art. 779d.

soire) de l'hypothèque en offrant une garantie suffisante (en général, une garantie bancaire) pour l'indemnité due.

Pour le reste, les règles sur l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs s'appliquent en principe par analogie (voir l'art. 22a al. 1 ORF). Toutefois, au contraire de ce que prévoit l'art. 837 al. 2, le superficiaire peut renoncer par avance à son droit à l'hypothèque légale: dès lors que l'art. 779e l'autorise à renoncer à l'indemnité elle-même, il n'y a pas de raison d'exclure qu'il renonce à la garantie de cette indemnité⁵⁴.

Le titulaire du droit à l'hypothèque légale est le créancier de l'indemnité⁵⁵, qui a ainsi la possibilité d'obtenir une garantie réelle pour cette indemnité. Il doit faire valoir son droit contre le propriétaire actuel de l'immeuble (au moment où l'hypothèque est demandée). Celui-ci n'est pas nécessairement le débiteur de l'indemnité car, si l'immeuble a été aliéné après l'extinction du droit de superficie, c'est le propriétaire de l'immeuble au moment de cette extinction qui doit l'indemnité (*supra* 1.)⁵⁶. Si le propriétaire de l'immeuble ne donne pas son consentement à l'inscription (provisoire) de l'hypothèque, le superficiaire doit saisir le juge (art. 839 al. 3 par analogie; art. 961 al. 2 et 3).

Au contraire des autres hypothèques légales, qui prennent rang à la date de leur constitution, celle garantissant l'indemnité de retour prend rang à la date du droit de superficie radié (art. 779d al. 2). Elle l'emporte donc sur les droits qui auraient été constitués sur l'immeuble grevé après l'inscription du droit de superficie. La valeur de garantie de cet immeuble et des constructions que le superficiaire y a édifiées servira donc effectivement en priorité à désintéresser le créancier de l'indemnité, qui est (lui-même ou par l'intermédiaire de celui dont il tient son droit) à l'origine de la plus-value due à ces constructions.⁵⁷

L'inscription de l'hypothèque comporte les indications prévues à l'art. 40 ORF et est complétée par la précision « indemnité de retour » dans la colonne des observations (art. 50 al. 3 ORF). L'indication « indemnité de retour » est inscrite avec l'abréviation « IR », qui remplace le rang de l'hypothèque, et est complétée par l'observation que l'hypothèque prend le rang du droit de superficie radié (art. 50 al. 4 ORF).

⁵⁴ HENGGELER, p. 145 sv.; SIMONIUS/SUTTER, T. II, p. 234; PIOTET, p. 84; STEINAUER, T. III, n. 2846. A mon avis, la renonciation par le superficiaire n'est pas opposable aux créanciers gagistes, qui ont un droit propre à l'hypothèque légale (voir cependant HENGGELER, p. 146, et PIOTET, p. 84, pour qui une telle renonciation est, si elle est annotée au registre foncier, aussi opposable aux créanciers gagistes postérieurs).

⁵⁵ Le droit à la constitution de l'hypothèque est un droit dépendant de la créance en versement de l'indemnité. Si celle-ci est cédée, l'inscription de l'hypothèque peut être requise par le cessionnaire de la créance (RVJ 1992 256 = RNR 1996 43).

⁵⁶ HENGGELER, p. 140 sv.; FREIMÜLLER, p. 90 sv.

⁵⁷ Voir ISLER, BSK, n. 18 ad art. 779d; HENGGELER, CHK, n. 7 ad art. 779d; HENGGELER, p. 144 sv.; FREIMÜLLER, p. 93.

3. Les clauses conventionnelles relatives à l'indemnité

Les règles de l'art. 779d sur l'indemnité équitable due au superficiaire et sur la garantie de cette indemnité sont de droit dispositif : les parties peuvent convenir d'une autre solution, soit *en maintenant le principe d'une indemnité et en en fixant le montant et/ou la procédure pour le fixer*, soit *en supprimant purement et simplement toute indemnité* (art. 779e). Cette possibilité existe quel que soit le type de droit de superficie⁵⁸.

Les remarques faites au point a. ci-dessus à propos des clauses prescrivant le rétablissement de l'état primitif de l'immeuble sont valables par analogie :

- quant au *moment* où la convention peut être passée, y compris quant à l'exigence du consentement des créanciers gagistes si la convention est passée après la constitution des gages et est de nature à réduire leurs droits sur l'indemnité ;
- quant à la *forme* à respecter ;
- quant à l'*annotation* au registre foncier, y compris en ce qui concerne la suppression prévue de l'art. 779e lors de la prochaine révision des droits réels.

Les parties sont *en principe libres de choisir la solution qui leur convient* pour la fixation de l'indemnité. La seule restriction concerne les clauses qui seraient convenues après la constitution de droits de gage sur le droit de superficie et qui réduiraient les droits des créanciers par rapport à la solution légale de l'art. 779d (*supra* a, avec réf.).

L'important me paraît d'abord être que, dès la constitution du droit de superficie, les parties soient conscientes de la solution légale à l'extinction du droit (y compris de la difficulté à évaluer le montant de l'indemnité «équitable» qui serait fixée) et qu'elles décident en connaissance de cause de s'en tenir là ou de choisir une autre solution. Même si la durée d'un droit de superficie est souvent longue, il faut considérer que la solution retenue pour l'extinction du droit aura des effets déjà auparavant, notamment sur l'entretien des constructions, sur l'attitude des créanciers gagistes et, ce qui n'est pas le moins important, sur la négociation d'une éventuelle prolongation du droit de superficie⁵⁹.

- *Le propriétaire du fonds devrait d'abord décider s'il veut que le superficiaire rétablisse l'état primitif ou s'il est intéressé à reprendre les constructions.* Une solution prudente consiste à prévoir une option dans ce sens en faveur du propriétaire, qui pourrait ainsi, le moment venu, décider de faire rétablir l'état primitif au frais du superficiaire. Si elle est prévue, cette option représente évidemment la pire hypothèse pour le superficiaire, qui devra en consé-

⁵⁸ HENGGELER, p. 107 ; RIEMER, p. 67.

⁵⁹ Voir à ce sujet les réflexions de HENGGELER, p. 123 ss ; ISLER, BSK, n. 5 ss ad art. 779d ; ENDER, p. 181 ss.

quence négocier les autres conditions du contrat (notamment le montant de la rente) et les emprunts qu'il serait appelé à faire par la suite en se basant sur cette hypothèse⁶⁰. Le rétablissement de l'état primitif devrait donc plutôt être choisi pour des constructions peu coûteuses ou qui présentent des caractéristiques très spéciales les rendant peu intéressantes pour le propriétaire, ou lorsque le droit de superficie est accordé gratuitement ou pour une rente modeste⁶¹. Il sera en revanche moins indiqué pour des constructions plus coûteuses, notamment pour des bâtiments d'habitation.

Exemples de clauses utilisées en pratique :

« Si le droit de superficie n'est pas renouvelé, le superficiaire devra démolir et évacuer toutes les constructions et installations érigées sur les biens-fonds.

Les frais de remise en état des parcelles susmentionnées seront à la charge du superficiaire, de même que tous les frais de dépollution et d'assainissement des terrains. »

« Dans l'hypothèse où un projet d'intérêt public ne permet pas le renouvellement et nécessite la démolition du (des) bâtiment(s), ou que l'état de celui(ceux)-ci l'exige, le superficiaire procédera à ses frais et sans indemnité à l'enlèvement des constructions et installations, fondations comprises, et rendra le terrain nivelé. »

« A l'extinction du droit de superficie, le superficiant aura le choix entre :

- le rachat des constructions appartenant au superficiaire à un prix qui sera déterminé à dire d'expert [...];*
- la remise en état du terrain initial sans aucune indemnité en faveur du superficiaire. »*

Pour le cas où les constructions seront reprises, il faut ensuite décider si une indemnité est prévue ou non. Dans la négative, les constructions devront être entièrement amorties à l'extinction du droit, de même que les crédits bancaires devront être entièrement remboursés à ce moment. La solution se rapproche de celle du rétablissement de l'état primitif, à ceci près que le superficiaire n'a pas à supporter les coûts de démolition des constructions. Elle ne devrait donc être retenue que dans les mêmes circonstances. Une combinaison des deux clauses est d'ailleurs possible.

Exemple de clause utilisée en pratique :

« Le superficiant ne versera aucune indemnité au superficiaire pour les constructions et installations fixes lui faisant retour, ces dernières devant être totalement amorties à l'échéance du droit.

⁶⁰ Voir ISLER, BSK, n. 14 ad art. 779d, qui relève que les banques ne seront guères enclines à accorder un crédit de construction si aucune indemnité n'est prévue au terme du droit de superficie.

⁶¹ ISLER, BSK, n. 13 ad art. 779d.

Le superficiant se réserve également la possibilité d'exiger du superficiaire qu'il enlève, à ses frais et sans indemnité, lesdites constructions et installations fixes, y compris leurs fondations et rende le terrain nivelé, au cas où l'état des bâtiments l'exigerait. »

Il va de soi que l'entretien des bâtiments souffrira de l'absence d'indemnité et que le propriétaire risque de récupérer des constructions en mauvais état. S'il est intéressé à une prolongation du droit de superficie, le propriétaire devra donc entamer les négociations assez tôt. A cet égard, un aspect important est de décider si le versement d'une indemnité est lié à la décision des parties quant à la prolongation du droit, par exemple que l'indemnité est due si le superficiant refuse de prolonger le droit, mais qu'elle n'est pas due si c'est le superficiaire qui le fait. Ce type de clause favorise évidemment fortement la prolongation du droit.

Exemple de clause utilisé en pratique :

« À l'échéance du droit de superficie et dans l'hypothèse où le superficiant n'accorde pas un nouveau droit de superficie, le superficiant sera redevable d'une indemnité équitable.

Si le refus de souscrire au nouveau droit octroyé du renouvellement provient du superficiaire, les constructions existantes feront retour gratuitement au superficiant. »

Si une indemnité est due, il s'agit d'en fixer le *montant*. Sur ce point aussi, les parties sont libres de convenir de la solution qui leur convient. Plusieurs auteurs relèvent cependant qu'il devrait y avoir une relation entre l'indemnité de retour et les autres aspects du contrat de superficie et que, plus la rente est élevée et la durée du droit longue, plus grand devrait être le montant de l'indemnité⁶².

Il est possible de fixer l'indemnité de telle façon que le montant à verser *puisse être estimé dès la constitution du droit* et soit ensuite déterminable en tout temps, *ou au contraire* de façon qu'il *ne puisse être fixé qu'au moment de l'extinction du droit*⁶³.

La première solution (par exemple, cas extrême, la fixation du montant de l'indemnité dans le contrat constitutif ou la fixation de ce montant en fonction des coûts de construction [et de rénovation], déduction faite d'un certain pourcentage pour vieillissement [par exemple, 1% par an]⁶⁴) a l'avantage de la clarté (aussi pour les créanciers gagistes appelés à financer la

⁶² Voir ISLER, BSK, n. 7 ad art. 779d ; ISLER, *Baurechtsvertrag*, p. 123 ; TRUOG, p. 17.

⁶³ HENGGELER, p. 125 ss.

⁶⁴ Voir ISLER, BSK, n. 8 ad art. 779d, qui propose cette solution pour des constructions qui n'ont en principe d'intérêt que pour le superficiaire (un dépôt ou un garage) et n'ont dès lors probablement pas de véritable valeur vénale ou de valeur de rendement.

construction), mais l'inconvénient de ne pas tenir compte de l'évolution des circonstances et de la valeur effective des constructions au vu de leur état d'entretien ; elle paraît mieux adaptée à des droits de superficie de relativement courte durée et autorisant des constructions demandant peu d'entretien.

La seconde solution est plus souple et permet de mieux tenir compte de l'état et de la valeur effectifs des constructions au moment où le propriétaire de l'immeuble les reprend. Elle encourage le superficiaire à entretenir la construction et est ainsi notamment appropriée pour les constructions destinées à l'habitation. La clause contractuelle vise alors surtout à indiquer le critère à prendre en compte (valeur vénale, valeur de rendement, valeur intrinsèque [coût de construction, réduit en fonction de l'état de vétusté, sans tenir compte de la valeur de rendement⁶⁵], une combinaison de plusieurs de ces valeurs) et de fixer avec plus ou moins de détails la procédure qui sera suivie pour estimer cette valeur⁶⁶. La valeur des constructions peut être estimée pour elle-même, mais il est aussi possible de faire estimer l'ensemble constitué par le terrain et les constructions et d'obtenir la valeur des constructions en déduisant le coût du terrain⁶⁷. A juste titre, les parties s'en remettent souvent d'avance à l'avis d'un ou de plusieurs expert(s) indépendant(s) ou d'une autorité et se contentent d'en indiquer le mode de désignation ; il est alors utile de prévoir également que le ou les expert(s) seront mandatés quelques mois avant la fin du droit de superficie et d'indiquer qui se chargera des frais⁶⁸. Comme la clause est destinée à prendre effet des décennies plus tard, il ne sera guère possible de prévoir une solution tout à fait précise et seules les grandes lignes de la procédure pourront être fixées dans le contrat⁶⁹.

Exemples de clauses utilisées en pratique :

« une indemnité équitable [au sens de l'art. 779g] »

« une indemnité équivalente à la valeur intrinsèque à dire d'experts, des constructions et installations fixes au jour de l'extinction »

⁶⁵ Voir ISLER, BSK, n. 9 ad art. 779d, et TRUOG, p. 17, à propos des droits de superficie constitués par des collectivités publiques pour favoriser certains types de logements.

⁶⁶ Plutôt que de faire estimer la valeur des constructions, il est aussi possible, lorsque le propriétaire ne veut pas les exploiter lui-même, de prendre comme base pour l'indemnisation le prix qu'un tiers est prêt à payer pour obtenir un nouveau droit de superficie, soit que ce prix ait été accepté par l'ancien superficiaire, soit qu'il y ait eu des enchères publiques (pour plus de détails, voir ISLER, *Baurechtsvertrag*, p. 123 sv. ; HENGGELER, p. 128 sv.).

⁶⁷ ISLER, BSK, n. 11 ad art. 779d.

⁶⁸ HENGGELER, p. 128 ; ISLER, BSK, n. 12 ad art. 779d.

⁶⁹ Voir HENGGELER, CHK, n. 4 ad art. 779e.

« une indemnité équitable tenant compte de la vétusté, de l'anachronisme des installations et de l'éventuel défaut d'entretien »

« une indemnité qui sera déterminée à dire d'expert ; ce dernier sera choisi en commun par les parties ; à défaut d'entente entre elles, l'expert sera désigné par le Président du Tribunal compétent »

d. La protection des créanciers gagistes

Il est fréquent que, notamment pour obtenir des crédits de construction, le superficiaire constitue des droits de gage sur le droit de superficie (qui est en général immatriculé comme immeuble au registre foncier)⁷⁰. A l'extinction du droit de superficie, les créanciers gagistes devraient perdre leur droit, faute d'objet. En vue de les protéger, l'art. 779d al. 1 prévoit cependant que leur *droit de gage porte désormais sur la créance en indemnité du superficiaire*. Il s'opère une subrogation réelle : le droit de gage grevant le droit de superficie est, à l'extinction de ce droit, reporté *ipso jure* sur la créance en indemnité⁷¹. Cela suppose naturellement que le droit du superficiaire à une indemnité n'ait pas été supprimé par une clause conventionnelle annotée au registre foncier et que les parties ne soient pas convenues que le superficiaire devrait rétablir l'état primitif (*supra* c. 3.) ; dans ces cas, les créanciers gagistes se retrouvent sans aucune protection à l'extinction du droit de superficie⁷².

Lorsqu'une indemnité est due, la protection des créanciers gagistes est encore renforcée du fait que l'indemnité *ne peut être versée au superficiaire sans le consentement des créanciers gagistes* (art. 779d al. 1 *in fine*). En d'autres termes, si le propriétaire paie l'indemnité sans le consentement des créanciers gagistes, il doit la verser une seconde fois à ceux-ci, sauf à se retourner contre l'ancien superficiaire sur la base des règles sur l'enrichissement illégitime⁷³. En général, le propriétaire connaît (ou est censé connaître) l'existence des droits de gage parce que le droit de superficie était immatriculé au registre foncier (art. 970 al. 4) ; si le droit de superficie n'était pas immatriculé, il appartient au créancier gagiste d'aviser à temps le propriétaire⁷⁴. Faute de consentement, l'indemnité doit être

⁷⁰ La protection des créanciers gagistes prévue à l'art. 779d s'applique non seulement à ceux qui ont un droit de gage immobilier sur un droit de droit de superficie immatriculé au registre foncier, mais aussi à ceux qui ont un droit de gage mobilier sur un droit de superficie non immatriculé (*supra* b ; voir HENGGELER, p. 133).

⁷¹ ISLER, BSK, n. 16 ad art. 779d ; HENGGELER, p. 132 ; SIMONIUS/SUTTER, T. II, p. 146 ; PIOTET, p. 83.

⁷² HENGGELER, CHK, n. 3 ad art. 779d. Rappelons que, si la suppression de l'indemnité a été convenue et annotée après la constitution du droit de gage, elle n'est valable qu'avec le consentement du créancier gagiste (*supra* a et c. 3.).

⁷³ HENGGELER, p. 139.

⁷⁴ HENGGELER, p. 137 sv., qui applique par analogie l'art. 906.

consignée par le propriétaire (art. 906 al. 3 par analogie)⁷⁵. Une consignation peut également être indiquée lorsque le propriétaire n'est pas à même de déterminer avec certitude qui sont les créanciers gagistes, lorsque que ceux-ci n'acceptent pas le montant de l'indemnité convenu entre le propriétaire et le superficiaire ou lorsque les créances garanties par gages sont plus élevées que le montant de l'indemnité⁷⁶.

La subrogation et l'exigence du consentement prévues à l'art. 779d al. 1 ne mettent pourtant pas les créanciers gagistes à l'abri de tout risque. Le propriétaire peut en effet ne pas payer l'indemnité et avoir constitué des droits de gage sur l'immeuble pendant la durée du droit de superficie ou s'empresser d'en constituer de nouveaux à l'extinction du droit de superficie (l'immeuble comprenant désormais les constructions); en cas de réalisation forcée dirigée contre ce propriétaire, la créance d'indemnité pourrait ainsi rester impayée dans des circonstances lésant de façon inéquitable les créanciers gagistes. C'est pourquoi, si l'indemnité n'est ni payée ni garantie, les créanciers gagistes bénéficient de la même garantie que l'ancien superficiaire: ils peuvent requérir l'inscription d'une *hypothèque légale (indirecte) en garantie de l'indemnité due* (voir à ce sujet *supra* c. 2.).

2. En cas d'extinction pour une autre cause

Quelle que soit la cause d'extinction du droit de superficie, l'effet principal énoncé à l'art. 779c se produit: « *les constructions font retour au propriétaire du fonds* » (pour plus de détails, voir *supra* 1. a). Il en va de même du deuxième effet décrit plus haut pour le cas d'extinction par l'expiration de la durée du droit: *les droits (réels limités ou personnels) grevant le droit de superficie ou profitant à celui-ci s'éteignent, faute d'objet* (voir ci-dessus A. 2 *in fine* et 2. b).

