

ROLAND RUEDIN

LE DROIT RÉEL DE SUPERFICIE

ÉDITIONS IDES ET CALENDES, NEUCHÂTEL



LE DROIT RÉEL DE SUPERFICIE

ROLAND RUEDIN

DOCTEUR EN DROIT

CHEF DE TRAVAUX A LA FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES
DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

LE DROIT RÉEL DE SUPERFICIE



ÉDITIONS IDES ET CALENDES
NEUCHÂTEL 1969



« ... dem Bauwilligen den Zugang zum Bauboden zu eröffnen ».

Stablhacke, Vorschläge zur Neuordnung des Erbbaurechts.

A mes parents

INTRODUCTION

Le droit de superficie au sens large, ou mieux le rapport superficiaire, prenant les formes les plus diverses, est inhérent à tout système juridique. Il se compose d'éléments de deux natures :

1. l'élément réel, fondamental, relativement permanent, qui le distingue des autres droits réels ;
2. l'élément obligationnel, variable, permettant de l'adapter aux divers systèmes juridiques.

En droit suisse, l'élément réel, soit le *droit de superficie proprement dit*, est contenu dans les art. 675, 779, 779b et 779l CCS.

Ce travail se limite à l'étude de l'élément réel, plus particulièrement à la recherche de la fonction du droit de superficie, à la description, l'explication, voire la justification des rapports complexes auxquels il donne naissance, notamment en raison de ses liens étroits avec le droit de propriété.

PREMIÈRE PARTIE

L'universalité du droit de superficie

Titre I

GÉNÉRALITÉS

Le droit de superficie est universel. Au cours de son histoire, il a porté des noms divers, il a été réglementé de manière variée, il a été substantiellement modifié dans son étendue. Néanmoins, il a toujours existé, sous une forme ou sous une autre.

C'est au Moyen Age¹ qu'il s'est manifesté de la manière la plus originale. Grâce à son lien puissant, le passage du système romain de la propriété au système féodal n'a été le fait ni d'une révolution dans le droit, ni d'une solution de continuité, mais le résultat d'une longue évolution. Parallèlement, il a gardé une existence propre. C'est pourquoi, à cette époque, il faut distinguer le droit de superficie formel, institution distincte, et le droit de superficie qu'on pourrait appeler matériel, c'est-à-dire le système qui, sans porter le nom de droit de superficie, n'en est pas moins nu, parce qu'il en possède tous les attributs.

1. *Le droit de superficie en tant qu'institution distincte du droit de propriété.* — L'importance du droit de superficie est inversement proportionnelle à celle du système féodal de la propriété. Toutefois, à l'époque de l'éclipse de cette institution, le Moyen Age, si prolifique, à l'esprit si inventif et si créateur, connaît de nombreux droits qui lui étaient apparentés.² Il s'agit notamment de la grande famille des « Bodenleihe » (« Leihe », « Hausleihe », « Gründerleihe », « moprechtliche Leihe », « freie Erbleihe » et « private Erbleihe »). Chacune d'elles a ses particularités, sa réglementation propre. Mais aucune ne correspond exactement au droit de superficie actuel.

¹ Au sujet du droit de superficie en droit romain, cf. : l'ouvrage de Vogt les thèses de Guérin et de Barreau, ainsi que les traités de droit romain, cités dans la bibliographie.

² Pesl, pp. 14ss.

2. *Le droit de superficie et la théorie du démembrement de la propriété*¹. — A mesure que, formellement, le droit de superficie perdait de son importance, il en prenait matériellement. De l'état de droit réel restreint, il parvenait peu à peu à celui de propriété pour former la structure du régime féodal.

Le droit de superficie romain et la propriété de l'époque féodale présentaient une étonnante parenté. Mais un fait précis était encore nécessaire pour en susciter une prise de conscience et finalement la conclusion qu'il y avait identité. Cet événement fut la renaissance du droit romain qui remit en lumière les principes du droit de Justinien et la notion de « *proprietas* ». Au 12^{me} siècle, le droit romain n'avait pas évolué. Le système de la propriété en était par contre arrivé au système féodal. Que faire devant ce dilemme ?

Les conceptions romaine et germanique de la propriété se heurtaient. Pour faire triompher l'idée romaine, il aurait fallu, non seulement modifier des habitudes et une mentalité déjà anciennes, mais surtout dépouiller l'un des deux intéressés, puisqu'il ne pouvait y avoir à Rome qu'un seul droit de propriété et non plusieurs. La seule solution était donc de se rattacher aux tendances germaniques anciennes en insistant avec le droit romain. Les glossateurs s'acquittèrent habilement de cette tâche. Ne pouvant concevoir une société sans suzerains et vassaux, sans seigneurs et tenanciers, mais considérant que le droit romain était complet, ils partirent de l'idée qu'il devait avoir prévu une telle situation.

