



Chapitre d'actes

2011

Published version

Open Access

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

---

## Le droit de superficie en droit public

---

Bellanger, François

### How to cite

BELLANGER, François. Le droit de superficie en droit public. In: Droit de superficie et leasing immobilier. Bellanger, François ; Foëx, Bénédicte (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2011. p. 95–112. (Collection genevoise. Droit de la propriété)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:41252>

# 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 territoire<sup>1</sup>. 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 industriel<sup>2</sup>.

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 genevoise<sup>3</sup>.

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 »<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> RS/Ge L 1 30 ; « LaLAT ».

<sup>2</sup> RS/Ge L 1 45 ; « LGZDI ».

<sup>3</sup> RS/Ge A 2 00 ; « Cst-GE ».

<sup>4</sup> 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](http://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 civil<sup>5</sup>, 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 développement<sup>6</sup> peuvent imposer des conditions additionnelles<sup>7</sup>.

## 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 publique<sup>8</sup>, notamment sur le domaine public, ou la construction et l'exploitation d'immeubles appartenant à des entités publiques<sup>9</sup>. 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

---

<sup>5</sup> RS 210; « CC ».

<sup>6</sup> Articles 2 et 3 LGZDI.

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

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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 spéciales<sup>10</sup> 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 locataires<sup>11</sup> 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

---

<sup>10</sup> PA 330.00.

<sup>11</sup> 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 légal<sup>12</sup> 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

---

<sup>12</sup> 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 publique<sup>13</sup> 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 développement<sup>14</sup>, 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

---

<sup>13</sup> RS/Ge I 4 06; « LUP ».

<sup>14</sup> 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 administratif<sup>15</sup>. 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 public<sup>16</sup>. 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 public<sup>17</sup>, 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 publique<sup>18</sup> 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.

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

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

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

<sup>18</sup> 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 publique<sup>19</sup>. 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 privées<sup>20</sup>.

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.

---

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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 »<sup>21</sup>.

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 publiques<sup>22</sup>. 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'expropriation<sup>23</sup>, 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

<sup>21</sup> Pour cette notion, cf. P. MOOR, précité, p. 414 s ; B. KNAPP, *Précis de droit administratif*, Bâle 1991, p. 17 s.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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 étatique<sup>24</sup>. En conséquence, en principe une base constitutionnelle ou légale est nécessaire

---

<sup>24</sup> 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 maladie<sup>25</sup> 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'énergie<sup>26</sup> 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.

---

<sup>25</sup> RS 832.10; « LAMal ».

<sup>26</sup> RS 730.0; « LEne ».

## 2. Les autres conditions

Le contrat doit se conformer à la loi sur laquelle il se fonde et aux règles constitutionnelles<sup>27</sup>. 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 immobilier<sup>28</sup>, le Conseil d'Etat est normalement compétent<sup>29</sup> 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, CC<sup>30</sup>.

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 propriétaire<sup>31</sup>. Le Tribunal fédéral a confirmé cet état juridique dans un arrêt de principe qui concernait des

---

<sup>27</sup> K. EICHENBERGER, précité, p.80 ; A. GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. I, Neuchatel 1984, p.116.

<sup>28</sup> RS/Ge B 3 20.03 ; « RSAA ».

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> P.-H. STEINAUER, *Les droits réels*, T. 3, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2003, N° 2513 ss.

<sup>31</sup> 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 titre<sup>32</sup>. 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*»<sup>33</sup>. 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 propriétaire<sup>34</sup>.

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 immeuble<sup>35</sup>. La même approche est adoptée, par exemple, en cas d'application de la législation sur la vente d'immeubles à des personnes à l'étranger<sup>36</sup>.

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 foncier<sup>37</sup>.

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

<sup>32</sup> ATF 132 III 689.

<sup>33</sup> ATF 132 III 689/696.

<sup>34</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 31 août 2006, Cause N° 5P.320/2005.

<sup>35</sup> ATA 28 novembre 1984, Cause N° 80.FC.19. Voir également l'ATA/270/2004 du 30 mars 2004.

<sup>36</sup> ATA du 28 septembre 1988, Cause N° 87.EP.114.

<sup>37</sup> 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 m<sup>2</sup> 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 annuelle<sup>38</sup>. 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 droit<sup>39</sup>.

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-

---

<sup>38</sup> Cf., par exemple, art. 14, al. 1, Statuts FFI précités.

<sup>39</sup> 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 hypothèses<sup>40</sup>:

- 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 obligations<sup>41</sup>. 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 ;

---

<sup>40</sup> Cf., par exemple, art. 10, Statuts FTI précités.

<sup>41</sup> 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 superficie<sup>42</sup>. 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.

---

<sup>42</sup> 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.