En revanche, la question de l'éventuelle *indemnité due* au superficiaire doit être analysée en fonction de chacune des causes d'extinction qui peut se produire:

- Si le droit s'éteint avec l'accord du superficiaire (*contrat extinctif ou renonciation unilatérale* de sa part), il appartiendra à celui-ci de faire valoir sa prétention tendant au versement d'une indemnité avant de requérir la radiation du droit. Naturellement, les conventions éventuellement passées préalablement avec le superficiant sur l'indemnité due à l'expiration de la durée du droit pourront jouer un rôle dans ce cas également.
- En cas de *jugement déclaratif constatant que le superficiaire n'a plus aucun intérêt* au droit de superficie (art. 736 al. 1), les règles des art. 779d et 779e

⁷⁵ HENGGELER, p. 138; SIMONIUS/SUTTER, T. II, p. 146.

⁷⁶ ISLER, BSK, n. 17 ad art. 779d.

devraient s'appliquer par analogie, car l'absence d'intérêt du superficiaire à l'exercice de son droit n'implique pas nécessairement que le retour des constructions ne représente pas un avantage patrimonial pour le propriétaire de l'immeuble : faute d'accord sur le principe ou le montant d'une indemnité, le tribunal statuera aussi sur ces questions. Les mêmes principes devraient s'appliquer lorsque le droit de superficie est radié parce que *l'intérêt du superficiaire est hors de proportion avec la charge que le droit fait peser sur le fonds grevé* (art. 736 al. 2) ; la question de l'éventuelle indemnité due pour les constructions s'ajoutera alors à celle de l'indemnité due de toute façon pour la radiation du droit de superficie lui-même⁷⁷.

- En cas d'*expropriation* du droit de superficie ou de l'immeuble grevé, le droit du superficiaire à une indemnité pour les constructions s'ajoutera à celui à une indemnité pour la perte du droit de superficie lui-même. Il conduira à une répartition de l'indemnité d'expropriation entre le propriétaire de l'immeuble et le superficiaire.
- Si l'extinction du droit de superficie résulte de l'*adjudication dans les enchères forcées*, le superficiaire fera également valoir une éventuelle prétention tendant à une indemnité pour les constructions en plus de celle pour la perte du droit de superficie lui-même. Dans le cas de l'art. 812 al. 2, il ne pourra prétendre qu'au solde éventuel du produit de la réalisation après paiement des créanciers gagistes prioritaires (art. 812 al. 3)⁷⁸. Si le droit de superficie n'a pas été reporté à l'état des charges, le superficiaire ne devrait pouvoir prétendre, par analogie, qu'à un éventuel solde positif laissé par la réalisation forcée, indépendamment de toute prétention en responsabilité civile qu'il pourrait élever.
- Si un droit de superficie (au second degré) prend fin parce que le droit de superficie (au premier degré) sur lequel il était constitué s'est éteint, le superficiaire au second degré devrait pouvoir faire valoir contre le superficiaire au premier degré son droit à une indemnité pour les constructions, du moins dans la mesure où ce dernier pourra faire de même au vu de la cause d'extinction de son propre droit.

⁷⁷ Voir à ce sujet STEINAUER, T. II, n. 2276.

⁷⁸ Cf. à ce sujet STEINAUER, T. II, n. 2157.

II. Le retour anticipé

A. Généralités

«Si le superficiaire excède gravement son droit réel ou viole gravement des obligations contractuelles, le propriétaire peut provoquer le retour anticipé en demandant le transfert à son nom du droit de superficie avec tous les droits et charges qui y sont attachés.» (art. 779f) Le propriétaire peut ainsi, aux conditions strictes fixées par la loi, *priver le superficiaire de sa servitude*. En plus des moyens ordinaires permettant d'obtenir du superficiaire le respect de ses engagements (action négatoire de l'art. 641 al. 2, action en exécution des obligations de l'art. 97 CO), le législateur a voulu donner par là au propriétaire un moyen très efficace pour réagir face à un éventuel excès du superficiaire dans l'exercice de son droit réel⁷⁹. Afin d'éviter que, par cette voie, le propriétaire soit en mesure de profiter de manière indue de la plus-value apportée à l'immeuble par les constructions, l'art. 779g exige cependant le versement au superficiaire d'une indemnité équitable.

Si le propriétaire exerce son droit de retour anticipé (*vorzeitigen Heimfall, riversione anticipata*), la servitude ne s'éteint pas, mais elle est transférée au propriétaire : celui-ci devient dès lors titulaire d'un *droit réel limité sur son propre immeuble*⁸⁰.

Les dispositions sur le retour anticipé ont un *caractère impératif*⁸¹ : les parties ne peuvent donc pas valablement convenir que le droit de retour peut également être exercé en cas de violation minime des devoirs du superficiaire ou, sous réserve d'une réduction de l'indemnité en raison de la faute du superficiaire (art. 779g al. 1 *in fine*), à un prix plus bas que la valeur des constructions réalisées⁸². Le législateur a ainsi réagi contre certains abus qui avaient été constatés avant la révision de 1965 (droit d'emption en faveur du propriétaire en cas de violation des devoirs du superficiaire, convenu à des conditions inéquitables pour ce dernier)⁸³. Pour bien le souligner, l'art. 779h précise d'ailleurs que les art. 779f et 779g «s'appliquent à tout moyen que le propriétaire s'est réservé de mettre fin prématurément au droit de superficie ou d'en demander la rétrocession en cas de violation de ses obligations par le superficiaire»⁸⁴. Dans la mesure

⁷⁹ Cf. ISLER, n. 1 ad art. 779f; HENGGELER, p. 152 ; SIMONIUS/SUTTER, T. II, p. 141.

⁸⁰ HENGGELER, CHK, n. 5 ad art. 779f; PIOTET, p. 86.

⁸¹ ISLER, n. 1 ad art. 779f; HENGGELER, CHK, n. 1 ad art. 779f.

⁸² Cf. ISLER, n. 1 ad art. 779f; PIOTET, p. 85. Voir aussi le point B. 1 ci-dessous.

⁸³ HENGGELER, p. 152 sv.

⁸⁴ Voir HENGGELER, CHK, n. 1 ad art. 779h; ISLER, n. 1 ad art. 779h; SIMONIUS/SUTTER, T. II, p. 142; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n. 1406. L'art. 779h ne vise cependant pas les clauses par lesquelles le

où elles s'écartent des conditions fixées aux art. 779f et 779g, de telles clauses sont nulles ; le droit de superficie lui-même demeure valable (art. 20 al. 2 CO) et les conditions du retour sont celles prévues aux art. 779f et 779g⁸⁵.

Il n'est guère contesté que les règles sur le retour anticipé *s'appliquent à tous les droits de superficie* constitués en servitudes personnelles ; si le droit a été stipulé incessible et intransmissible, l'exercice du droit de retour entraîne la conversion du droit en une servitude cessible et transmissible⁸⁶. La question de leur *application aux droits de superficie constitués en servitudes foncières est plus controversée*, car en principe l'acquisition d'une telle servitude n'est possible qu'avec l'acquisition du fonds dominant⁸⁷ ; en tout cas, si l'on veut admettre que l'exercice du droit de retour anticipé convertit aussi un droit de superficie foncier en une servitude personnelle cessible et transmissible, il faut régler la question des droits acquis sur le fonds dominant postérieurement au droit de superficie et qui profitent donc de celui-ci⁸⁸.

B. Les conditions du droit de retour anticipé

La loi prévoit deux conditions pour que le propriétaire puisse invoquer le droit de retour anticipé : une grave violation de ses devoirs par le superficiaire (*infra* 1) et le versement d'une indemnité équitable par le propriétaire (*infra* 2).

En revanche, la loi ne fixe pas de *délai* pour faire valoir le droit au retour anticipé. Pour combler cette lacune (proprement dite) quant à la *prescription* du droit, il faut à mon avis examiner si, dans le cas concret, le superficiaire excède son droit réel ou si, au contraire, il viole ses obligations contractuelles. Dans le premier cas, conformément aux règles générales applicables en matière de violation des droits réels, le droit de retour anticipé peut être exercé aussi longtemps que dure l'excès ; les règles sur l'abus de droit interdisent toutefois au propriétaire d'exiger le retour lorsqu'il a toléré longtemps la violation sans

superficiant se réserve de mettre fin prématurément au droit de superficie pour d'autres motifs qu'une violation du contrat par le superficiaire (HENGgeler, CHK, n. 1 ad art. 779h ; PIOTET, p. 85 ; FREIMÜLLER, p. 87 ; ISLER, *Baurechtsvertrag*, p. 127 ; voir cependant ISLER, n. 2 ad art. 779h). Sur le droit transitoire, voir ISLER, n. 2 ad art. 779h.

⁸⁵ HENGgeler, p. 162 ; ISLER, n. 1 ad art. 779h.

⁸⁶ ISLER, n. 3 ad art. 779f ; HENGgeler, p. 155 ss ; PIOTET, p. 80 ; RIEMER, p. 70 ; STEINAUER, T. III, n. 2520. D'un avis contraire : FREIMÜLLER, p. 83 sv.

⁸⁷ Favorables : ISLER, n. 3 ad art. 779f ; HENGgeler, p. 157 ss. Défavorables : PIOTET, p. 80 ; FREIMÜLLER, p. 83 ; RIEMER, p. 70 ; STEINAUER, T. III, n. 2520.

⁸⁸ Voir à ce sujet HENGgeler, p. 159, ISLER, *Baurechtsvertrag*, p. 127, et ISLER, n. 3 ad art. 779f, qui considèrent que les titulaires de ces droits sont suffisamment protégés par le versement d'une indemnité (cas des créanciers gagistes, auxquels l'art. 779d s'appliquerait par analogie), voire par une action en dommages-intérêts contre le propriétaire du fonds dominant.

réagir⁸⁹. Si, par contre, le droit de retour est fondé sur une violation des obligations contractuelles du superficiaire, il faut appliquer la prescription ordinaire de dix ans⁹⁰.

Indépendamment de la prescription, se pose la question d'un *éventuel délai à respecter lors de la mise en œuvre du droit*. Le point est controversé. Certains auteurs proposent d'appliquer par analogie les règles sur l'exercice du droit de préemption (art. 681a al. 2 CC et 216e CO) et considèrent que le droit de retour doit être exercé dans un délai de trois mois dès la connaissance des faits ouvrant l'exercice du droit de retour⁹¹. D'autres appliquent par analogie les règles sur la résolution en cas de demeure qualifiée (art. 107 al. 2 et 214 al. 2 CO) et exigent que le propriétaire déclare immédiatement s'il veut exercer le droit de retour⁹². A mon sens, comme les conséquences du retour anticipé pour le superficiaire sont les mêmes que celle 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 lui fixe un délai dans ce but⁹³.

1. Une violation grave de ses devoirs de la part du superficiaire

Le droit de retour anticipé ne peut être exercé qu'en présence d'une *violation grave* de la part du superficiaire (le texte français de l'art. 779f, plus clair que les versions allemande et italienne, utilise d'ailleurs deux fois l'adverbe « gravement »)⁹⁴. La gravité doit être telle que, en considérant les circonstances concrètes du cas et d'un point de vue objectif, on ne puisse raisonnablement exiger du propriétaire de poursuivre la relation contractuelle avec le superficiaire⁹⁵. Une faute du superficiaire n'est pas nécessaire⁹⁶. Comme l'art. 779f est de droit impératif, un tribunal n'est pas lié par les éventuelles clauses contrac-

⁸⁹ Cf. aussi STEINAUER, T. III, n. 2542, et au sujet de l'abus de droit, STEINAUER, *Titre préliminaire*, n. 586 ss, avec réf.

⁹⁰ Cf. STEINAUER, T. III, n. 2542. Voir aussi HENGGELER, p. 174.

⁹¹ HENGGELER, p. 171 ss ; PIOTET, p. 85.

⁹² ISLER, n. 10 ad art. 779f ; FREIMÜLLER, p. 83.

⁹³ Cf. ISLER, n. 10 ad art. 779f ; STEINAUER, T. III, n. 2542. Voir cependant HENGGELER, p. 176, et PIOTET, p. 85.

⁹⁴ Voir aussi HENGGELER, CHK, n. 2 ad art. 779f ; ISLER, n. 5 ss ad art. 779f ; HENGGELER, p. 163 ss ; SIMONIUS/SUTTER, T. II, p. 141 sv. ; PIOTET, p. 85.

⁹⁵ ISLER, n. 5 ad art. 779f ; HENGGELER, p. 163 sv.

⁹⁶ BALLIF, p. 159 ; HENGGELER, CHK, n. 2 ad art. 779f ; HENGGELER, p. 164 ; TRUOG, p. 21 ; FREIMÜLLER, p. 86 ; voir cependant ISLER, n. 5 *in fine* ad art. 779f.

tuelles décrivant les comportements que les parties considèrent comme de graves violations du contrat⁹⁷.

La violation du contrat de superficie peut se présenter sous deux formes :

a. Le superficiaire « *excède gravement son droit réel* » (art. 779f). Par exemple, il construit un bâtiment différent de celui qui était prévu (une maison au lieu d'un garage)⁹⁸, ou il ne respecte pas les limites spatiales imposées par le contrat de superficie (la surface ou la hauteur des constructions excèdent ce qu'autorise le contrat, les distances par rapport aux limites ne sont pas respectées)⁹⁹.

b. Le superficiaire « *viole gravement des obligations contractuelles* » (art. 779f). Il s'agit en particulier de la violation des règles concernant l'utilisation ou l'entretien du bâtiment, la date du début des travaux de constructions, le montant du loyer pour les immeubles locatifs, ou la configuration et l'entretien du jardin¹⁰⁰. Pour autant que la gravité de la violation soit suffisante, la loi n'exige pas que l'obligation en cause se rapporte au contenu du droit de superficie¹⁰¹. Il va de soi que le superficiaire doit être personnellement tenu de respecter les obligations en question, soit qu'il s'agisse du premier superficiaire (ou de ses successeurs universels), soit qu'il ait repris ces obligations en acquérant le droit de superficie¹⁰². Le non-paiement de la rente superficiaire ne peut pas être sanctionné par le retour anticipé dans les cas où les art. 779i et 779k prévoient une sanction spéciale pour cette hypothèse, c'est-à-dire lorsque le droit de superficie est immatriculé au registre foncier¹⁰³.

2. Le paiement d'une indemnité équitable au superficiaire

Le propriétaire doit verser au superficiaire une indemnité équitable pour les constructions qui lui reviennent (art. 779g). Même si les notes marginales des art. 779f et 779g semblent distinguer l'exercice du droit de retour des conditions de ce droit, le versement de l'indemnité est bien une *condition de l'exercice du droit*, comme le précise déjà le texte de l'art. 779g al. 1 : « ne peut être exercé que moyennant »; l'art. 779g al. 2 le confirme en ajoutant que le droit de super-

⁹⁷ HENGGELER, CHK, n. 2 ad art. 779f; ISLER, n. 9 ad art. 779f.

⁹⁸ ISLER, n. 6 ad art. 779f; HENGGELER, p. 165.

⁹⁹ HENGGELER, CHK, n. 2 ad art. 779f; ISLER, n. 6 ad art. 779f; HENGGELER, p. 165 sv.

¹⁰⁰ ISLER, n. 7 ad art. 779f; HENGGELER, CHK, n. 2 ad art. 779f; HENGGELER, p. 166 ss.

¹⁰¹ Cf. HENGGELER, p. 169 sv.; RNRf 1979 233/237 ss; d'un autre avis: ISLER, n. 7 ad art. 779f.

¹⁰² HENGGELER, p. 168; ISLER, n. 7 ad art. 779f.

¹⁰³ ISLER, n. 8 ad art. 779f; HENGGELER, p. 168; PIOTET, p. 85; STEINAUER, T. III, n. 2540a; d'un avis contraire: SIMONIUS/SUTTER, T. II, p. 142; MONTCHAL/PILLET, p. 10. Lorsque la garantie spéciale prévue aux art. 779i sv. n'est pas ouverte, l'exercice du droit de retour anticipé devrait être possible si les conditions de l'art. 779f sont remplies (HENGGELER, p. 167 sv.).

ficie « n'est transféré au propriétaire que si l'indemnité est versée ou garantie »¹⁰⁴. Le consentement des créanciers gagistes n'est pas nécessaire pour le versement de cette indemnité (cpr art. 779d al. 1 *in fine*), car, comme le droit de superficie demeure, les droits de gage continuent à le grever¹⁰⁵.

Le droit à l'indemnité, pas plus que la manière de déterminer le montant de celle-ci, ne peuvent *pas faire l'objet, lors de la constitution du droit de superficie, de clauses contractuelles valables* car, comme l'art. 779f, l'art. 779g est de droit impératif (cpr art. 779e)¹⁰⁶. En revanche, une fois survenu un cas de retour anticipé, les parties peuvent naturellement se mettre d'accord sur l'indemnité à verser au superficiaire¹⁰⁷.

Le *montant de l'indemnité* peut être inférieur à la valeur effective des constructions : la faute du superficiaire peut en effet justifier une réduction de ce montant (art. 779g al. 1)¹⁰⁸. Il faut donc procéder en deux étapes : en premier lieu, sur la base d'éléments objectifs, il faut déterminer l'indemnité équitable au vu de la valeur effective des constructions (*infra a*) ; dans un second temps, il faut éventuellement réduire ce montant en fonction des éléments subjectifs du cas concret, savoir le comportement fautif du superficiaire (*infra b*)¹⁰⁹. Il est possible que, tous ces éléments pris en compte, le propriétaire ne doive en définitive aucune indemnité, voire que ce soit le superficiaire qui doive indemniser le propriétaire¹¹⁰.

L'indemnité équitable objective pour les constructions peut être déterminée comme l'indemnité équitable légale au sens de l'art. 779d ; il faut ainsi en estimer la valeur vénale des *constructions* au moment du retour anticipé, en tenant compte des possibilités futures d'utilisation de ces constructions et, éventuellement, avec les correctifs résultant des circonstances du cas (*supra* I. B. 1. c)¹¹¹. En cas de retour anticipé, le propriétaire n'acquiert cependant pas seulement la propriété des constructions, mais aussi le *droit de superficie* lui-même. Même si l'art. 779g al. 1 ne fait pas état de cet élément, il faut aussi le prendre en considération pour estimer l'indemnité. On tiendra compte en particulier de la rémunération que le propriétaire a reçue pour le droit de superficie si celle-ci n'a pas été prévue sous forme de rente, mais d'un capital ; le superficiaire doit ainsi récupérer la partie de ce capital correspondant à la rémunération du droit pour

¹⁰⁴ HENGGELER, p. 176 sv.

¹⁰⁵ HENGGELER, p. 187.

¹⁰⁶ HENGGELER, p. 179 sv., et TRUOG, p. 20, qui admettent cependant la licéité d'une clause arbitrale ; ISLER, n. 1 sv. ad art. 779g.

¹⁰⁷ HENGGELER, p. 180 ; ISLER, *Baurechtsvertrag*, p. 129.

¹⁰⁸ HENGGELER, CHK, n. 2 ad art. 779g ; ISLER, n. 5 ad art. 779g ; HENGGELER, p. 183 sv. ; PIOTET, p. 85.

¹⁰⁹ ISLER, n. 1 et 5 ad art. 779g.

¹¹⁰ RNRF 1981, p. 143/146 sv. ; ISLER, n. 6 ad art. 779g.