En fait, les deux conceptions ne sont pas tout à fait opposées.

— La *propriété absolue* ne peut exister que théoriquement. Il y a toujours des ingérences de groupements supérieurs, dont l'Etat.

¹ Ce paragraphe résume la théorie de la propriété démembrée au Moyen Âge contenue dans l'ouvrage de Meynial, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé du XII^{me} au XIV^{me} siècle dans les romanistes*. Cf. aussi : Chénon, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*; Léver, *Zur Entstehung der freien bäuerlichen Grundeigentums*; Landsberg, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum*, 1883, pp. 97 ss.; H. Wagner, *Das geteilte Eigentum in Naturrecht und Positivismus*, Diss. jur. Brealau, 1938.

— La *propriété collective* engendre, au profit de ceux qui cultivent réellement la terre, un droit de préférence¹.

Ainsi, les romanistes trouvèrent dans la loi romaine les matériaux qui leur étaient nécessaires pour construire le domaine utile. Il ne leur fallut d'ailleurs pas un grand effort d'imagination pour étendre le droit de superficie romain, avec les garanties qu'il comportait, à tout preneur à long terme, en cessant d'exiger qu'il ait des constructions sur le fonds, puis à tous les concessionnaires. « De sorte que, quelle que soit l'opposition doctrinale de la théorie romaine de la propriété et de celle du domaine divisé, pourtant il n'est pas exagéré de dire que les glossateurs, en créant cette dernière, n'ont guère fait que suivre la voie dans laquelle les circonstances avaient dès longtemps déjà engagé la législation romaine »². La grande différence entre le droit romain et celui du Moyen Age est que l'exception est devenue la règle.

La doctrine évolua alors de la manière suivante :

Dès le milieu du 12^me siècle, on reconnut une action réelle au vassal ou au preneur à long terme relativement au bien concédé, ce qui fit rapidement conclure à l'existence d'un « jus in re » au profit de tous. A l'époque d'Accurse, on admit que ce « jus in re » était un « dominium ». Bartole mit fin à la querelle relative à la nature de ces deux « dominium » en disant que « dominium directum » et « utile » étaient de même nature, mais relatifs, ajoutait Faber.

Donc, le droit de superficie, disparaissant de la scène juridique en abandonnant son rôle visible et perdant son existence propre en tant qu'institution particulière des droits réels, amplifie son influence dans les coulisses en couronnant la théorie du système féodal de la propriété.

Actuellement, le droit de superficie présente encore une nature juridique complexe, une terminologie variable, une règle-

¹ « L'intimité prolongée avec la terre produit entre l'homme et elle comme des liens de parenté, qu'il ne dépend de personne de rompre. Et le domaine utile n'est que la traduction juridique de cette parenté. Cela est si vrai que les Romains, eux-mêmes, bien moins théoriciens qu'on ne le dit parfois, se sont laissés aller à le constater de plus en plus à mesure que vieillissait dans l'ancien monde l'exploitation rurale. Pourquoi donc donnaient-ils au « vectigal », au « perpetuarius », à l'emphytéote ou au superficiaire une action réelle et des interdits s'ils ne leur reconnaissaient pas un droit supérieur à conserver et à exploiter la terre ? qu'est-ce donc sinon, sous un nom différent, un domaine utile ? » (Meynial, p. 416).

² Meynial, p. 418.

mentation différente d'un système à l'autre. En France¹, par exemple, le droit de superficie vient d'obtenir un nouveau succès sous une forme particulière.

Le droit de superficie ne fait pas l'objet de dispositions particulières dans le Code civil français. Il existe cependant², non seulement comme institution de fait, mais en droit. Il est admis et développé par la jurisprudence³ et la doctrine⁴. Divers textes légaux en impliquent l'existence. L'art. 553 CCfr., posant le principe de l'accession, mais réservant la preuve du contraire, postule la possibilité des constructions d'être l'objet d'un droit distinct, en l'occurrence d'un droit de superficie. L'art. 664 CCfr. (abrogé, mais remplacé par la loi du 28 juin 1938), en autorisant la division d'une maison par étages, admet la faculté de créer une superposition d'objets de propriété. Le principe du « *numerus clausus* » des droits réels n'est pas unanimement adopté par la doctrine⁵.

En France, le droit de superficie est le droit, reconnu à un autre que le propriétaire du sol, de jouir et de disposer des choses qui s'élèvent à la surface et y adhèrent. Partiel ou intégral, selon qu'il ne porte que sur certaines choses établies sur le sol ou sur toute la surface du sol, il est un droit de propriété, perpétuel par nature, mais souvent temporaire par constitution. Sous ces formes plutôt désuètes, le droit de superficie n'a pas d'importance pratique. Par contre, une autre institution fort intéressante fut introduite par une loi du 16 décembre 1964, dont le but est de permettre aux personnes désireuses de construire de se procurer un terrain à bâtir.