¹¹¹ RNRF 1981, p. 146 ; HENGGELER, p. 181 ; SIMONIUS/SUTTER, T. II, p. 142.

l'avenir¹¹². De même, il est possible que le superficiaire ait accru la valeur du droit de superficie autrement que par des constructions, par exemple en constituant en faveur de celui-ci une servitude foncière ; cela augmente d'autant le montant de l'indemnité à verser par le propriétaire¹¹³. Inversement, il est possible, et même probable, que le superficiaire ait déjà grevé le droit de superficie de droits de gage pour financer la construction ; dès lors qu'il devient titulaire d'un droit de superficie grevé de ces gages, le propriétaire n'aura alors guère d'autre choix que de reprendre la dette ou de payer les créancier gagistes pour libérer le droit de superficie ; il peut cependant déduire de l'indemnité à verser au superficiaire les montants correspondants¹¹⁴. Une diminution de la valeur du droit de superficie peut aussi résulter de ce que celui-ci a été grevé de servitudes¹¹⁵.

Le montant de l'indemnité ainsi objectivement déterminé peut ensuite être *réduit en raison de la faute du superficiaire*. Le facteur de réduction doit être défini au vu des circonstances du cas concret et en tenant compte des éléments subjectifs du comportement du superficiaire. Il constitue une forme de sanction pour le superficiaire.¹¹⁶

Exemples de clauses utilisées en pratique :

« ... après paiement par celui-ci d'une indemnité équitable au sens de l'art. 779g »

« Il sera dû au superficiaire une indemnité dont le montant maximum sera égal à la valeur intrinsèque à dire d'experts des constructions et installations fixes au jour de l'extinction, valeur intrinsèque qui sera diminuée des amortissements qui auraient contractuellement dû être effectués jusqu'à la date du retour anticipé, conformément à l'article ... ci-dessus. L'article 779g al. 1 in fine CC est réservé. »

C. Les effets du retour anticipé

Si les conditions du retour anticipé sont remplies, *le propriétaire doit obtenir le transfert à son nom du droit de superficie*. Dans le cas où le superficiaire est d'accord avec cette rétrocession, le transfert suit les règles ordinaires : pour un droit de superficie qui n'est pas immatriculé au registre foncier, une déclaration écrite de cession par le superficiaire suffit ; pour un droit de superficie immatriculé comme immeuble au registre foncier, il faut un contrat de transfert en la

¹¹² PIOTET, p. 86 ; HENGGELER, p. 182 ; ISLER, n. 2 ad art. 779g.

¹¹³ HENGGELER, p. 182 ; ISLER, n. 2 ad art. 779g.

¹¹⁴ ISLER, n. 4 ad art. 779g ; HENGGELER, p. 183 ; PIOTET, p. 86.

¹¹⁵ PIOTET, p. 86.

¹¹⁶ ISLER, n. 5 ad art. 779g ; HENGGELER, CHK, n. 4 ad art. 779d.

forme authentique suivi d'une réquisition d'inscription au registre foncier émanant du superficiaire¹¹⁷. Si par contre le superficiaire s'oppose à la rétrocession, le transfert doit être ordonné par un juge. Dans les deux cas, si elle est requise, l'inscription au registre foncier ne peut avoir lieu que si l'indemnité est soit payée, soit garantie (art. 779g al. 2)¹¹⁸.

Une fois que le retour anticipé est effectif, *le propriétaire devient titulaire d'un droit de superficie sur son propre immeuble*: ce droit lui est transféré « avec tous les droits et charges qui y sont attachés » (art. 779f *in fine*)¹¹⁹. Le propriétaire peut alors soit chercher à transférer le droit à un tiers pour poursuivre son projet initial, soit demander la radiation du droit de superficie ; dans ce dernier cas, il doit cependant obtenir le consentement de toutes les personnes ayant un droit réel limité sur le droit de superficie (art. 964)¹²⁰. Si les constructions sont déjà louées, l'art. 261 CO s'applique¹²¹.

Bibliographie

- BALLIF Alban, *Le droit de superficie, Éléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés*, thèse, Zurich 2004.
- BAUMANN Max, *Nutzniessung und Wohnrecht*, commentaire zurichois, T. IV / 2a, 3^e éd., Zurich 1999.
- DESCHENAUX Henri, *Le registre foncier*, in *Traité de droit privé suisse*, T. V/II/2, Fribourg 1983.
- ENDER Thomas, *Baurecht, Quellenrecht, andere Dienstbarkeiten, Grundlasten*, in *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, P. GAUCH/J. SCHMID (éd.), Zurich 2001, p. 163 ss.
- FARINE FABBRO Alexandra, *L'usufruit immobilier*, thèse, Fribourg 2000.
- FREIMÜLLER Hans-Ulrich, *Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte*, thèse, Berne 1967.
- HENGGELER Benno, Art. 779-779I, in M. Amstutz et al. (éd.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2007 (cité: HENGGELER, CHK).

¹¹⁷ HENGGELER, CHK, n. 4 ad art. 779f. Voir en outre STEINAUER, T. III, n. 2527 ss et 2543.

¹¹⁸ ISLER, n. 11 ad art. 779f et n. 7 ad art 779g ; HENGGELER, p. 186 sv.

¹¹⁹ Cf. aussi HENGGELER, CHK, n. 5 ad art. 779f.

¹²⁰ HENGGELER, CHK, n. 5 ad art. 779f ; HENGGELER, p. 193.

¹²¹ D. PIOTET, n. 183.

- HENGGELER Benno, *Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall (Art. 779c ff. ZGB)*, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2005.
- HIGI Peter, *Die Miete*, commentaire zurichois, T. V 2b, 4^e éd., Zurich 1994.
- ISLER Peter R., *Art. 779 – 779I*, commentaire bâlois, *Zivilgesetzbuch II*, 3^e éd., Bâle 2007 (cité: ISLER, BSK).
- ISLER Peter R., *Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung*, thèse, Berne 1973 (cité: ISLER, *Baurechtsvertrag*).
- LIVER Peter, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730 bis 792)*, *Die Grunddienstbarkeiten*, commentaire zurichois, T. IV/2a/1, 2^e éd., Zurich 1980.
- MONTCHAL Max/PILLET Pierre, *Le droit de superficie en Suisse, notamment en rapport avec la propriété par étages*, Genève 1968.
- MOOSER Michel, Introduction au droit de superficie – La constitution du droit, p. 1 ss dans le présent ouvrage.
- MÜLLER Roland M., *Art. 745-775*, commentaire bâlois, *Zivilgesetzbuch II*, 3^e éd., Bâle 2007 (cité: MÜLLER, BSK).
- PETITPIERRE Etienne, *Art. 730 – 744*, commentaire bâlois, *Zivilgesetzbuch II*, 3^e éd., Bâle 2007.
- PIOTET Denis, *Le principe « la vente ne rompt pas le bail » et le système général des droits réels*, Berne 1993 (cité: D. PIOTET).
- PIOTET Denis, *Propriété collective, servitudes, droit de voisinage et restrictions de droit public: tour d'horizon du chapelet de perles entourant la révision du droit des gages immobiliers et de la tenue du registre foncier après 2005*, in RNRF 2006 12 ss (cité: D. PIOTET, *Propriété*).
- PIOTET Paul, *Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières*, in *Traité de droit privé suisse*, T. V/3, Fribourg 1978 (cité: PIOTET).
- PRADERVAND-KERNEN Maryse, *La valeur des servitudes foncières et du droit de superficie*, thèse, Fribourg 2007.
- REY Heinz, *Die Grunddienstbarkeiten*, commentaire bernois, T. IV/2/1/1, 2^e éd., Berne 1981.
- RIEMER Hans Michael, *Das Baurecht (Baurechtsdienstbarkeit) des Zivilgesetzbuches und seine Behandlung im Steuerrecht*, thèse, Zurich 1968.
- SCHMID Jörg/HÜRLIMANN-KAUP Bettina, *Sachenrecht*, 2^e éd., Zurich 2003.
- SIMONIUS Pascal/SUTTER Thomas, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, Francfort-sur-le Main, T. I 1995 ; T. II 1990.

STEINAUER Paul-Henri, *Le Titre préliminaire du Code civil, in Traité de droit privé suisse*, T. II/1, Bâle 2009 (cité: STEINAUER, *Titre préliminaire*).

STEINAUER Paul-Henri, *Les droits réels*, Berne, T. I, 4^e éd 2007 ; T. II, 3^e éd. 2002 ; T. III, 3^e éd. 2003.

TRUOG Barbara, *Musterbaurechtsvertrag : Grundzüge und Gestaltungsmöglichkeiten eines Baurechtsvertrags mit Empfehlungen zur Förderung des gemeinnützigen und sozialen Wohnungsbaus*, Zurich 1995.

WITT Günther, *Das Baurecht*, Eine rechtsvergleichende Betrachtung insbesondere des schweizerischen und deutschen Rechts, thèse Bâle, Stuttgart 1970.

ZOBL Dieter, *Grundbuchrecht*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2004.

ZURBRIGGEN Felix, *Die irregulären Personaldienstbarkeiten (Art. 781 ZGB)*, thèse Fribourg, Berne/Francfort-sur-le-Main/Las Vegas 1981.

LE DROIT DE SUPERFICIE EN DROIT PUBLIC

FRANÇOIS BELLANGER*

I. Introduction

Le droit de superficie est un instrument éprouvé du droit privé. Les modalités de son utilisation par les autorités publiques sont moins connues. Pourtant, les autorités publiques font un grand recours à cet instrument comme moyen de réaliser certaines politiques publiques importantes, par exemple dans le domaine de l'aménagement ou du logement, ou encore pour gérer les terrains appartenant à l'Etat. Compte tenu de la grande diversité des solutions cantonales, nous concentrerons notre analyse sur le canton de Genève, où le recours par les autorités publique au droit de superficie est très courant dans le cadre de politiques publiques.

Nous commencerons par présenter les différentes formes de l'utilisation du droit de superficie dans le canton de Genève (II.) avant de définir la place du droit de superficie dans le cadre des politiques publiques (III.). Nous examinerons ensuite brièvement le statut des superficiaires au regard du droit public (IV.), avant de présenter le contenu usuel des contrats de droit de superficie utilisés dans le canton de Genève (V.), puis de conclure (VI.).

* Nous remercions Madame Roswitha Petry, assistante et doctorante à la Faculté de droit qui a participé à la mise au point de l'appareil critique qui accompagne ce texte.

II. L'usage du droit de superficie dans le canton de Genève

A. La maîtrise du sol dans les zones industrielles

Les zones à bâtir du canton de Genève ont des affectations particulières fixées par l'article 19 de la Loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire¹. L'alinéa 4 de cette disposition définit les zones industrielles et artisanales comme étant destinées aux constructions industrielles, artisanales et ferroviaires. Il peut s'agir soit de zones ordinaires, soit de zones de développement au sens de l'article 30 LaLAT, régies en outre par la Loi générale sur les zones de développement industriel².

A l'intérieur de ces zones, notamment dans les zones de développement, l'Etat souhaite conserver la maîtrise du sol afin de garantir que l'utilisation de la zone reste conforme à son affectation, qu'il y ait suffisamment de terrains à disposition pour répondre aux besoins des entreprises existantes ou s'implantant dans le canton et que le prix des terrains soit maîtrisé. Le moyen de cette politique est l'octroi de droits de superficie. Cette approche permet également de transférer la maîtrise du sol au superficiaire sans procéder à une vente qui nécessite l'accord du Grand Conseil genevois conformément à l'article 80A de la Constitution genevoise³.

L'Etat agit soit directement, soit par l'intermédiaire de structures créées à cet effet. En particulier, une grande partie des terrains en zone industrielle sont gérées par la Fondation pour les terrains industriels pour le compte de l'Etat. Elle a pour but, selon l'article 1 de ses statuts de « a) de devenir propriétaire ou superficiaire d'immeubles, bâtis ou non, situés dans les zones industrielles de La Praille et des Acacias, ainsi que dans toutes autres zones industrielles qui lui sont assignées par l'Etat de Genève (ci-après : l'Etat), d'aménager lesdits immeubles, de les exploiter et de les gérer ; b) de remplir tous mandats de direction ou de coordination qui lui sont confiés par l'Etat, des communes ou d'autres corporations de droit public, en vue de la réalisation de travaux de construction, d'aménagement et d'équipement ainsi que d'exploiter et de gérer des immeubles, bâtis ou non, pour autant que les mandats soient liés directement ou indirectement à l'aménagement des zones industrielles ou qu'une saine coordination des travaux commande l'exécution de ces mandats »⁴.

¹ RS/Ge L 1 30 ; « LaLAT ».

² RS/Ge L 1 45 ; « LGZDI ».

³ RS/Ge A 2 00 ; « Cst-GE ».

⁴ Statuts de la Fondation pour les terrains industriels de Genève (FTI), PA 327.01, disponibles sur le site Internet de la FTI à l'adresse www.fti.geneva.ch/downloadfiles/StatutsFTI.pdf.

Pour accomplir sa mission, l'article 6, alinéa 3, de ses Statuts prévoit qu'elle « peut donner à bail ou à grever de droits de superficie distincts et permanents, au sens de l'article 779, alinéa 3, du Code civil⁵, les immeubles dont elle est propriétaire et, avec l'accord du propriétaire, ceux dont elle est superficière ».

Ce moyen permet aux entreprises de réaliser les bâtiments et infrastructures dont elles ont besoin sans mobiliser de capitaux importants pour l'achat du terrain. Généralement, les droits de superficie ont une durée de 90 ans au plus, avec possibilité de renouvellement pour des périodes successives de 30 ans au plus. Ils sont cessibles à un autre superficière moyennant le consentement du superficiaire. De plus, le superficière a la possibilité de constituer des gages immobiliers. Enfin, la rente de superficie dépend généralement du type d'exploitation.

En outre, dans la mesure où l'Etat entend assurer un développement adéquat des zones industrielles et artisanales au vu de ses objectifs d'aménagement, les plans et règlements directeurs des zones industrielles de développement⁶ peuvent imposer des conditions additionnelles⁷.

B. La maîtrise du sol dans les autres zones

Les droits de superficie sont utilisés dans d'autres zones du canton pour la réalisation de constructions d'utilité publique⁸, notamment sur le domaine public, ou la construction et l'exploitation d'immeubles appartenant à des entités publiques⁹. Ils peuvent également servir pour des opérations dans les zones à bâtir jugées dans l'intérêt du canton. Enfin, les droits de superficie permettent à l'Etat de s'assurer la maîtrise et l'utilisation des terrains dans les zones agricoles spéciales. La loi 10229 concernant la constitution de la Fondation

⁵ RS 210; « CC ».

⁶ Articles 2 et 3 LGZDI.

⁷ Les différents plans et règlements sont accessibles à l'adresse: <http://www.fti.geneva.ch/Article/article.jsp?id=51&cat=fti>.

⁸ Voir, par exemple, la Loi 8255 autorisant l'octroi à la Fondation de droit public pour la construction et l'exploitation de parcs de stationnement d'un droit de superficie au-dessous du domaine public cantonal, pour la construction d'un parc relais P+R Genève-Plage, dans le port de la Nautique, au quai Gustave-Ador et instituant des mesures favorisant les transports publics ainsi que des restrictions de circulation au quai Gustave-Ador et à la rue des Eaux-Vives afin de réduire les nuisances provoquées par le trafic automobile.

⁹ Voir la Loi constitutionnelle 9825 modifiant la Constitution de la république et canton de Genève transférant aux Services industriels la propriété de leurs immeubles tout en constituant un droit de superficie en faveur des Services industriels sur les terrains sur lesquels ces immeubles étaient construits. Voir la Loi constitutionnelle 9827 réalisant la même opération pour l'Aéroport international de Genève.

pour les zones agricoles spéciales¹⁰ a créé sous le nom de Fondation pour les zones agricoles spéciales une fondation de droit public chargée de définir, de promouvoir, de développer et d'améliorer la structure foncière dans les zones agricoles spéciales, voire de réaliser et d'exploiter les équipements collectifs y relatifs. Pour atteindre ce but, la Fondation peut se porter acquéreur de tous terrains utiles dans les zones agricoles spéciales, ainsi qu'en zone agricole de façon à pouvoir procéder à des échanges en zone agricole spéciale. Ensuite, elle a la faculté de remettre ces terrains en propriété ou en droit de superficie, aux exploitants agricoles à titre personnel.

C. La politique du logement

Le droit de superficie est un élément important de la politique cantonale du logement. Son utilisation est prévue par l'article 10A, alinéas 2 & 3, litt. d, Cst-GE, qui prévoit que l'Etat et les communes encouragent par des mesures appropriées la réalisation de logements répondant aux besoins reconnus de la population et qu'à cette fin, dans les limites du droit fédéral, ils mènent une politique sociale du logement, notamment par l'octroi de droits de superficie à des organes désireux de construire des logements sociaux et ne poursuivant pas de but lucratif.

Ce principe est repris à la fiche 1.1 du plan directeur cantonal, qui prévoit à son chiffre 1.6 la nécessité de favoriser le maintien et la réalisation de l'habitat économique répondant aux besoins prépondérants de la population, par leur taille, leur coût et leur loyer, notamment en soutenant la réalisation de nouveaux logements économiques, notamment par la mise à disposition de terrains ou immeubles, en droit de superficie à des fondations immobilières et à des coopératives d'habitation.

La mise en œuvre de cette politique intervient ensuite dans le cadre de la Loi générale sur le logement et la protection des locataires¹¹ dont l'article 1, alinéa 2, litt. b prévoit que l'Etat encourage la construction de logements, en particulier à but non lucratif, par voie notamment de mises à disposition, dans la mesure des disponibilités, de terrains à bâtir en droit de superficie ou d'aide à l'équipement de terrains à bâtir.

L'article 10, alinéa 1, LGL mentionne la création d'une Fondation de droit public pour la promotion du logement bon marché et de l'habitat coopératif afin de développer le parc de logements d'utilité publique dans le canton. Parmi les buts de cette fondation, figure la mise à disposition en droit de superficie

¹⁰ PA 330.00.

¹¹ RS/Ge I 4 05 ; « LGL ».

de ses immeubles à des coopératives d'habitation sans but lucratif, subsidiairement à d'autres organismes sans but lucratif.

L'article 13A LGL fixe des contraintes quant à ces mises à disposition. Il prévoit qu'un minimum de 70% des surfaces brutes de plancher de logements, existantes ou potentielles des immeubles mis à disposition en droit de superficie ou cédé par la Fondation le sera, à parts égales, aux fondations immobilières de droit public et aux coopératives d'habitation sans but lucratif aux conditions fixées par cet article. En premier lieu, le droit de superficie n'est cessible ou l'aliénation possible qu'en conformité avec l'article 10 LGL et avec accord du Conseil d'Etat. En deuxième lieu, la durée du droit de superficie est de quatre-vingt dix neuf ans au plus. Enfin, cinq ans avant l'échéance du droit, les parties doivent s'avertir de leurs intentions quant à son renouvellement éventuel. Si elles le désirent, les parties peuvent prolonger le droit de superficie pour une nouvelle période de trente ans au maximum ; la même procédure et les mêmes délais s'appliquent en cas de renouvellements ultérieurs.

L'article 13B LGL précise en outre que la Fondation ne peut conclure des contrats de droit de superficie avec des coopératives d'habitation que si celles-ci répondent aux conditions suivantes : elles poursuivent des activités sans but lucratif, elles réservent la location de leurs appartements à leurs coopérateurs, elles procèdent au rachat obligatoire à la valeur nominale des parts sociales de leurs membres lorsqu'ils quittent leur appartement et elles attribuent la location de leurs appartements au travers d'une commission dans laquelle ne peut siéger ni le locataire sortant ni l'habitant entrant, sur la base d'une liste d'attente.

Il convient enfin de relever que l'article 9, alinéa 1, LGL impose en principe le recours au droit de superficie pour garantir la construction de logements sociaux suite à l'exercice de leur droit de préemption légal¹² par l'Etat ou les communes. Dans ce sens, la première phrase de cette disposition déclare que l'Etat, ou la commune, est tenu de concéder en droit de superficie à des collectivités publiques, à des fondations de droit public, à des organismes de droit privé sans but lucratif, à des coopératives d'habitation ou à des associations sans but lucratif aux fins de construction de logements d'utilité publique les terrains acquis en vertu du droit de préemption légal ou d'expropriation. La dernière phrase de l'article ajoute de manière contradictoire avec l'obligation

¹² L'article 3, alinéa 1, LGL prévoit que « Les biens-fonds faisant l'objet d'une modification des limites de zones, au sens de la loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 4 juin 1987, et les biens-fonds sis en zone de développement, au sens de la loi générale sur les zones de développement, du 29 juin 1957, qui peuvent être affectés à la construction de logements, sont grevés d'un droit de préemption au profit de l'Etat et des communes intéressées. Le droit de préemption ne peut s'exercer qu'aux fins de construction de logements au sens de la présente loi ». Les modalités d'exercice de ce droit sont réglées aux articles 4 et 5 LGL.

de concession figurant dans sa première phrase que la commune peut construire elle-même des logements d'utilité publique sur lesdits terrains.

La loi du 24 mai 2007 pour la construction de logements d'utilité publique¹³ qui charge à son article 1, alinéa 1, l'Etat de constituer « un parc de logements d'utilité publique de 20% du parc locatif du canton par la construction et l'acquisition de logements », prévoit dans le même sens à son article 2, alinéa 6, que les terrains acquis par l'exercice du droit de préemption de l'Etat et financés par le fonds de financement institué par l'article 4 LUP peuvent être cédés ou accordés sous forme d'un droit de superficie à une fondation de droit public, une commune ou un organisme sans but lucratif aux fins d'y réaliser des logements d'utilité publique.

En plus des terrains acquis par la voie du droit de préemption légal, l'Etat a prévu à l'article 4A de la Loi générale sur les zones de développement¹⁴, un mécanisme forçant les propriétaires de terrains situés en zone de développement à construire eux-mêmes un certain pourcentage de logements sociaux ou à céder à l'Etat, à une commune ou à un autre organisme sans but lucratif, à titre onéreux et au prix admis par l'Etat dans les plans financiers, un certain pourcentage du périmètre pour la construction de logements d'utilité publique. Le pourcentage de logements sociaux à construire ou de terrain à céder dépend de la date du déclassement et du type de zone existant avant ce dernier. Par exemple, selon l'article 4A, alinéa 2, LGZD, dans les périmètres déclassés en zone de développement après le 1er janvier 2007 et dont la zone primaire est la zone villa, il doit être réalisé au moins 15% de logements d'utilité publique. Pour permettre la réalisation de cet objectif, cette disposition donne à celui qui réalise des logements le choix entre la cession de 15% du périmètre pour la construction de logements d'utilité publique, d'une part, et la construction de logements à habitation mixte (HM) ou en coopérative d'habitation à raison de 15% du programme, d'autre part, ou la cession de 25% du périmètre pour la construction de logements d'utilité publique.

III. La place du droit de superficie en droit public

Pour tenter de cerner ce que signifie l'usage du droit de superficie, instrument par excellence du droit privé, par les autorités publiques, il est nécessaire de commencer par identifier le rôle exact de cet instrument pour les autorités publiques et déterminer en fonction de celui-ci si cet instrument est soumis à des règles particulières de droit public ou reste seulement régi par les règles

¹³ RS/Ge I 4 06; « LUP ».

¹⁴ RS/Ge L 1 35; « LGZD ».

usuelles du Code civil (A.). Nous déterminerons ensuite les conditions du recours au droit de superficie par des autorités publiques (B.).

A. Les règles applicables aux droits de superficie octroyés par des autorités publiques

Le droit public régit normalement toute l'activité étatique. Il pose les bases de l'existence de l'Etat, définit ses tâches et détermine les moyens des autorités de les mener. Il fixe en particulier les règles applicables aux modes d'action habituels de l'Etat comme la décision administrative, les plans ou les contrats de droit administratif¹⁵. Toutefois, le droit public ne parvient pas toujours à répondre aux besoins de l'Etat. Selon la nature de ses tâches, une autorité peut devoir recourir à des techniques différentes. Elle utilise alors souvent des moyens de droit privé en lieu et place des outils traditionnels de droit public¹⁶. Souvent, ces moyens sont plus appropriés pour atteindre le but poursuivi. Parfois, l'Etat est simplement forcé de les utiliser car il ne dispose pas d'un équivalent en droit public. Tel est le cas du droit de superficie.

Le choix d'un moyen d'action de droit privé ne signifie pas que l'autorité se mue soudain en une quelconque personne privée. D'une part, l'autorité poursuit toujours un intérêt public¹⁷, d'autre part, elle bénéficie forcément d'une position de supériorité par rapport aux administrés ; même si l'Etat n'agit pas au moyen d'actes unilatéraux, il conserve le bénéfice de la puissance publique¹⁸ et se trouve ainsi de droit dans une position de supériorité. Cette supériorité ne signifie pas pour autant que l'autorité ne puisse pas conclure un contrat de droit privé ; elle pourra entraîner des inégalités dans le contrat mais elles ne remettront généralement pas en cause le caractère bilatéral du contrat en créant soit une situation similaire à celle de la prise d'une décision rendant la relation unilatérale, soit un déséquilibre tel entre la partie publique et le cocontractant privé que le contrat de droit privé doive être considéré en réalité comme un contrat de droit administratif.

¹⁵ U. HÄFELIN, G. MÜLLER, F. UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^{ème} éd., Zurich 2006, N° 730 ; P. MOOR, *Droit administratif*, vol. II, 2^{ème} éd., Berne 2002, p. 9.

¹⁶ P. MOOR, précité, p. 411 s ; cf. également P. TSCHANNEN, U. ZIMMERLI, M. MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3^{ème} éd., Berne 2009, p. 379 ; U. HÄFELIN, G. MÜLLER, F. UHLMANN, précité, Nos 272-286.

¹⁷ T. FLEINER-GERSTER, *Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts*, 2^e éd., Zurich 1980, p. 43 ; P. MOOR, précité, p. 414 s.

¹⁸ K. EICHENBERGER, « Verwaltungsprivatrecht », in *Privatrecht, öffentliches Recht, Strafrecht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985*, Bâle 1985, p. 75 ss, 80.

Dans une telle situation, en concluant un contrat de droit privé, l'Etat continue d'agir comme une autorité dans le cadre de l'accomplissement de ses tâches. L'administration remplit ses fonctions avec un contrat de droit privé qui constitue un outil plus approprié pour atteindre l'objectif poursuivi. Ce contrat devient alors un moyen d'action de l'Etat au même titre que les décisions ou les plans ; il permet de réaliser une tâche étatique d'une manière plus efficace qu'un acte de droit public traditionnel ou de palier l'absence d'un instrument de droit public équivalent. L'instrument de droit privé s'intègre par conséquent dans le cadre général de droit public qui régit l'activité étatique. L'autorité continue à évoluer dans le monde du droit public, seul son moyen d'action relève du droit privé et reste soumis à celui-ci ; il ne devient pas du droit public supplétif même s'il est utilisé pour l'accomplissement d'une tâche publique, car tout l'intérêt de l'autorité est justement de disposer d'un véritable moyen de droit privé.

Ce recours au droit privé comme moyen d'action de l'Etat doit être distingué des activités à caractère économique de l'Etat. Lorsque ce dernier se comporte comme n'importe quel particulier, notamment dans le cadre d'une activité industrielle et commerciale ou de la gestion de son patrimoine financier, même s'il poursuit toujours indirectement un intérêt public, il sort du cadre de ses tâches étatiques. Dans ces cas, l'activité de l'Etat doit être traitée comme celle d'un particulier, car elle se situe exclusivement dans le domaine du droit privé, notamment du point de vue de la concurrence. Pour ce motif, toutes les activités de l'Etat ayant un caractère économique et pouvant être considérées comme des prestations commerciales sont soumises à la TVA pour garantir leur neutralité concurrentielle, si des prestations similaires sont commercialisables et sont fournies par des tiers ou pourraient l'être, et ce même si elles sont accomplies dans l'exercice de la puissance publique¹⁹. De même, la Commission de la concurrence a estimé que des autorités étatiques sont soumises au droit de la concurrence si elles exercent une activité économique sur un marché en compétition avec des entreprises privées²⁰.

Du point de vue du droit applicable, la distinction entre les moyens de droit privé utilisés comme moyen d'action étatique ou dans le cadre d'activités économiques de l'Etat est importante.

Dans ce dernier cas, dès lors que l'action de l'Etat intervient dans un cadre concurrentiel, l'activité économique de l'Etat relève seulement du droit privé. Les autorités administratives ne sont plus des autorités au sens juridique du terme et doivent être considérées comme des entreprises et traitées comme telles du point de vue du droit.

¹⁹ ATF 125/1999 II 480/490. Voir également F. BELLANGER, « Les collectivités publiques et la TVA : de l'Etat providence à l'Etat commerçant », in *Aux confins du droit, Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Genève 2001, p. 467 ss.

²⁰ ATF 127/2001 II 32/41 ss.

Dans le premier cas, la situation est plus complexe, car il faut distinguer deux hypothèses. Selon la nature du moyen d'action comme instrument direct ou indirect d'une politique publique, les règles applicables peuvent relever exclusivement du droit public ou résulter d'une combinaison de dispositions de droit privé et de principes de droit public, notamment les droits et principes constitutionnels gouvernant l'activité de l'administration. Il s'agit alors du domaine du « droit administratif privé »²¹.

La distinction entre le caractère direct ou indirect des moyens d'action n'est pas toujours aisée ; elle intervient en fonction de la nature des tâches poursuivies par l'Etat et de l'étendue des dispositions de droit public pertinentes. Le critère de la poursuite directe ou indirecte d'une tâche publique doit être appliqué à l'aide d'un examen poussé qui prend en compte tous les paramètres de l'activité de l'Etat et de son intervention dans un domaine déterminé ainsi que du rôle du cocontractant, afin de saisir le but réel qui est recherché au-delà des apparences éventuelles.

Ce caractère « direct » revêt une grande importance, car il permet de distinguer les véritables moyens d'action de l'Etat des contrats par lesquels l'autorité ne fait que se procurer les moyens matériels de mener son activité, soit des actes d'acquisition de fournitures ou services soumis uniquement au droit privé, sous réserve du respect des procédures de marché public nécessaires pour que de telles opérations puissent être effectuées dans le respect de la neutralité concurrentielle de l'Etat. En conséquence, sera directement impliqué dans l'exécution d'une tâche publique, le particulier, qui par un accord contractuel avec l'Etat, est associé à la conduite d'une tâche publique, non pas simplement comme fournisseur de prestation, mais comme un véritable exécutant de la tâche publique.

Il est possible de tracer un parallèle entre ce critère et celui utilisé par le Tribunal fédéral pour déterminer le droit applicable aux contrats conclus par les collectivités publiques²². Selon le Tribunal fédéral, un contrat relève du droit public s'il concerne une matière réglée exclusivement par des règles de droit public, comme par exemple l'expropriation²³, soit s'il a pour objet direct une tâche d'intérêt public en associant le cocontractant à son exécution. Le premier volet de ce critère n'est pas pertinent par rapport aux contrats de superficie dès lors que si la matière en cause est intégralement régie par le droit public, il ne reste

²¹ Pour cette notion, cf. P. MOOR, précité, p. 414 s ; B. KNAPP, *Précis de droit administratif*, Bâle 1991, p. 17 s.

²² Voir par exemple l'ATF 105 la 392/394, où le Tribunal fédéral déclare qu'une « convention relève notamment du droit administratif lorsqu'elle met directement en jeu l'intérêt public, parce qu'elle a pour objet même une tâche d'administration publique ou une dépendance du domaine public ». Voir également les ATF 93 I 506/509 ; 99 Ib 115/120 ; 102 II 55/57 ; 103 la 31/34 ; 103 la 505/509 ; 103 II 314/318 ; 105 la 207/209 ; 109 II 76/79 ; JAAC 1987/12 74/76.

²³ Voir, par exemple, ATF 99 Ib 267/273 ss.

pas de place pour un contrat de droit privé. En revanche, le second volet correspond exactement à l'approche retenue pour déterminer si un partenaire privé intervient directement ou non dans l'exécution d'une tâche publique.

Dans la mesure où il est utilisé dans le cadre d'une politique publique, comme par exemple la politique du logement ou l'aménagement du territoire, le droit de superficie est lié à ces tâches. Il permet de valoriser un terrain tout en préservant le droit de propriété de l'Etat et en garantissant que l'usage du terrain soit conforme au but de la politique en cause. Toutefois, ce lien ne signifie pas que le bénéficiaire du contrat de superficie soit associé directement à l'exécution de la tâche publique. Dans ce cas particulier, le droit de superficie est le moyen pour l'Etat de réaliser sa politique publique, mais le particulier qui reçoit le droit l'utilise dans la majorité des cas à ses propres fins, qui sont soit commerciales, soit d'utilité publique. Certes, elles devront être compatibles avec la politique publique en cause, mais cela n'implique pas le particulier directement dans la réalisation de cette politique. Cette absence d'intervention directe du bénéficiaire du droit de superficie dans la réalisation de la tâche publique est importante; elle confère au contrat de superficie son caractère de droit privé et l'empêche de devenir un contrat de droit administratif au regard des critères déterminants pour définir le droit applicable à un contrat.

En conséquence, les contrats de superficie utilisés par l'Etat de Genève seront traités comme des moyens d'action de l'Etat n'associant pas directement le cocontractant à l'exécution de la tâche publique. Ils seront conclus conformément aux règles de droit privé régissant les droits de superficie, sous réserve du respect des droits et principes constitutionnels régissant le droit administratif.

B. Les conditions du recours à un droit de superficie

L'appartenance d'instruments de droit privé aux moyens d'action de l'Etat n'associant pas directement le cocontractant à l'exécution de la tâche publique soulève des questions au regard du respect du principe de la légalité, de l'application d'autres principes ou règles de droit public ainsi que de la compétence des autorités.

1. Une base légale

Le respect du principe de la légalité est le fondement de l'action étatique²⁴. En conséquence, en principe une base constitutionnelle ou légale est nécessaire

²⁴ Cf., parmi d'autres, U. HÄFELIN, G. MÜLLER, F. UHLMANN, précité, Nos 368 ss; P. TSCHANNEN, U. ZIMMERLI, M. MÜLLER, précité, p. 128 ss.

pour toute délégation d'une tâche publique à une personne privée. En effet, la collaboration entre l'Etat et une personne physique ou morale de droit privé pour l'exécution d'une tâche publique implique le transfert de cette tâche et, cas échéant, de certaines prérogatives liées à la puissance publique. Les modalités de ce transfert doivent donc être déterminées dans la constitution ou la loi. Par exemple, l'article 12 de la Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance maladie²⁵ autorise des personnes juridiques de droit privé ou public sans but lucratif, reconnues par le Département fédéral de l'intérieur, dénommées « caisses maladies », à gérer l'assurance maladie sociale. De même, l'article 17 de la Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'énergie²⁶ définit les tâches pouvant être confiées par le Conseil fédéral à des organisations économiques. Une base constitutionnelle ne sera exigée que si les modalités d'exécution des tâches publiques fixées dans la constitution excluent le recours à la collaboration avec une personne privée. Dans ce cas, en raison du principe du parallélisme des formes, il convient de modifier la constitution pour autoriser le recours à une personne privée.

La base légale doit fixer au moins l'étendue des tâches confiées, les pouvoirs normatifs ou décisionnels conférés à la personne privée, les redevances éventuelles qui pourront être perçues des usagers ainsi que les voies de recours.

La situation est différente lorsque l'instrument de droit privé est un moyen d'action de l'Etat mais que la personne privée n'est pas associée directement à l'exécution de la tâche publique. Dans ce cas, il n'y a ni transfert de tâche ni de compétence. La caractéristique de l'opération est que l'autorité publique utilise l'instrument de droit privé pour atteindre un but d'intérêt public lié à une politique publique alors que la personne physique ou morale de droit privé poursuit son propre objectif. Un tel rapport n'est pas différent des acquisitions que l'Etat fait selon les règles de droit privé pour acquérir les fournitures ou services dont il a besoin pour accomplir ses tâches. Comme pour ces dernières, une décision distincte du contrat de droit privé sera nécessaire pour que l'autorité puisse recourir à ce moyen. Elle constitue, du point de vue du droit public, une condition de validité du contrat dès lors qu'elle est le moyen de contrôler que l'instrument utilisé se conforme aux principes contenus dans la législation applicable et permettent d'atteindre le but poursuivi par celle-ci.

Ainsi, dans le canton de Genève, en matière de droit de superficie, lorsqu'il n'existe pas de base légale générale autorisant le recours à ce moyen, l'octroi ou la modification de chaque droit dépend d'une décision du Conseil d'Etat, qui approuve le projet d'acte constitutif ou modificatif d'un droit de superficie au regard de la politique publique en cause.

²⁵ RS 832.10; « LAMal ».

²⁶ RS 730.0; « LEne ».

2. Les autres conditions

Le contrat doit se conformer à la loi sur laquelle il se fonde et aux règles constitutionnelles²⁷. Au surplus, le contrat de superficie est régi par les règles ordinaires du Code civil qui déterminent son contenu et ses effets.

3. L'autorité compétente

Selon l'article 1, alinéa 1, du Règlement relatif à la signature des actes authentiques et autres actes concernant le domaine immobilier²⁸, le Conseil d'Etat est normalement compétent²⁹ pour approuver tous les projets d'actes authentiques auxquels l'Etat de Genève est partie et portant sur l'acquisition, l'aliénation, l'échange ou la cession d'immeubles ou des parties d'immeubles, de même que sur la constitution ou la radiation de droits de superficie érigés en droits distincts et permanents.

IV. Le statut du « superficiaire » en droit public

Le droit de superficie est un instrument juridique permettant de dissocier la propriété du sol de celle des bâtiments construits sur celui-ci. Dans ce sens, l'article 675, alinéa 1, CC prévoit que « *les constructions et autres ouvrages établis au-dessus ou au-dessous d'un fonds, ou unis avec lui de quelque autre manière durable, peuvent avoir un propriétaire distinct, à la condition d'être inscrits comme servitudes au registre foncier.* ». Ce droit est créé par la constitution d'une servitude personnelle, qui est cessible et peut être immatriculée au registre foncier si elle a le caractère d'un droit distinct et permanent conformément à l'article 779, alinéa 3, CC³⁰.

La conséquence de la dissociation de la propriété est que le superficiaire apparaît comme un propriétaire indépendant en ce qui concerne l'immeuble ou les immeubles construits sur la ou les parcelles du propriétaire³¹. Le Tribunal fédéral a confirmé cet état juridique dans un arrêt de principe qui concernait des

²⁷ K. EICHENBERGER, précité, p.80 ; A. GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. I, Neuchatel 1984, p.116.

²⁸ RS/Ge B 3 20.03 ; « RSAA ».

²⁹ L'article 2 RSSA autorise le Département des constructions et des technologies de l'information à conclure certains actes immobiliers de portée plus limitée, concrétisant des décisions antérieures du Conseil d'Etat ou concernant le domaine public.

³⁰ P.-H. STEINAUER, *Les droits réels*, T. 3, 3^e éd., Berne 2003, N° 2513 ss.