¹ Au sujet du droit de superficie dans d'autres pays, cf. pour l'Allemagne : ErbbVO; pour l'Autriche : BauRG; pour l'Italie : art. 952 à 956 CCit.; pour la Belgique : loi du 18 janvier 1824 concernant le droit de superficie; pour l'Angleterre : les ouvrages de Weissenstein, sous « *lease* », Jowitt-Walsh, sous « *lease* » et « *building lease* », Cheshire, p. 133, Radcliffe, p. 177, et Carti, pp. 101 ss.; pour l'URSS, les ouvrages de Arminjon-Nolde-Wolff, III, pp. 326 s., Dekkers, Introduction au droit de l'Union soviétique, p. 69, Eliachevitch, pp. 212ss., Genkin, p. 385, Maurach, p. 73, Ossipow, pp. 160 ss., Schnitzer, p. 591, Schultz, pp. 299 s., Stoyanovitch, pp. 123 s.

² Marty-Raynaud, p. 193.

³ Arrêt de la Ch. des requêtes de la Cour de Cass. du 6 mars 1861

(Dalloz, 61 I 418).

» » » 5 nov. 1866 » 67 I 32).

» » » 27 avr. 1891 (Sirey, 1891 I 369).

⁴ Marty-Raynaud, p. 193; Planiol-Ripert-Picard, p. 325; Baudry-Lacantinerie-Chauveau, p. 236; Encyclopédie Dalloz, p. 298; Mazeaud, p. 1118.

⁵ Nenenschwander, pp. 6 ss.

Le bail à construction¹ est celui par lequel « le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état pendant toute la durée du bail » (art. 1 LBC).

Il s'agit d'un contrat de louage², titre constitutif d'un droit de superficie³ (c'est donc un contrat de superficie). Le preneur devient titulaire d'un droit de superficie temporaire⁴. Il acquiert un droit réel de jouissance sur le fonds loué et un droit de superficie sur les constructions édifiées⁵. Le bail à construction est aliénable⁶. Son objet est le terrain qui servira de support aux constructions⁷. Sa durée est de dix-huit à septante ans (art. 3 al. 1 LBC). Il est renouvelable. Une rente du droit de superficie existe en général.

Ainsi, non seulement le droit de superficie a toujours existé, mais, de nos jours, il existe partout. Vraisemblablement, il existera toujours, dans la mesure du moins où le monde ne va pas au devant de transformations fondamentales.

Le droit de superficie est une institution en plein essor. Contrairement à ce que pensaient les législateurs au tournant de ce siècle, ce n'est ni un droit vieillissant, encore moins un droit mourant. De plus en plus, il est utilisé, affecté à réaliser des buts nouveaux. Il fait sauter ses cadres légaux et de nouvelles réglementations sont nécessaires pour tenir compte de ces développements. Son importance est indirectement proportionnelle au nombre des terrains à bâtir disponibles. Plus la population d'un pays est dense, plus il apparaît comme une nécessité. On y recourra surtout dans les villes.

Dans un régime de propriété unitaire, le droit de superficie

¹ Pour plus de détails au sujet du bail à construction, cf.: Mazeaud, pp. 1358 s.; G. Liet-Veaux et J. Schmidt, *Le bail à construction*, Recueil Dalloz/Sirey, de doctrine, de jurisprudence et de législation, 1965, chroniques, pp. 71 ss.; Dominique Musso, *Bail à construction et opérations d'urbanisation*, Actualité juridique, propriété immobilière, 1965, pp. 3 ss.; Roger Saint-Alary, *Bail à construction et opérations d'urbanisation*, La semaine juridique, 1966, doctrine, pp. 1976 ss.; Roger Saint-Alary, *Juris-Classeur civil*, Art. 1708-1762 CCfr., Fasc. 38 A; Bernard Boussageon, *Vers un nouveau mode d'accession provisoire à la propriété: « le bail à construction »*, L'Actualité juridique, Propriété immobilière, 1964, pp. 27 ss.

² Saint-Alary, *Juris-Classeur*, note 14, 1.

³ » » note 50.

⁴ » » note 26.

⁵ » » note 30.

⁶ » » note 25.

⁷ » » note 15, 2.



est indispensable. Il est intimement lié au droit de propriété tout en restant une institution distincte. Dans un régime de propriété démembrée, il sert de base au système. Il répond à un besoin aussi bien dans les régimes de propriété privée que dans ceux de propriété collective. Il présente un certain nombre d'éléments permanents composant sa définition générale.