³¹ M. PRADERVAND-KERNEN, *La valeur des servitudes foncières et du droit de superficie*, Zurich 2007, p.186.

dommages causés au propriétaire d'un fonds voisin par le superficiaire et la question de la responsabilité éventuelle du propriétaire à ce titre³². Suivant la doctrine majoritaire, le Tribunal fédéral a affirmé que le «*superficiaire, en tant qu'il construit ou exploite les ouvrages dont le droit de superficie lui permet de devenir propriétaire, exerce seul, en vertu d'un droit réel indépendant, la maîtrise juridique et de fait sur le bien-fonds. Si le superficiaire cause un dommage parce qu'il excède son droit, il apparaît logique qu'il en réponde seul et que la responsabilité du propriétaire du fonds de base ne soit pas engagée à raison de l'usage d'un droit sur lequel il n'a aucune maîtrise*»³³. Du fait de cet exercice exclusif, le propriétaire, n'a aucune influence sur la manière dont s'exerce la maîtrise de fait du superficiaire sur le bien-fonds. En cas de dommage, le superficiaire est tenu comme un propriétaire³⁴.

Du point de vue du droit public, le droit de superficie est également reconnu comme un moyen de placer le superficiaire dans une position juridique similaire à celle du propriétaire de la parcelle. Les autorités fiscales genevoises assimilent ainsi l'octroi d'un droit de superficie à la vente d'un immeuble³⁵. La même approche est adoptée, par exemple, en cas d'application de la législation sur la vente d'immeubles à des personnes à l'étranger³⁶.

Le superficiaire doit être assimilé à un propriétaire dans le cadre des procédures de droit public concernant le bien-fonds au même titre qu'il est assimilé à un propriétaire par le droit privé.

V. Le contenu des droits de superficie

Les droits de superficie constitués par l'Etat de Genève sont en principe des droits distincts et permanents au sens de l'article 779, alinéa 3, CC. Ils font l'objet d'une immatriculation sur un feuillet individuel au registre foncier, conformément aux articles 943, alinéa 1, chiffre 2, CC et 7 de l'ordonnance sur le registre foncier³⁷.

Le droit est toujours constitué en fonction d'un but spécifique. Il mentionne généralement le droit du superficiaire de construire et d'exploiter un ou plusieurs bâtiments conformément aux plans d'une ou plusieurs autorisations de construire délivrées par le Département des constructions et des technologies

³² ATF 132 III 689.

³³ ATF 132 III 689/696.

³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 31 août 2006, Cause N° 5P.320/2005.

³⁵ ATA 28 novembre 1984, Cause N° 80.FC.19. Voir également l'ATA/270/2004 du 30 mars 2004.

³⁶ ATA du 28 septembre 1988, Cause N° 87.EP.114.

³⁷ RS 211.432.1 ; « ORF ».

de l'information. Par ce moyen, l'Etat de Genève contrôle l'utilisation des parcelles. En effet, d'une part, il s'assure de la nature des bâtiments qui vont être construits par la référence à une ou plusieurs autorisations de construire dont les dossiers contiennent les plans détaillés et visé *ne variatur* par le département, des immeubles. D'autre part, il détermine également par ce moyen l'affectation de base des bâtiments puisqu'elle découle du type de bâtiment : une halle technique ne peut être utilisée pour une activité administrative. A l'inverse, un immeuble de bureaux ne saurait servir pour une activité industrielle ou artisanale. Ce mécanisme ne permet la constitution du droit de superficie qu'une fois la ou les autorisations de construire principales étant en force, les éventuelles autorisations complémentaires étant réservées. Pour ce motif, il est fréquent que le bénéficiaire d'un droit de superficie commence par signer avec l'Etat de Genève une promesse de superficie, développe son projet jusqu'à l'obtention des autorisations de construire, puis signe l'acte définitif.

Au-delà de ce critère de base, la référence à une ou plusieurs autorisations de construire ne permet pas à l'Etat de contrôler les changements d'utilisation d'un immeuble dans le respect de sa typologie. Ainsi, un immeuble destiné à une organisation internationale peut devenir un immeuble de bureaux utilisé par une entreprise commerciale. Pour ce motif, lorsque l'Etat de Genève l'estime nécessaire, il peut mentionner en plus dans le contrat l'obligation pour le superficiaire d'exercer une activité ou de poursuivre un but déterminé.

L'ensemble de ces éléments relatifs à l'étendue et la nature des constructions et à leur utilisation sont des éléments essentiels du contrat de superficie qui doivent être respectés par tout acquéreur éventuel du droit conformément à l'article 779b CC.

Pour garantir le respect des obligations du superficiaire en relation avec le but du droit, tout changement impliquant un non-respect de ce but nécessite l'accord préalable de l'Etat de Genève. Dans le même sens, le contrat soumet également à accord préalable toute forme de cession du droit ou de modification au sein de la société superficiaire équivalent à une cession, ainsi que l'extension des bâtiments ou le changement des activités prévues par le but du droit de superficie.

Le contrat de superficie fixe généralement une durée de 50 à 70 ans et réserve une éventuelle prolongation. Au moins cinq ans avant l'échéance du droit de superficie, le superficiaire doit avertir l'Etat de Genève de ses intentions, soit en annonçant qu'il ne demandera pas de prolongation du droit de superficie, soit qu'il sollicite une telle prolongation. Le silence du superficiaire est assimilé à une renonciation au renouvellement. Le droit du superficiaire de demander le renouvellement du droit de superficie ne signifie pas un droit au renouvellement, un tel engagement pouvant par ailleurs être nul selon l'article 7791, alinéa 2, CC. La question de savoir si le droit peut ou non être renouvelé relève de l'appréciation de l'autorité en fonction de ses objectifs.

En cas de prolongation du droit de superficie, l'Etat de Genève se réserve toujours la possibilité d'adapter les clauses du contrat aux conditions économiques du moment, notamment en ce qui concerne le montant de la rente foncière. En principe, cette adaptation se fonde tant sur l'évolution de l'indice des prix à la consommation que sur un éventuel changement d'utilisation des immeubles construits sur la ou les parcelles faisant l'objet du contrat. En effet, l'Etat de Genève adapte la rente de superficie en fonction du type d'activité, la rente étant plus basse notamment pour des activités sans but lucratif ou pour des organisations internationales que pour des activités commerciales.

La rente du droit de superficie est normalement calculée en fonction du nombre de m² de surface brute de plancher construite sur la parcelle objet du droit. En troisième zone, la rente correspond en principe à 5% de la valeur de cette surface. La rente est due dès l'inscription du droit de superficie au registre foncier.

Elle peut être ajustée en fonction de l'indice des prix à la consommation, en fonction de l'évolution des prix des terrains de la région dont la situation, l'équipement et l'affectation sont analogue, ainsi qu'en cas de cession partielle ou totale, directe ou indirecte du droit de superficie par le superficiaire, d'extension des bâtiments, de modification ou de diversification des activités prévues par le but du droit.

Le paiement de la rente du droit de superficie est garanti par l'inscription d'une hypothèque légale, au sens des articles 779i et 779k du Code civil, d'un montant équivalent à trois fois la rente annuelle³⁸. Cette hypothèque ne peut être primée par des droits de gage grevant le droit de superficie qu'à concurrence d'un pourcentage maximum de la valeur des constructions et installations fixes au moment de la constitution desdits droits de gage. Le contrat définit ce pourcentage qui est souvent négocié entre l'Etat de Genève et les superficiaires.

En outre, les créances garanties par gage grevant le droit de superficie sont entièrement remboursables trois ans au moins avant l'échéance du droit, le superficiaire étant tenu de faire figurer cette obligation dans les contrats de gages immobiliers et sur les titres hypothécaires concernant son droit³⁹.

Pour autant que la limite contractuelle ne soit pas dépassée et que l'obligation de remboursement trois ans au plus avant l'échéance du droit soit respectée, l'Etat de Genève s'engage par avance dans le contrat à accorder toutes cessions de rang.

Le droit de superficie est cessible, sous réserve de l'accord préalable de l'Etat de Genève. Avant la cession, le superficiaire doit informer l'Etat de Ge-

³⁸ Cf., par exemple, art. 14, al. 1, Statuts FFI précités.

³⁹ Cf., par exemple, art. 15, al. 2, Statuts FFI précités.

nève et lui communiquer le prix envisagé pour la cession. Les contrats de superficie mentionnent que l'Etat de Genève ne peut refuser la cession que dans cinq hypothèses⁴⁰:

- le cessionnaire ne reprend pas intégralement les obligations personnelles qui incombent superficiaire selon le contrat ;
- le cessionnaire n'offre pas des garanties suffisantes de solvabilité ;
- le cessionnaire ne s'engage pas à maintenir l'affectation de l'immeuble telle qu'elle résulte du but du droit de superficie.
- le prix consenti pour la cession est supérieur à la valeur intrinsèque, à dire d'experts, des constructions et installations fixes au jour de la cession.
- le superficiaire entend céder son droit sans avoir construit au préalable le bâtiment prévu dans le contrat en relation avec le but du droit.

L'Etat de Genève doit se prononcer dans un délai de six mois dès la réception de la requête du superficiaire faite par pli recommandé et mentionnant tant le nom du cessionnaire, son engagement de reprendre le droit aux mêmes conditions que le superficiaire et le prix de la cession. En l'absence de toute réponse à l'expiration de ce délai, les contrats mentionnent que le consentement de l'Etat à la cession est présumé, ce qui autorise le superficiaire à procéder à la cession annoncée en dépit de l'absence formelle d'accord de l'Etat de Genève.

Il est important de rappeler qu'en cas de cession, l'Etat de Genève dispose d'un droit de préemption légal pouvant s'exercer à la valeur intrinsèque, à dire d'experts, des constructions et installations fixes au jour de la cession. En revanche, les contrats exigent généralement du superficiaire qu'il renonce à son propre droit de préemption légal.

Indépendamment de la cession, le superficiaire a généralement un droit de disposition sur les immeubles. Il peut notamment les louer. Toutefois, dans cette hypothèse, l'Etat de Genève entend contrôler le rendement obtenu par le superficiaire. Il est ainsi usuel que les contrats de superficie interdisent au superficiaire d'obtenir un rendement de la chose louée qui soit excessif au sens de l'article 269 du Code des obligations⁴¹. Pour garantir le respect de cette clause, le superficiaire doit s'engager à remettre son état locatif à l'Etat de Genève sur simple demande.

En outre, la durée de la location ne doit pas dépasser la durée fixée pour le droit de superficie pour permettre la restitution des locaux vides de tout occupant à l'échéance du droit.

Le superficiaire a en outre les obligations principales suivantes.

- entreprendre et terminer dans un délai déterminé les constructions et installations fixes en vue desquelles le droit de superficie est constitué ;

⁴⁰ Cf., par exemple, art. 10, Statuts FTI précités.

⁴¹ RS 220 ; « CO ».

- maintenir en bon état d’entretien et d’hygiène les constructions et installations ;
- prendre toutes les mesures de sécurité et salubrité nécessaires et veiller à éviter toute pollution ;
- acquitter tous les intérêts et remboursements contractuels des créances garanties par des gages immobiliers grevant le droit de superficie ;
- régler toutes les contributions publiques éventuelles, tant fédérales que cantonales et communales, les primes d’assurance et autres charges périodiques afférentes au droit de superficie, ainsi qu’aux constructions et installations fixes ;
- permettre le contrôle de la bonne exécution de ces obligations par les agents de l’Etat de Genève ;
- conclure et payer les assurances nécessaires.

L’Etat de Genève possède conformément aux articles 779 f et 779 g CC un droit de retour anticipé pouvant s’exercer en cas de violation grave des conditions du droit de superficie⁴². Dans ce cas, les contrats de l’Etat de Genève prévoient que toutes les constructions et installations fixes qui en font partie intégrante passeront en la propriété de l’Etat de Genève, à l’exclusion des meubles. Ce dernier devant verser au superficiaire une indemnité dont le montant maximum sera égal à la valeur intrinsèque à dire d’experts des constructions et installations fixes au jour de l’extinction, l’article 779 g, alinéa 1 in fine, CC étant réservé. Le superficiaire n’a, dans ce cas, droit à aucune autre indemnité.

A l’extinction du droit de superficie à sa première échéance, ou à celle de sa prorogation, les constructions et installations fixes établies en vertu de ce droit passent en la propriété de l’Etat de Genève. Dans des anciens contrats de superficie, il est souvent mentionné que le superficiaire n’a dans ce cas aucun droit à une indemnité. Les contrats les plus récents de l’Etat de Genève prévoient parfois dans cette hypothèse une solution plus équitable : si le superficiaire demande la prolongation ou le renouvellement du droit et que l’Etat de Genève la refuse, ce dernier verse à titre d’indemnité au superficiaire un montant correspondant à la valeur intrinsèque à dire d’experts des constructions et installations fixes, au moment de l’extinction du droit de superficie, compte tenu de la vétusté et de l’obsolescence effectives du bâtiment ; en revanche, si le superficiaire ne sollicite pas la prolongation ou le renouvellement du droit pour lui ou en vue de cession à un tiers, en application de l’article 779 e CC, aucune indemnité n’est due au superficiaire pour les constructions et installations fixes. De plus, l’Etat de Genève peut exiger de ce dernier qu’il enlève à ses frais et sans indemnité, lesdites constructions et installations fixes, y compris leurs fondations et rende le terrain nivelé, au cas où l’état des bâtiments l’exigerait.

⁴² Pour une introduction générale à ces dispositions, voir B. HENGGELER, *Die Beendigung der Baurechtsdienstarbeiten infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall (Art. 779c ff. ZGB)*, Zurich 2005, p. 163 ss.

VI. Conclusion

Le droit de superficie est un instrument important des politiques publiques, notamment en matière d'aménagement et de logement. Il est très fréquemment utilisé dans le canton de Genève dès lors qu'il permet le transfert à un tiers du droit d'usage du sol dans que l'Etat ne perde la propriété de ce dernier. De plus, cet instrument est flexible et peu être adapté aux différents types de besoins en fonction de l'utilisation souhaitée du sol.

Le recours au droit de superficie intervient selon les règles de droit privé gouvernant cet instrument juridique. Toutefois, l'Etat n'est pas entièrement libre d'agir comme il l'entend. Le droit de superficie étant utilisé comme un moyen d'action de l'Etat, même si le bénéficiaire du droit n'est pas associé à l'exécution de la tâche publique en cause, l'administration doit respecter les principes fondamentaux du droit administratif et en particulier l'égalité de traitement, notamment entre des concurrents directs.

LE LEASING IMMOBILIER

Un contrat pluriel

SYLVAIN MARCHAND

I. Introduction : rien à signaler à l'horizon paisible de la liberté contractuelle

Dans une conception classique de la répartition des pouvoirs, le législateur ordonne, le juge applique, le juriconsulte explique¹. Lorsque le législateur n'a rien ordonné, et le juge peu appliqué, le juriconsulte n'a pas grand-chose à expliquer. C'est la situation d'un juriste qui s'interroge sur le leasing immobilier : la législation est totalement absente en la matière, sauf dans le domaine fiscal. La jurisprudence a rendu peu d'arrêts topiques sur ce contrat². La doctrine se contente souvent d'indiquer que le contrat de leasing immobilier est un contrat *sui generis*, et considère dans l'ensemble qu'aucune règle impérative du droit privé suisse ne lui est applicable³. Pour l'essentiel, il convient donc de s'en remettre à la *lex contractus*.

Cette approche libérale du contrat de leasing immobilier nous convient tout à fait. Il est néanmoins difficile, à la réflexion, de ne pas signaler dans la

¹ ENGEL traité des obligations en droit suisse, 2^{ème} éd. Berne 1997, p. 3.

² Les arrêts ou décisions suivants ont été rendus en rapport avec le contrat de leasing immobilier : ATF 132 (2006) III 549-555 (sur la question de la forme); Tribunal administratif, Berne, BVR 1999 p. 193-205 (traitement fiscal d'un contrat de Sale and Leaseback); Chambre civile, Tessin, REP 1999 p. 196-198 (incompétence de la Commission de conciliation des baux et loyers); Cour de justice Genève, SJ 1997 p. 237 (incompétence du Tribunal des baux et loyers); CFB Bulletin 21 (1991) p. 9-18 (traitement d'un immeuble donné en leasing dans la comptabilité de la banque); Commission de préavis AFU, RDAF 1990 p. 217-220 (leasing apparenté à une opération d'acquisition soumise à autorisation).

³ HESS, Immobilien Leasing in der Schweiz, Thèse, Zurich 1989, p. 233; WULKAN, der Immobilien-Leasingvertrag nach schweizerischen Privatrecht, Thèse, Zurich 1988, p. 102 et 107; SCHUPBACH, RNRF 1983, p. 207; FOEX, Le leasing immobilier, 7^{ème} séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1992, p. 15; METZLER SCHMUKI, Die Immobilienleasing – Frage der Anwendbarkeit der zwingenden Bestimmungen des Mietrechts, PJA 2005, p. 579. ch. 2.2.

mer calme de la liberté contractuelle l'existence de quelques récifs sur lesquels un contrat leasing immobilier pourrait un jour s'échouer.

II. Essai de définition et typologie des contrats de leasing immobilier

a. Définition par rapport au leasing mobilier

Le contrat de leasing immobilier est souvent appréhendé par référence au leasing mobilier, beaucoup plus courant en pratique, et qui fait l'objet de règles spécifiques⁴. Cette analogie est pourtant trompeuse : les économies intrinsèques du leasing immobilier et du leasing mobilier sont fondamentalement différentes.

La caractéristique du leasing mobilier est en effet la perte de valeur de la chose mobilière, qui s'épuise dans la durée du contrat. Au terme de la durée convenue, la valeur résiduelle de la chose est nulle, ou minime, ce qui permet au preneur de leasing d'acquérir la chose pour un prix négligeable. Tel n'est pas le cas dans le domaine du leasing immobilier. Le bien-fonds donné en leasing garde sa valeur, ou voit sa valeur augmentée, avec l'écoulement du temps. Certes les bâtiments construits sur le bien-fonds peuvent se dégrader, mais l'augmentation de la valeur du sol en zone urbaine compense souvent amplement la perte de valeur du bâtiment⁵.

b. Définition par rapport aux obligations des parties

Dès lors qu'une définition du leasing immobilier par référence au leasing mobilier n'est pas satisfaisante, il faut se rabattre sur la méthode traditionnelle de qualification des contrats, c'est-à-dire l'examen des obligations principales des parties.

- *Cession d'usage*. La cession par le donneur de leasing de l'usage de l'immeuble au preneur de leasing est certes un élément essentiel du contrat de leasing. Il ne suffit cependant pas à le caractériser, car cet aspect du contrat de leasing ne le distingue pas d'un contrat de bail.

⁴ Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC), RS221.214.1. Le contrat de leasing mobilier y est soumis aux conditions de l'article 1 al. 2 let. a de la loi.

⁵ Même analyse : METZLER SCHMUCKI, op.cit., PJA 2005, p. 579. ch. 2.1.

- *Cession d'usage et de jouissance.* Le contrat de leasing comprend souvent le droit du preneur d'exploiter l'immeuble, ce qui le distingue d'un bail à loyer. En revanche cet aspect des droits et obligations des parties ne permet pas de caractériser le contrat de leasing immobilier d'un contrat de bail à ferme, ou d'un contrat constitutif d'un usufruit immobilier.
- *Paiement d'un loyer ou d'une redevance.* L'obligation principale du preneur est le paiement d'un loyer ou d'une redevance au donneur de leasing. Les termes de redevances ou loyers sont utilisés indifféremment par la pratique, sans que ce choix ne puisse avoir de conséquences sur la qualification du contrat. Là encore, ce paiement ne permet pas de distinguer le contrat de leasing immobilier d'un autre contrat à titre onéreux.
- *Droit d'emption.* Les contrats de leasing immobilier prévoient souvent qu'au terme de la durée prévue, le preneur de leasing a le choix d'acquérir (ou de racheter dans le cas des contrats de *Sale and Leaseback*) l'immeuble, à un prix déterminé à l'avance et tenant compte du paiement des redevances. Ce droit d'emption (droit d'achat) ou de réméré (droit de rachat) n'est cependant pas un élément nécessaire du contrat de leasing. La loi type d'Unidroit⁶ en matière de leasing n'indique le droit d'emption que comme une possibilité⁷. Il en est de même de la Convention Unidroit du 28 mai 1988⁸: « *This Convention applies whether or not the lessee has or subsequently acquires the option to buy the equipment or to hold it on lease for a further period.* »⁹. Enfin le Tribunal fédéral a indiqué que le droit d'option n'était pas un élément essentiel du contrat, et que le contrat de leasing restait valable malgré la nullité formelle du droit d'emption convenu par les parties¹⁰.
- *L'obligation du donneur de leasing d'acheter l'immeuble pour en transférer l'usage.* En règle générale, le donneur de leasing n'est pas initialement propriétaire de l'immeuble, mais l'acquiert à la demande du preneur pour le lui remettre en leasing. Cette circonstance ne suffit cependant pas à distinguer le contrat de leasing du contrat de bail. Rien n'interdit en effet à un bailleur classique d'acheter un immeuble pour le louer. Dans les cas de location sur plan, il arrive même que le contrat de bail soit conclu avant que le bailleur n'ait acquis l'immeuble ou le droit de superficie. Le simple fait qu'une partie ait acquis un immeuble pour le mettre à la disposition de l'autre ne suffit donc pas à justifier l'exclusion des règles applicables au contrat de bail.

⁶ Loi type d'Unidroit sur la location et la location-financement adoptée le 13 novembre 2008 ; disponible sur le site d'Unidroit : <http://www.unidroit.org/french/modellaws/2008leasing/main.htm>.

⁷ Article 2 de la loi type.

⁸ Unidroit Convention on International Financial Leasing du 28 mai 1988, disponible sur le site d'Unidroit <http://www.unidroit.org/english/conventions/1988leasing/main.htm>. La convention n'est pas en vigueur en Suisse.

⁹ Art. 1 ch. 3 de la Convention.

¹⁰ ATF 132 III 549.

Dès lors que l'analyse des obligations des parties ne donne pas de résultat satisfaisant pour définir le contrat de leasing, et notamment pour le distinguer d'un contrat de bail, une définition du contrat de leasing et de sa spécificité peut passer par le but économique recherché par les parties.

c. Définition par rapport au but économique recherché par les parties

Le but économique recherché par les parties à un contrat de leasing varie selon les circonstances. Le contrat peut être essentiellement dans l'esprit des parties :

- *Une opération d'acquisition progressive de l'immeuble par le preneur.* Tel est le cas des contrats de leasing simple avec un droit d'emption en faveur du preneur¹¹. Le but principal du contrat est à terme l'acquisition de l'immeuble par le preneur. L'immeuble est acquis auprès d'un tiers par le donneur de leasing, puis mis à la disposition du preneur pendant une certaine durée, moyennant paiement de redevances. Au terme de cette durée, le preneur dispose d'un droit d'emption à un prix prédéterminé tenant compte des redevances déjà payées¹². Le paiement des redevances comprend donc une part de rachat progressif de l'immeuble. La pratique de ce type de leasing s'est beaucoup développée en Espagne et au Portugal pour l'acquisition de résidences secondaires. L'idée selon laquelle un contrat de leasing peut avoir pour but un « rachat progressif » de l'immeuble a parfois été retenue par l'administration suisse¹³. La doctrine voit également dans ce type de contrat le financement d'une acquisition¹⁴.
- *Un transfert d'usage de l'immeuble au preneur.* Dans certains cas, le contrat de leasing ne comprend pas de droit d'emption, ou le prix du droit d'emption est le prix du marché à la date de l'exercice du droit, sans tenir compte des redevances payées par le preneur pendant la durée du contrat. Le but principal des parties dans un tel cas n'est donc pas l'acquisition de l'immeuble par le

¹¹ Annexe, Schéma 1.

¹² Selon que les redevances payées couvrent la totalité ou une partie seulement de l'immeuble, on distingue le « full pay out leasing » et le « non full pay out leasing » (FOEX, op. cit., 7^{ème} séminaire sur le droit du bail, p. 6). Dans le dernier cas, le droit de préemption est fixé au solde de la valeur de l'immeuble.

¹³ « Toutefois, les caractéristiques du contrat en cause, soit la cession d'usage, le « rachat » progressif de l'objet du leasing, etc., permettent d'y reconnaître un acte juridique qui a pour effet de transférer économiquement une propriété immobilière. ». RDAF 1990 p. 217-220. L'aspect acquisitif de certains contrats de leasing explique également de leur soumission à la LFAIE : PERRIG, l'acquisition d'immeubles en Suisse par des personnes à l'étranger, Thèse Lausanne 1990, p. 150 ss ; FOEX, op. cit., 7^{ème} séminaire sur le droit du bail, p. 7.

¹⁴ GIOVANOLI, Le crédit-bail (leasing) en Europe : développement et nature juridique, Thèse Lausanne, Paris 1980, p. 17 ss.

preneur, mais plutôt l'usage de l'immeuble pendant la durée du contrat de leasing. Il en est de même lorsque le contrat de leasing porte non pas sur un bien fonds, mais sur un droit de superficie¹⁵. Un tel contrat reste un contrat de leasing immobilier dès lors que le droit de superficie est un droit distinct et permanent, qualifié par la loi d'immeuble¹⁶. Dans une telle situation, le donneur de leasing, en sa qualité de superficiaire, acquiert la propriété des bâtiments sans acquérir la propriété du bien-fonds. Par le contrat de leasing, il cède l'usage de ces bâtiments au preneur de leasing. Au terme du droit de superficie, la propriété des bâtiments revient au propriétaire du bien-fonds servant¹⁷. Le but de l'opération n'est donc pas l'acquisition de l'immeuble par le preneur, mais uniquement le transfert de son usage.

- *La garantie d'un financement.* Le contrat de leasing est enfin souvent utilisé aux fins de garantie d'un financement. Ce type de contrats, qualifiés de *Sale and Leaseback*¹⁸, repose sur la structure suivante : le propriétaire d'un immeuble vend cet immeuble à un tiers qui lui en paie le prix. Le tiers cède l'usage de l'immeuble en leasing au vendeur. Au terme de la durée convenue, le vendeur a le droit de racheter l'immeuble (droit de réméré), à un prix tenant compte du versement des redevances pendant la durée du contrat. Dans cette structure, le preneur de leasing obtient un financement (le prix de l'immeuble) sans perdre la possession de l'immeuble. Les redevances payées par le preneur de leasing correspondent au remboursement du montant avancé plus intérêts. Au terme de l'opération, le preneur de leasing récupère la propriété de l'immeuble par l'usage de son droit de réméré. Les contrats prévoient en règle générale que le prix (plus intérêts) est entièrement remboursé par le paiement des redevances, et que l'exercice du droit de réméré est donc gratuit. Un exercice anticipé du droit de réméré est également souvent prévu, pour le montant résiduel de l'avance concédée par le donneur de leasing. La clause suivante se trouve dans les contrats internationaux de *Sale and Leaseback* :

Direct ownership of the property and other ownership rights are transferred at the end of the lease period to the lessee, or to a party nominated by the lessee, provided the lessee has in every way fulfilled the obligations on the lessee under the terms of this contract. The lessee has the right to terminate this contract and reacquire the property and all rights pertaining to the plot and other rights specified in the

¹⁵ Annexe, schéma 3.

¹⁶ Art. 655 al. 2 ch. 2 et art. 779 al. 3 CC. Un droit distinct et permanent est un droit cessible constitué pour une durée de plus de trente ans (art. 7 al. 2 ORF).

¹⁷ Art. 779c CC.

¹⁸ Annexe, schéma 2. Définition de ce contrat in : Tribunal administratif, Berne, BVR 1999 p. 193-205. La validité d'un tel contrat en matière mobilière est contestable en raison des articles 717 CC et 884 CC : ATF 119 (1993) II p. 236-241 cons. 5 in fine. Le problème ne se pose pas en matière immobilière, car l'effet du registre foncier protège les tiers.

contract of sale, at any time during the period of the lease, by paying off all due lease payments and those not yet due, together with interest accruing, in keeping with the provisions of the contract, calculated to present value on the basis of the interest rate of the contract, on the day of settlement.

La différence entre ces catégories de contrat de leasing n'est pas toujours très nette. Il arrive que dans un contrat de leasing destiné principalement au transfert d'usage, le droit d'emption conféré au preneur tienne compte en partie des redevances payées pendant la durée du leasing. Il convient donc de déterminer si le droit d'emption n'est conçu que comme une possibilité parmi d'autre pour le preneur, ou si son exercice est, dans l'esprit des parties, l'aboutissement normal du contrat.

Dans le cas d'un leasing constitué sur un droit de superficie, il arrive que la question de l'acquisition de l'immeuble se pose. C'est notamment le cas lorsque le propriétaire du bien-fonds servant souhaite le vendre à un tiers. Dans ce cas, le superficiaire dispose d'un droit de préemption, qui lui permet de réunir en ses mains la propriété des bâtiments et la propriété du bien-fonds¹⁹. Formellement, le superficiaire est le donneur de leasing. Il n'a cependant aucun intérêt à l'exercice du droit de préemption. Celui qui pourrait potentiellement être intéressé par l'acquisition du bien-fonds est le preneur de leasing, mais celui-ci n'est pas superficiaire. En l'absence de règles légales en la matière, la question doit être réglée par la *lex contractus* qui peut par exemple prévoir que le bailleur de leasing devra exercer son droit de préemption à titre fiduciaire pour le compte du preneur de leasing²⁰.

En conclusion, la définition du contrat de leasing par le but économique recherché par les parties se heurte à la pluralité des buts possibles. Il n'existe en réalité pas un contrat de leasing type, mais plusieurs types de contrats de leasing. C'est selon ces différents types de contrat qu'il convient de raisonner, et non de façon générale.

Seule cette typologie permet de distinguer la particularité du contrat qui, le cas échéant, en ferait un contrat à part, non affecté par les règles existantes en matière de contrats de cession d'usage (bail), transfert de propriété (vente) ou garanties réelles (gage immobilier). La suite de notre analyse porte sur les rapports éventuels entre ces règles et les différents types de contrats de leasing.

¹⁹ Art. 682 al. 2 CC.

²⁰ Il arrive que le contrat de leasing constitué sur un droit de superficie soit un Sale and Leaseback. Le preneur, propriétaire du bien-fonds, constitue moyennant finances un droit de superficie en faveur du donneur de leasing. Le donneur de leasing est dispensé de la rente. Le donneur de leasing met les bâtiments à la disposition du preneur de leasing, moyennant une redevance tendant à rembourser l'avance de fonds. À terme, le preneur récupère la propriété des bâtiments par l'exercice de son droit de retour. Sur cette construction, V. FOEX, op. cit., 7^{ème} séminaire sur le droit du bail, p. 21 et HESS, Immobilien Leasing in der Schweiz, thèse Zurich, 1989, p. 30. Dans un tel cas, l'aspect garantie du contrat l'emporte sur l'aspect cession d'usage.

III. Rapport du contrat de leasing avec les règles sur le contrat de bail

a. L'enjeu du droit impératif

L'enjeu de l'application à un contrat de leasing des règles sur le contrat de bail réside essentiellement dans le risque d'application de dispositions impératives qui pourraient remettre en cause la *lex contractus*. Or, ces règles impératives sont souvent en contradiction avec ce qui est prévu dans les contrats de leasing. Trois exemples illustrent la problématique :

- *Entretien de l'immeuble*. Les contrats de leasing prévoient que le preneur de leasing est en charge de l'entretien de l'immeuble. L'article 256 CO prévoit au contraire que le bailleur a l'obligation d'entretenir la chose²¹, et ne peut déroger à cette règle concernant des locaux d'habitation ou des locaux commerciaux²².
- *Rendement excessif*. Les redevances des contrats de leasing sont calculées sans tenir compte des règles impératives en matière de bail relatives au rendement excessif²³. Selon l'article 253b CO, ces règles s'appliquent aux baux à ferme non agricoles, et aux autres contrats qui visent principalement la cession à titre onéreux de l'usage d'habitation ou de locaux commerciaux. Pourtant, l'application de ces règles paraît inadaptée à certains contrats de leasing, notamment les contrats de *Sale and Leaseback*. Ces contrats documentent des opérations financières où la seule limite devrait être celle du taux de l'usure²⁴, et non celle d'un rendement excessif d'un immeuble qui n'intéresse le donneur de leasing qu'aux fins de garantie²⁵.
- *Garantie pour les défauts*. Les articles 259b à 259i CO sont semi-impératifs²⁶. Le bailleur ne peut donc exclure la garantie pour les défauts. En matière de leasing, il arrive souvent que le donneur de leasing exclue toute garantie pour les défauts de l'immeuble. C'est même, selon la Cour de justice de Genève, l'une des caractéristiques de ce contrat²⁷.

²¹ Art. 256 al. 1 CO.

²² Art. 256 al. 2 CO. Voir cependant LACHAT, Commentaire romand du Code des obligations, 1^{ère} éd. 2003 (ci après CR-CO I), art. 256 N 10 ; ATF 104 II 202 (location de locaux nus devant être aménagés par le locataire) ; TC Ju CdB 1995 86 (accord selon lequel le locataire doit retaper une vieille bâtisse).

²³ Art. 269 ss CO.

²⁴ De la même façon qu'en matière de leasing mobilier, l'article 14 LCC limite le Taux annuel effectif global du leasing à 15%.

²⁵ METZLER SCHMUKI relèvent par ailleurs que les règles impératives en matière d'indexation du bail (art. 269b CO) ne sont pas adaptées à un contrat de leasing : METZLER SCHMUKI, op. cit., PJA 2005, p. 579, ch. 2.3.2.1.

²⁶ LACHAT, CR-CO I art. 259a, N 6.

²⁷ SJ 1997 p. 237.

Pour autant, il ne suffit pas de considérer que des règles impératives sont inadaptées pour s'en affranchir. Il faut donc se demander quelles spécificités du contrat de leasing permettent au preneur de leasing de s'affranchir des règles impératives en matière de bail²⁸.

b. Application potentielle des règles sur le contrat de bail

La plupart des auteurs considèrent que les règles sur le contrat de bail ne sont pas applicables à un contrat de leasing. Au-delà de l'opinion, la motivation est souvent assez faible. Ainsi, dans un article spécialement consacré à cette question, Metzler et Schmuki considèrent que les règles sur le contrat de bail ne sont pas applicables car le preneur est souvent une grande société commerciale, qui n'a pas besoin de protection : « *Im Gegensatz zum Mietrecht fehlt es im Immobilienleasing an einem ausgleichsbedürftigen Interessengegensatz zwischen dem Leasinggeber und dem Leasingnehmer in dem Sinne, dass der Leasinggeber in einer von vornherein wirtschaftlich stärkeren Position wäre, welche es durch einen Ausbau der rechtlichen Stellung des Leasingnehmers auszugleichen gälte; denn als Leasingnehmer können – als Folge des Finanzierungsinteresses der Leasinggesellschaft – primär nur solvente Handelsgesellschaften in Frage kommen* »²⁹.

L'argument est justifié en opportunité, peut être convaincant politiquement, mais assez pauvre d'un point de vue juridique. Aucun principe juridique n'exclut qu'une société solvable ne soit locataire. L'insolvabilité du locataire n'est pas un élément constitutif du contrat de bail, ni sa qualité de personne privée. Au, contraire, il existe de nombreuses règles du droit du bail mentionnant expressément le bail de locaux commerciaux, pour lesquels les locataires sont en règle générale des « *solvente Handelsgesellschaften* ». Des débats politiques autour de la réforme du droit du bail ont conduit à ce que soit envisagée l'exclusion des baux commerciaux de la législation sur les loyers abusifs. A ce jour, une telle réforme est loin de voir le jour. Bref, l'argument ne convainc pas.

Il nous semble que c'est dans le but recherché par les parties qu'il faut trouver les singularités du contrat de leasing, pouvant conduire à l'exclusion des règles sur les contrats de bail :

²⁸ Ces spécificités ne peuvent pas résider dans le fait que les règles impératives du contrat de bail ne sont pas respectées, car sinon le raisonnement devient circulaire. Ainsi par exemple, le fait que dans le contrat de leasing, le donneur de leasing n'entretient pas l'immeuble ne suffit pas à notre avis à justifier le non-respect de l'article 256 CO (V. FOEX, op. cit., 7ème séminaire sur le droit du bail, p. 13 in fine ; 21 ; METZLER SCHMUKI, op. cit., PJA 2005, p. 582, ch. 2.3.2.2).

²⁹ METZLER SCHMUKI, op. cit. PJA 2005, p. 579. ch. 2.3.2.

- Lorsque le leasing est utilisé dans le cadre d'une opération d'acquisition, l'exclusion des règles sur le contrat de bail, en particulier sur le rendement excessif de l'immeuble, se justifie. Le preneur de leasing bénéficie d'un droit d'emption à la fin du contrat. Le prix du droit d'emption tient compte des redevances déjà payées. Le paiement des redevances vise donc à prépayer l'immeuble. Plus ces redevances sont élevées, plus le prix du droit d'emption sera bas. La protection du preneur de leasing selon le principe du rendement excessif n'aurait donc pas de sens, puisqu'il ne s'agit pas de rentabiliser l'immeuble mais de financer son acquisition progressive par le preneur. De même, un principe interdisant au donneur de leasing de contraindre le preneur à entretenir un immeuble en cours d'acquisition n'aurait aucun sens, alors que le but de l'opération est que le preneur de leasing devienne à terme propriétaire de cet immeuble.
- Lorsque le leasing est utilisé dans le cadre de la garantie d'un financement (*Sale and Leaseback*), l'exclusion des règles sur le contrat de bail, en particulier sur le rendement excessif de l'immeuble, se justifie également. Le paiement des redevances correspond au remboursement de l'avance de fonds, capital plus intérêts, et non à un loyer pour l'usage de l'immeuble. Le donneur de leasing ne rentabilise pas un immeuble lui appartenant, il devient propriétaire d'un immeuble en garantie du remboursement d'une avance de fonds. Les seules limites justifiées au fixement des redevances sont celles qui découlent de l'interdiction de l'usure, dans le cadre d'un contrat de crédit.
- En revanche, lorsque l'opération ne sert qu'au transfert d'usage de l'immeuble, on peine à voir pour quel motif les règles impératives en matière de bail, applicable notamment aux baux commerciaux ne seraient pas applicables à un contrat de leasing de ce type³⁰. La caractéristique du contrat est dans ce cas le fait que le preneur de leasing ne jouit pas de droit d'emption, ou d'un droit d'emption au prix du marché ne tenant pas compte des redevances déjà payées par le preneur de leasing pendant la durée du leasing. Il est exactement dans la situation d'un locataire de locaux commerciaux, qui paie un loyer pour l'usage des locaux.

En conclusion, il nous semble que le juge doit déterminer quel était le but poursuivi par les parties, au regard notamment de l'existence et du contenu d'un éventuel droit d'emption du preneur au terme du contrat. Si ce droit d'emption est inexistant, ou n'offre pas ou peu d'avantages financiers au pre-

³⁰ FOEX relève à juste titre que l'article 253 b al. 1 CO étend l'application des articles 269 ss CO à tous les contrats qui visent principalement la cession à titre onéreux de l'usage d'habitations ou de locaux commerciaux. Il admet qu'il est difficile de contester que l'un des objets principaux du leasing est la cession de l'usage d'une chose immobilière. Il conclut cependant que l'article 253 b al. 1 CO ne doit pas être appliqué aveuglément (FOEX, op. cit., 7ème séminaire sur le droit du bail, p. 16 et 17). C'est précisément pour éviter une application aveugle de cette disposition qu'il nous semble qu'une typologie des contrats de leasing basée sur le but recherché par les parties doit être faite.

neur de leasing, le contrat a essentiellement pour but un transfert d'usage, et il n'y a aucune raison juridique pour qu'il échappe aux règles impératives applicables au contrat de bail.

c. Aspect procédural

Il a été jugé qu'un litige relatif à un contrat de leasing ne relève pas de la juridiction des baux et loyers³¹. Le but principal du contrat en cause dans le cas de l'arrêt genevois était un financement octroyé par le donneur de leasing³². L'arrêt aurait-il été le même s'il était apparu que le but principal du contrat était la mise à disposition d'un immeuble, sans perspective d'acquisition pour le preneur ?

IV. Rapport du contrat de leasing avec les règles sur la vente

a. Forme

Le Tribunal fédéral considère que le contrat de leasing immobilier dans son entier ne peut être qualifié de contrat emportant transfert de propriété³³. Il n'est donc pas soumis à la condition de la forme authentique de l'article 216 CO. En revanche, l'éventuel droit d'emption conféré au preneur de leasing est lui soumis à la forme authentique³⁴.

En principe, dès lors que le contrat de leasing contient un droit d'emption, tout le contrat devrait être soumis à la forme authentique : la mise à disposition de l'immeuble et le droit d'emption ne sont pas des accords indépendants l'un de l'autre³⁵. Pourtant, le Tribunal fédéral a jugé partiellement valable un contrat de leasing sous forme écrite. Seul le droit d'emption a été considéré comme nul pour vice de forme, le reste du contrat demeurant valable³⁶.

³¹ Chambre civile, Tessin, REP 1999 p.196-198 (incompétence de la commission de conciliation des baux et loyers); Cour de justice Genève, SJ 1997 p. 237 (incompétence du Tribunal des baux et loyers).

³² Cons. 3a de l'arrêt.

³³ ATF 132 III 549 cons 2.1.

³⁴ Art. 216 al. 2 CO.

³⁵ ATF 119 II 29; 117 II 259; 113 II 402; 90 II 34; Plus de détail dans MARCHAND, la procédure d'instrumentation : droits réels, in : La procédure d'instrumentation des actes authentiques, Fondation Notariat Suisse, 2007, p. 155

³⁶ ATF 132 III 549, cons. 2.2.

On peut comprendre que le Tribunal fédéral n'ait pas voulu venir au secours du preneur de leasing, qui n'a invoqué la nullité formelle du contrat qu'au terme de ce contrat et alors que l'option qu'il avait choisie n'était pas l'appropriation de l'immeuble. La question se serait cependant posée différemment si, peu après avoir conclu le contrat de leasing, le preneur de leasing s'était aperçu que l'option de l'appropriation de l'immeuble au terme du contrat lui était interdite, faute pour cette option d'avoir été prévue sous forme authentique. Il eut été choquant dans un tel cas que le preneur de leasing ne puisse faire valoir la nullité totale d'un contrat qui, sans cette option, ne l'intéressait plus. De la même façon, la solution de cet arrêt érigée en règle générale pourrait conduire à ce que, dans un cas similaire, le preneur de leasing opte au terme du contrat pour l'acquisition de l'immeuble et se voie refuser cette possibilité par la banque qui ferait valoir le vice de forme, sans que cela n'emportât la nullité totale du contrat.

Le contrat de leasing immobilier et ses différentes options ne peuvent à notre avis être considérés comme des accords distincts. Dès lors que l'une de ces options est soumise à la forme authentique, c'est le contrat dans son ensemble qui doit revêtir cette forme³⁷. La solution du litige aurait pu être trouvée dans la jurisprudence relative à l'abus de droit qu'implique l'invocation d'un vice de forme lorsque le contrat a été «*pour l'essentiel exécuté*»³⁸. C'est le cas d'un contrat de leasing pour lequel le preneur de leasing a payé pendant de longues années les redevances convenues.

b. Durée

Selon l'article 216a CO modifié en 1994 pour réconcilier les effets réels et les effets personnels d'un pacte d'emption annoté, un pacte d'emption ne peut être convenu pour une durée supérieure à dix ans.

Cette règle de droit impératif suisse pose un problème dans le cas d'un contrat de leasing conclu pour une durée supérieure à dix ans, si ce contrat de leasing prévoit un droit d'emption pouvant être exercé par le preneur au terme de la durée du leasing. Un tel droit d'emption serait nul de plein droit en raison de sa durée, et là encore se poserait la question de la nullité totale ou partielle du contrat.

Les parties ne peuvent prévoir un renouvellement automatique du droit d'emption après une première durée de dix ans : une telle convention ne serait pas admissible au regard de l'article 216a CO³⁹. Les parties ne peuvent non

³⁷ Dans ce sens également, FOEX, op.cit., 7ème séminaire sur le droit du bail, p. 19.

³⁸ ATF 115 II 331 ; RJN 1994 46.

³⁹ FOEX, CR-CO I, art. 216a, N 7 ; BK-GIGER, art. 216a, N 6.

plus fixer le *dies a quo* (point de départ) du délai de dix ans à un autre moment que la conclusion du contrat de leasing. Le Tribunal fédéral a jugé qu'une telle convention n'était pas admissible⁴⁰. La seule solution contractuelle envisageable consiste donc à notre avis à prévoir que tous les dix ans, le donneur de leasing devra communiquer au preneur une extension de la durée du droit⁴¹. Il ne peut avoir l'obligation de le faire, mais il peut être prévu que s'il ne le fait pas, le preneur de leasing sera autorisé à faire usage de son droit d'emption sans attendre l'expiration de la durée du leasing.

Dans le cas d'un contrat de *Sale and Leaseback*, la question est moins sensible, puisque le droit éventuellement conféré au preneur est un droit de réméré. Un tel droit de réméré est soumis à une durée maximale de 25 ans⁴².

c. Garantie pour les défauts

En matière de leasing mobilier, la doctrine s'accorde pour considérer que les conséquences d'un défaut de la chose ne relèvent pas des règles en matière de bail, mais plutôt des règles en matière de vente⁴³. Les articles 197 ss CO, contrairement aux articles 259b ss CO sont de droit dispositif⁴⁴, sous réserve du dol du vendeur⁴⁵. Le donneur de leasing peut donc exclure toute garantie, sauf dans le cas peu probable où il connaissait et a dissimulé le défaut de la chose avant la conclusion du contrat.

En matière de leasing immobilier, l'exclusion des règles sur le bail nous semble, comme indiqué ci-dessus, plus discutable lorsque le contrat a pour but principal la mise à disposition de l'immeuble. Dans tous les autres cas, une exclusion de garantie est valable. Il n'en reste pas moins qu'elle peut poser un problème au preneur de leasing, qui doit payer des redevances pour un immeuble qu'il ne peut utiliser comme il le prévoyait. Là encore des solutions contractuelles doivent être envisagées pour répondre à ce problème.

- Une cession au preneur des droits du donneur de leasing contre le vendeur de l'immeuble peut être prévue dans le contrat de leasing⁴⁶. La limite de cette solution tient dans le fait que les droits formateurs sont incessibles⁴⁷.

⁴⁰ ATF 126 III 421.

⁴¹ Dans ce sens FOEX, op.cit. 7ème séminaire sur le droit du bail, p. 25.

⁴² Art. 216a al. 2 CO.

⁴³ Voir TERCIER FAVRE, Les contrats spéciaux, 4ème édition, N 7831 ; SJZ 73 (1977) N. 90.

⁴⁴ VENTURI, CR-COI, Intro Art. 197-210, N 27.

⁴⁵ Art. 199 CO.

⁴⁶ Voir FOEX, op. cit., 7ème séminaire sur le droit du bail, p. 11.

⁴⁷ PROBST, CR-CO I, art. 164, N 22 et art. 170 N 10. FOEX, op. cit. 7ème séminaire sur le droit du bail, p. 11.

- Une stipulation pour autrui parfaite en faveur du preneur de leasing peut être prévue dans le contrat d'acquisition de l'immeuble⁴⁸. Le preneur de leasing jouit alors de tous les droits découlant de ce contrat, y compris des droits formateurs liés à la qualité de créancier⁴⁹.

La question ne se pose pas dans le cas du *Sale and Leaseback*, puisque le propriétaire original et futur de l'immeuble est le preneur de leasing, qui n'a transféré la propriété de cet immeuble au donneur de leasing que pour la durée du contrat. Le contrat prévoit au contraire en règle générale que le preneur de leasing est responsable des détériorations apportées à l'immeuble dans le cas où les redevances ne sont pas payées régulièrement. Ce dernier point nous amène à la question de l'insolvabilité d'une des parties.

V. Le contrat de leasing en cas d'insolvabilité d'une des parties

a. Insolvabilité du preneur

Quel que soit le type de contrat de leasing, l'insolvabilité du preneur est un cas de mise en demeure, qui peut impliquer la résiliation du contrat de leasing. Cette résiliation peut se baser sur l'article 107 CO⁵⁰, mais plus généralement sur la *lex contractus* qui prévoit la demeure du preneur comme un cas de résiliation extraordinaire.

Dans un tel cas, le donneur de leasing reste propriétaire de l'immeuble. Cet immeuble ne tombe donc pas dans la masse en faillite du preneur⁵¹. Ce dernier perd la possibilité d'exercer son droit d'emption au terme de la durée convenue, puisqu'il cesse de payer les redevances.

⁴⁸ Art. 112 al. 2 CO, sur cette idée, FOEX, op.cit., 7ème séminaire sur le droit du bail, p. 11.

⁴⁹ Même dans ce cas, seuls les droits formateurs liés à la qualité de créancier (compensation, mise en demeure, options de l'article 107 CO) passent au bénéficiaire, et non les droits formateurs liés à la qualité de partie (invalidation pour vice de consentement, résiliation etc.). V. TEVINI DU PASQUIER, CR-CO I, art. 112, N 17.

⁵⁰ En cas de contrat de durée partiellement exécuté, le droit de résolution prévu en principe à l'article 107 CO (avec effet ex tunc) devient un droit de résiliation (avec effets ex nunc): V. ATF 123 III 124; ATF 97 II 58; THÉVENOZ, CR-CO I, art. 107, N 44.

⁵¹ Sur le principe et en matière mobilière: ATF 119 II 236. L'arrêt porte cependant sur un état de fait particulier, puisqu'il a été finalement considéré en raison de toute une série de circonstances que le preneur de leasing était devenu propriétaire de la machine donnée en leasing. Cette ambiguïté sur la qualité de propriétaire ne pourrait survenir en matière de leasing immobilier, en raison de l'effet clarificateur du registre foncier.

Lorsque le contrat de leasing avait uniquement pour but la mise à disposition de l'usage de l'immeuble au preneur de leasing pendant un certain temps, il n'y a rien de choquant à ce que le preneur de leasing perde cet usage dès lors qu'il ne paie plus les redevances, à l'instar d'un locataire qui ne paie plus son loyer.

Dans les autres cas (leasing aux fins de garantie d'un financement, leasing aux fins d'acquisition de l'immeuble), la situation juridique créée par le contrat de leasing est plus problématique.

- *Dans le cas d'un contrat de Sale and Leaseback* (garantie d'un financement), le donneur de leasing est dans la position d'un créancier (créance en remboursement des fonds mis à disposition) au bénéfice d'une garantie réelle (propriété de l'immeuble). La question se pose donc de savoir si l'appropriation définitive de l'immeuble par le donneur de leasing ne viole pas l'interdiction du pacte commissoire⁵². Une clause selon laquelle le créancier gagiste peut s'approprier l'immeuble en cas de défaut de paiement est nulle de plein droit. Certes, cette disposition ne pourrait pas s'appliquer directement, car le donneur de leasing n'est pas un créancier gagiste. Son application par analogie pourrait cependant être envisagée par les tribunaux, à l'instar de ce qui doit être le cas pour le transfert fiduciaire de la propriété de l'immeuble aux fins de garantie⁵³. Une masse en faillite qui se verrait privée de l'immeuble, et d'une partie des redevances payées par le donneur, serait bien inspirée de plaider l'interdiction du pacte commissoire pour exiger le retour de l'immeuble dans la masse active, aux fins de réalisation⁵⁴.
- *Dans le cas d'un contrat de leasing visant à l'appropriation de l'immeuble* (avec un droit d'emption tenant compte des redevances payées), le droit d'emption acquiert, après quelques années de paiement des redevances, une valeur patrimoniale importante, puisqu'il permet à son titulaire d'acquérir l'immeuble pour un prix inférieur à sa valeur vénale. A notre avis, la masse en faillite doit pouvoir exercer ou réaliser ce droit d'emption qui, comme toute valeur patrimoniale appartenant au failli, tombe dans la masse active. Il serait choquant que le donneur de leasing, qui garde la propriété de l'immeuble et a encaissé des redevances pendant quelques années, puisse opposer à la masse en faillite l'extinction contractuelle du droit d'emption. Cette convention n'est pas opposable à la masse, à l'instar d'un droit d'inscrire une réserve de propriété⁵⁵ ou d'une cession de créances fu-

⁵² Art. 816 al. 2 CC.

⁵³ STEINAUER, Les droits réels, Tome III 3ème éd. N 3094 a p. 384.

⁵⁴ Le donneur de leasing devrait être dans ce cas considéré comme un créancier gagiste, payé en priorité sur le produit de réalisation de l'immeuble. Une autre solution serait de l'autoriser à réaliser lui-même l'immeuble moyennant restitution du solde après désintéressement à la masse en faillite.

⁵⁵ ATF 93 III 96.

tures⁵⁶, qui sont des conventions *inter alia* dont il a été jugé qu'elles n'ont pas d'effets à l'égard de la masse en faillite.

b. Insolvabilité du donneur de leasing

L'insolvabilité du donneur de leasing est inquiétante pour le preneur de leasing : l'immeuble appartient au donneur, et peut donc tomber dans sa masse en faillite. Dans un tel cas, l'immeuble sera réalisé et sa propriété transférée à un acquéreur selon les voies de réalisation des immeubles prévues par la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite. Le preneur ne pourra exercer son droit d'emption ou de réméré, qui n'est pas un droit légal au sens de l'article 60a ORFI⁵⁷.

Si le droit d'emption ou de réméré du preneur a été annoté au Registre foncier, celui-ci doit être délégué à l'acquéreur de l'immeuble, conformément à l'article 51 ORFI⁵⁸. Le droit d'emption ou de réméré ne peut cependant être détaché artificiellement du contrat de leasing et la question qui se pose est de savoir si le contrat de leasing doit dans son ensemble être transféré à l'acquéreur de l'immeuble. Il faut apporter à notre avis une réponse positive à cette question : la valeur patrimoniale qui tombe dans la masse active du donneur de leasing en faillite n'est pas l'immeuble, mais l'immeuble détenu conformément au, et aux conditions du, contrat de leasing. La base légale d'un transfert du contrat de leasing à l'acquéreur de l'immeuble est l'article 261 CO. Pour que cette base légale puisse être applicable, encore faut-il que la doctrine cesse de nier tout rapport entre le contrat de leasing et le contrat de bail.

VI. Conclusion

C'est à tort que cette contribution porte le titre « *Le contrat de Leasing immobilier* ». Le pluriel eut été plus adapté. Entre le contrat de leasing immobilier parfois utilisé pour permettre à un particulier d'acquérir progressivement un immeuble, le contrat de leasing destiné à permettre à une grande entreprise de jouir de locaux commerciaux sur le long terme, et le contrat de leasing utilisé

⁵⁶ ATF 130 III 248 ; ATF 111 III 73 ; ATF 117 III 52.

⁵⁷ L'article 60a ORFI ne traite que des droits de préemption légaux. Il n'existe pas de droit d'emption ou de réméré légaux.

⁵⁸ L'article 51 ORFI ne traite expressément que des droits de préemption annotés. L'effet de l'annotation doit être le même pour un droit d'emption ou de réméré.

pour garantir le remboursement d'un financement octroyé au preneur de leasing, les enjeux et les problèmes ne sont pas forcément les mêmes.

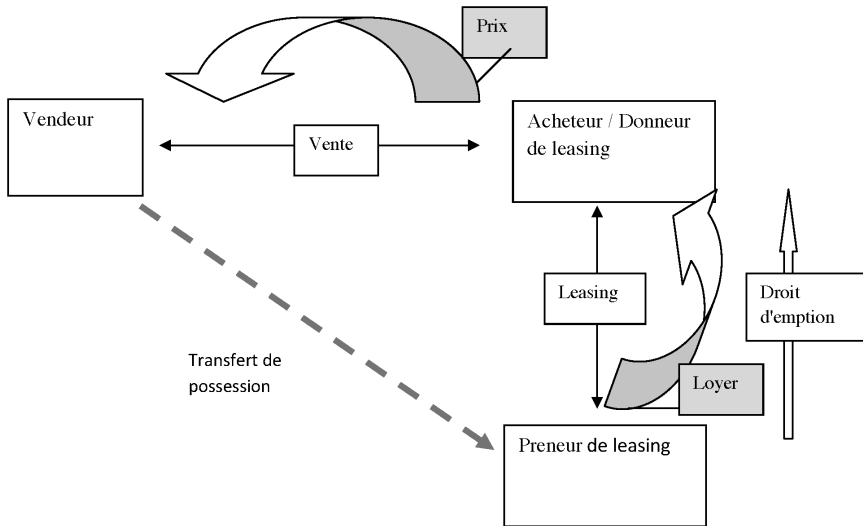
Il nous semble en tout cas imprudent de se contenter de considérer globalement que le contrat de leasing est un contrat innommé, soumis à aucune règle impérative, et régi uniquement par la *lex contractus*. Ce serait fermer les yeux sur au moins deux risques qui ne nous semblent pas négligeables :

- Le risque qu'un juge, confronté à un contrat de leasing dont le but est la mise à disposition de locaux commerciaux, finisse par considérer que le législateur n'a pas voulu exclure les baux commerciaux des règles sur les loyers excessifs, et qu'il ne suffit pas que le contrat porte le titre de contrat de leasing pour détourner la volonté du législateur.
- Le risque qu'un juge, confronté à un contrat de *Sale and Leaseback*, soit convaincu par les arguments de la masse en faillite du preneur de leasing qui ferait valoir que l'immeuble doit entrer dans la masse. Le preneur de leasing n'en avait en effet transféré la propriété au donneur de leasing qu'aux fins de garantie de remboursement d'une avance de fonds. Ce remboursement a d'ailleurs en partie été réalisé par le paiement de redevances pendant quelques années. Le donneur de leasing doit produire sa créance pour le solde dans la faillite comme n'importe quel autre créancier. L'appropriation définitive de l'immeuble par le donneur de leasing priverait la masse en faillite de la valeur résiduelle de l'immeuble, et conduirait à un enrichissement excessif du donneur de leasing. Toute cette structure ne serait dès lors qu'un détournement des règles sur l'interdiction du pacte commissaire.

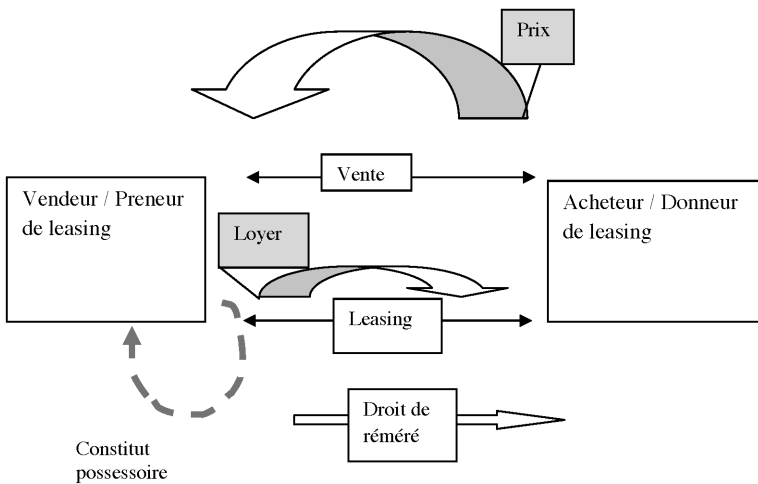
Pour le moment, le contrat de leasing coule des jours heureux sur la mer calme de la liberté contractuelle. Sous ces eaux calmes, quelques aspérités sont à signaler. Un navigateur prudent ne part pas en haute mer sans une carte des récifs.

Annexe : Structures contractuelles

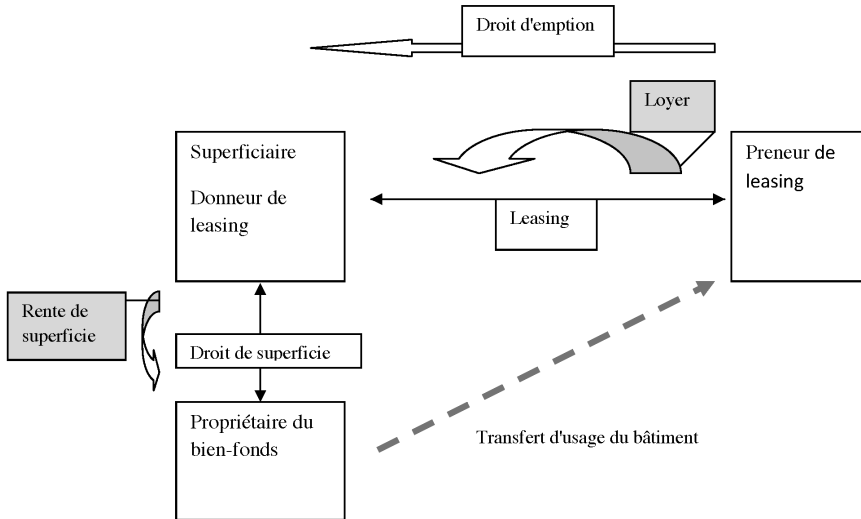
1. Leasing comme opération d'acquisition



2. Sale and Leaseback



3. Leasing constitué sur un droit de superficie



Liste des ouvrages



Alberini, Adrien 2010

Le transfert de technologie en droit communautaire de la concurrence

Mise en perspective avec les règles applicables aux accords de recherche et développement, de production et de distribution

Baddeley, Margareta 1994

L'association sportive face au droit

Les limites de son autonomie

Baddeley, Margareta (éd.) 1999

La forme sociale de l'organisation sportive

Questions de responsabilité
Actes de la Journée de Droit du sport de la Faculté de droit de l'Université de Genève 25 mars 1999

Bellanger, François (éd.) 2000

L'Etat face aux dérives sectaires

Actes du colloque du 25 novembre 1999

Bernard, Frédéric 2010

L'Etat de droit face au terrorisme

Bino, Maria-Antonella 2006

Hospitalisation forcée et droits du malade mental

Etude de droit international et de droit comparé

Botoy Ituku, Elangi 2007

Propriété intellectuelle et droits de l'homme

L'impact des brevets pharmaceutiques sur le droit à la santé dans le contexte du VIH / SIDA en Afrique

Cattaneo, Daniele 1992

Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage

Prévention du chômage et aide à la formation en droit suisse, droit international et droit européen

Chaix, François 1995

Le contrat de sous-traitance en droit suisse

Limites du principe de la relativité des conventions

Chappuis, Christine 1991

La restitution des profits illégitimes

Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse

Chatton, Gregor T. 2005

Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmensenrechten innerhalb der WTO

Politisches Scheitern und rechtliche Perspektiven

Chavanne, Sylvie 1993

Le retard dans l'exécution des travaux de construction

Selon le Code des obligations et la norme SIA 118

- Converset, Stéphanie* 2009
Aide aux victimes d'infractions et réparation du dommage
 De l'action civile jointe à l'indemnisation par l'Etat sous l'angle du nouveau droit
- Curat, Philippe* 2006
Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale
- Défago Gaudin, Valérie* 2006
L'immeuble dans la LP: indisponibilité et gérance légale
- Donatiello, Giuseppe* 2010
Responsabilité du débiteur: de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations
 Codifications supranationales récentes (CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes européens) et Code des obligations suisse
- Droz, Johan* 2008
La substitution dans le contrat de mandat
- Ducrot, Michel* 2005
La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole: quelques législations cantonales au regard du droit fédéral
- Dunand, Jean-Philippe* 2000
Le transfert fiduciaire: «Donner pour reprendre»
Mancipio dare ut remancipetur
 Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion
- Dupont, Anne-Sylvie* 2005
Le dommage écologique
 Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel
- Favre-Bulle, Xavier* 1998
Les paiements transfrontières dans un espace financier européen
- Fehlbaum, Pascal* 2007
Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?
- Foëx, Bénédicte* 1997
Le contrat de gage mobilier
- Gafner d'Aumeries, Sonja* 1992
Le principe de la double incrimination
 En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis
- Garibian, Sévane* 2009
Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne
 Naissance et consécration d'un concept
- Garrone, Pierre* 1991
L'élection populaire en Suisse
 Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons
- Gerber, Philippe* 1997
La nature cassatoire du recours de droit public
 Mythe et réalité
- Gonin, Luc* 2011
L'obsolescence de l'Etat moderne
 Analyse diachronique et contextuelle à l'exemple de l'Etat français
- de Gottrau, Nicolas* 1999
Le crédit documentaire et la fraude
 La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre
- Grant, Philip* 2000
La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers

- Grodecki, Stéphane* 2008
L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève
- Guibentif, Pierre* 1997
La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale
Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal
- Gutzwiller, Céline* 2008
Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse
- Hack, Pierre* 2003
La philosophie de Kelsen
Epistémologie de la *Théorie pure du droit*
- Henzelin, Marc* 2000
Le principe de l'universalité en droit pénal international
Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité
- Hottelier, Michel* 1990
L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse
- Hottelier, Michel* 1995
Le Bill of Rights et son application aux Etats américains
Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse
- Issenhuth-Scharly, Ghislaine* 2009
Autonomie individuelle et biobanques
Etude de droit comparé (droit européen, droit français, droit suisse)
- Jeanneret, Yvan* 2002
La violation des devoirs en cas d'accident
Analyse critique de l'article 92 LCR
- Jeandin, Nicolas* 1994
Le chèque de voyage
- Jung, Anne* 2008
Jeremy Bentham et les mesures de sûreté en droit actuel : Suisse et Belgique
- Junod Moser, Dominique* 2001
Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation
Etude de droit suisse et de droit européen
- Junod, Valérie* 2005
Clinical drug trials
Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals
- Kastanas, Elias* 1993
Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce
- Lampert, Frank* 2000
Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG
- Languin, Noëlle/* 1994
Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/
Roth, Robert/Sardi, Massimo/
Strasser, François Roger
La libération conditionnelle : risque ou chance?
La pratique en 1990 dans les cantons romands
- Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/* 2006
Robert, Christian-Nils
L'art de punir
Les représentations sociales d'une 'juste' peine

- Lempen, Karine* 2006
Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur
 Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne
- Manai, Dominique* 1999
Les droits du patient face à la médecine contemporaine
- Mandofia Berney, Marina* 1993
Vérités de la filiation et procréation assistée
 Etude des droits suisse et français
- Marchand, Sylvain* 1994
Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale
 Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent* 1999
L'autonomie constitutionnelle des cantons
- Marti, Ursula* 2011
Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
 Am Beispiel der internationalen, europäischen und schweizerischen Rechtsordnung
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1991
Les instruments d'action de l'Etat
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
La légalité: un principe à géométrie variable
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1995
Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1996
La pesée globale des intérêts
 Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire
- Moreno, Carlos* 2002
Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document
- Morin, Ariane* 2002
La responsabilité fondée sur la confiance
 Etude critique des fondements d'une innovation controversée
- Oberson, Xavier* 1991
Les taxes d'orientation
 Nature juridique et constitutionnalité
- Ordolli, Stiliano* 2008
Histoire constitutionnelle de l'Albanie des origines à nos jours
- Papaux van Delden, Marie-Laure* 2002
L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux
- Peter, Henry* 1990
L'action révocatoire dans les groupes de sociétés
- Pont Veuthey, Marie-Claire* 1992
Le pouvoir législatif dans le canton du Valais
- Rohmer, Sandrine* 2006
Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée
 Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique

Sambuc Bloise, Joëlle 2007

La situation juridique des Tziganes en Suisse

Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits de l'homme

Scartazzini, Gustavo 1991

Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale

Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

Schneider, Jacques-André 1994

Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation

Etude de droit suisse et comparé

Schröter, François 2007

Les frontières de la Suisse: questions choisies

Soma, Abdoulaye 2009

Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique

Stieger-Chopard, Arlette 1997

L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme

Etude de droit allemand et de droit suisse

Tanquerel, Thierry 1996

Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis

Tevini Du Pasquier, Silvia 1990

Le crédit documentaire en droit suisse

Droits et obligations de la banque mandataire et assignée

Tornay, Bénédicte 2008

La démocratie directe saisie par le juge

L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse

Trigo Trindade, Rita 1996

Le conseil d'administration de la société anonyme

Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs

Voïnov Kohler, Juliette 2006

Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques: entre diplomatie et droit

Vulliéty, Jean-Paul 1998

Le transfert des risques dans la vente internationale

Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980

Werly, Stéphane 2005

La protection du secret rédactionnel

Wisard, Nicolas 1997

Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile

Zellweger, Tobias 2008

Les transports collectifs de personnes dans l'agglomération franco-genevoise: Etude de droit transfrontalier

Recueils de textes

(anciennement «Série rouge»)

Auer, Andreas/ 2001

Delley, Jean-Daniel/

Hottelier, Michel/

Malinverni, Giorgio (éd.)

Aux confins du droit

Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand

Cassani, Ursula/Roth, Robert/
Sträuli, Bernhard (éd.) 2009
Montrer la justice, penser le droit pénal
Colloque en l'honneur du Professeur
Christian-Nils Robert

Chappuis, Christine/ 2006
Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.)
Le législateur et le droit privé
Colloque en l'honneur du professeur
Gilles Petitpierre

Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ 1998
Meyer-Pritzl, Rudolf/
Winiger, Bénédicte (éd.)
Pacte, convention, contrat
Mélanges en l'honneur du Professeur
Bruno Schmidlin

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010
**Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes ?**
L'efficacité entre éthique et droit

Foëx, Bénédicte/ 2007
Hottelier, Michel/Jeandin, Nicolas (éd.)
Les recours au Tribunal fédéral

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2000
**Insolence, désendettement et
redressement**
Etudes réunies en l'honneur de Louis
Dallèves, Professeur à l'Université de
Genève

Kellerhals, Jean/ 2002
Mani, Dominique/Roth, Robert (éd.)
Pour un droit pluriel
Etudes offertes au Professeur
Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.) 1997
**Problèmes actuels de droit
économique**
Mélanges en l'honneur du Professeur
Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André 1998
De l'autre côté du miroir
Etudes récentes

Schönle, Herbert 1995
Droit des obligations et droit bancaire
Etudes

Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (éd.) 2006
**Droit de la consommation/
Konsumentenrecht/Consumer Law**
Liber amicorum Bernd Stauder

Ouvrages collectifs
**Présence et actualité de la constitution
dans l'ordre juridique**
Mélanges offerts à la Société suisse des
juristes pour son congrès 1991
à Genève. 1991

Problèmes actuels de droit fiscal
Mélanges en l'honneur du Professeur
Raoul Oberson 1995

Trigo Trindade, Rita/Peter, Henry/
Bovet, Christian (éd.) 2009
Economie Environnement Ethique
De la responsabilité sociale et sociétale
Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit civil

Baddeley, Margareta (éd.) 2007
**La protection de la personne par
le droit**
Journée de droit civil 2006 en l'honneur
du Professeur Martin Stettler

Baddeley, Margareta/ 2009
Foëx, Bénédic (éd.)

La planification du patrimoine

Journée de droit civil 2008 en l'honneur
du Professeur Andreas Bucher

Perrin, Jean-François/ 2008
Chappuis, Christine

Droit de l'association

3^e édition

Schuler, Frank 2001

Das Referendum in Graubünden

Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe 1999

Kaleidoskop Volksrechte

Die Institutionen der direkten
Demokratie in den schweizerischen
Kantonen 1970–1996

Trechsel, Alexander 2000

Feuerwerk Volksrechte

Die Volksabstimmungen in den
schweizerischen Kantonen 1970–1996

Démocratie directe

Arx, Nicolas von 2002

Ähnlich, aber anders

Die Volksinitiative in Kalifornien und
in der Schweiz

Auer, Andreas (éd.) 1996

**Les origines de la démocratie directe
en Suisse / Die Ursprünge der
schweizerischen direkten Demokratie**

Auer, Andreas (éd.) 2001

Sans délais et sans limites?

L'initiative populaire à la croisée des
chemins

Ohne Fristen und Grenzen?

Die Volksinitiative am Scheideweg

Auer, Andreas/ 2001
Trechsel, Alexander H.

Voter par Internet?

Le projet e-voting dans le canton de
Genève dans une perspective
socio-politique et juridique

Delley, Jean-Daniel (éd.) 1999

Démocratie directe et politique

étrangère en Suisse/

**Direkte Demokratie und
schweizerische Aussenpolitik**

Droit et Histoire

(anciennement «Droit et Histoire»,
«Les grands juristes» et
«Grands textes»)

Dufour, Alfred/Roth, Robert/ 1994
Walter, François (éd.)

**Le libéralisme genevois, du Code civil
aux constitutions (1804–1842)**

Dufour, Alfred (éd.) 1998

**Hommage à Pellegrino Rossi
(1787–1848)**

Genevois et Suisse à vocation
européenne

Dufour, Alfred (éd.) 2001

Rossi, Pellegrino

Cours d'histoire suisse

Dufour, Alfred 2003

**L'histoire du droit entre philosophie
et histoire des idées**

Dunand, Jean-Philippe 2004
Keller, Alexis (éd.)
Stein, Peter

Le droit romain et l'Europe
Essai d'interprétation historique,
2^{ème} éd.

Hottelier, Michel (éd.) 2010
Fazy, James

De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

Manai, Dominique 1990

Eugen Huber
Jurisconsulte charismatique

Monnier, Victor (éd.) 2002

Bonaparte et la Suisse
Travaux préparatoires de l'Acte de
Médiation (1803)
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor 2003

Bonaparte, la Suisse et l'Europe
Colloque européen d'histoire
constitutionnelle pour le bicentenaire
de l'Acte de médiation (1803–2003)

Quastana, François/ 2008
Monnier, Victor (éd.)

**Paoli, la Révolution Corse
et les Lumières**
Actes du colloque international organisé
à Genève, le 7 décembre 2007

Reiser, Christian M. 1998

**Autonomie et démocratie dans les
communes genevoises**

Schmidlin, Bruno/ 1991
Dufour, Alfred (éd.)

**Jacques Godefroy (1587–1652) et
l'Humanisme juridique à Genève**
Actes du colloque Jacques Godefroy

Winiger, Bénédicte 1997

La responsabilité aquilienne romaine

Damnum Iniuria Datum

Winiger, Bénédicte 2002

**La responsabilité aquilienne
en droit commun**
Damnum Culpa Datum

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte (éd.) 2011

**Droit de superficie et leasing
immobilier**

Deux alternatives au transfert de
propriété

Foëx, Bénédicte/ 2007

Hottelier, Michel (éd.)

**Servitudes, droit de voisinage,
responsabilités du propriétaire
immobilier**

Foëx, Bénédicte/ 2009

Hottelier, Michel (éd.)

**La garantie de la propriété à
l'aube du XXI^e siècle**

Expropriation, responsabilité de l'Etat,
gestion des grands projets et protection
du patrimoine

Hottelier, Michel/ 1999

Foëx, Bénédicte (éd.)

Les gages immobiliers

Constitution volontaire et réalisation
forcée

Hottelier, Michel/ 2001

Foëx, Bénédicte (éd.)

L'aménagement du territoire

Planification et enjeux

Hottelier, Michel/ 2003
Foëx, Bénédic (éd.)

La propriété par étages

Fondements théoriques et questions pratiques

Hottelier, Michel/ 2005
Foëx, Bénédic (éd.)

Protection de l'environnement et immobilier

Principes normatifs et pratique jurisprudentielle

Chappuis, Christine/ 2009
Winiger, Bénédic (éd.)

La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel

(Journée de la responsabilité civile 2008)

Etier, Guillaume 2006

Du risque à la faute

Evolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun

Winiger, Bénédic (éd.) 2008

La responsabilité civile européenne de demain

Projets de révision nationaux et principes européens

Europäisches Haftungsrecht morgen

Nationale Revisionsentwürfe und europäische Haftungsprinzipien (Colloque international à l'Université de Genève)

Droit administratif

Bellanger, François/ 2002
Tanquerel, Thierry (éd.)

Les contrats de prestations

Tanquerel, Thierry /
Bellanger, François (éd.) 2002

L'administration transparente

Winiger, Bénédic 2009

La responsabilité aquilienne au 19^{ème} siècle

Damnum iniuria et culpa datum

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine/ 2005
Winiger, Bénédic (éd.)

Le préjudice

Une notion en devenir (Journée de la responsabilité civile 2004)

Chappuis, Christine/ 2007
Winiger, Bénédic (éd.)

Les causes du dommage

(Journée de la responsabilité civile 2006)

Cet ouvrage présente les Actes de la huitième Journée du droit de la propriété, qui s'est tenue à Genève au mois de mai 2009 et qui a été consacrée à divers thèmes actuels de droit immobilier, à savoir :

- Introduction au droit de superficie – la constitution du droit, par Michel Mooser, professeur à l'Université de Fribourg et notaire
- Retour anticipé et extinction du droit de superficie, par Paul-Henri Steinauer, professeur à l'Université de Fribourg
- Le droit de superficie en droit public, par François Bellanger, professeur à l'Université de Genève et avocat
- Cession du droit de superficie et droits de préemption légaux de l'art. 682 al. 2 CC, par Bénédicte Foëx, professeur à l'Université de Genève
- La valeur du droit de superficie, par Maryse Pradervand-Kernen, docteur en droit
- Le leasing immobilier. Un contrat pluriel, par Sylvain Marchand, professeur à l'Université de Genève et professeur associé à l'Université de Neuchâtel

Les Journées du droit de la propriété sont organisées par la Chambre genevoise immobilière, la Faculté de droit de l'Université de Genève et l'Institut d'études immobilières.