Le droit de superficie a eu et a encore les fonctions les plus diverses. Or, « dans la fonction de chaque institution se trouve son explication. Celui qui veut saisir une institution doit saisir son but »¹.

1. Le droit de superficie permet d'ériger des constructions qui ne pourraient l'être sans son concours² (« Felsenkeller » dans la Suisse orientale au bord du lac de Constance, chalets de montagne sur les alpages communautaires, restaurants sur les allmends, tours panoramiques, téléphériques ou cabines alpines sur des terres sans maître).
2. Il rend possible l'engagement simultané, avec l'installation principale, des ouvrages élevés sur le fonds d'autrui, tel que les conduites de force électrique, et d'utiliser ainsi complètement le crédit d'un établissement industriel.
3. Il contribue à remédier aux conséquences fâcheuses de la répartition inégale de la propriété foncière.
4. Il donne au superficiaire la possibilité de construire comme le ferait un propriétaire foncier, sans l'obliger à acquérir et à payer le fonds.
5. L'épargne réalisée est l'une des causes de sa promotion au rang d'institution sociale. Comme les villes sont les principaux propriétaires fonciers à octroyer des droits de superficie, elles exigent que les superficiaires fassent bénéficier leurs locataires, du moins en partie, des économies effectuées en fixant des loyers à taux modérés.
6. Du moment que le propriétaire foncier garde la propriété du fonds pendant toute la durée du droit, que seules certaines des prérogatives (les plus importantes) de sa propriété lui sont enlevées, il bénéficie de la plus-value du fonds. Dans le cas des corporations de droit public, le caractère social est évident.

¹ Eugène Huber, *Zehn Vorträge*, p. 269.

² Mot. IV, p. 70.

7. Le droit de superficie assouplit les effets des règles concernant l'inaliénabilité de certains immeubles.
8. Il favorise l'utilisation de ceux que leurs propriétaires ne veulent pas vendre.

Ces diverses fonctions peuvent se résumer par la constatation d'ordre général suivante :

Le droit de superficie permet de réaliser une meilleure utilisation du sol en corrigeant les aspects absolus de la propriété.

Titre II

L'ÉVOLUTION DU DROIT DE SUPERFICIE EN SUISSE

Chapitre I. *Avant le CCS*

Section I. — LE SYSTEME DES CODES CANTONAUX¹

Les droits cantonaux ont admis d'une manière tout à fait générale le principe de l'accession selon lequel la propriété sur le fonds emporte celle de tous les objets qui y sont construits ou plantés. Ils s'alignent en cela sur la doctrine commune, tout en l'exprimant plus ou moins clairement². Ils partent en général de l'idée qu'il est conceptuellement exclu d'envisager quelque chose d'autre, que les arbres et les maisons ne peuvent avoir un propriétaire différent de celui du fonds sur lequel ils se trouvent. Ce principe connaît cependant des exceptions.

¹ Les sources principales de cette section sont : Huber, SPR, III, pp. 235 ss.; Brandenburger, pp. 30 ss.; Wild, pp. 294 ss.

Le droit de superficie le plus ancien qui nous a été transmis par un document, dont l'existence est déterminée d'une manière précise aussi bien historiquement que géographiquement, concerne une maison sur l'historique Letzi à Rothenthum. Il date du 31 mai 1637. Cf.: Wild, p. 294. Kothing, *Landbuch von Schwyz*, p. 243, « Von einer Hofstatt wegen zu Alltenmatt », rapporte un cas semblable, mais beaucoup plus ancien. Il doit s'agir de droit germanique des origines.

² VD, CC art. 352; FR, CC art. 470 et 499; NE, CC art. 400; VS, CC art. 391; GE, CC art. 553; BE, Satz. 378; LU, § 241; SO, § 682 al. 1; AG, § 454; ZH, PG § 135 (551); SH, PG § 493; AR, Entwurf eines Liegenschaft-Gesetz, § 1; ZG, PG § 145 al. 2; GL, BG § 7 al. 2; BS, Nachbarrechtsgesetz de 1881, § 1; SG, Gesetz betreffend die Nachbarrechtsverhältnisse du 6 juin 1850, § 12; GR, PR § 185 al. 2; TI, CC art. 364.

Sur le plan légal, elles sont timides et rares. Deux codes cantonaux en forment expressément¹. Les cantons romands, influencés par le droit français, regardent le principe romain comme une présomption, la preuve du contraire étant toujours possible. De nombreuses législations admettent des droits de propriété distincts sur les différents étages d'une maison².

En fait, les exceptions sont beaucoup plus nombreuses, car le principe « superficies solo cedit » n'est pas appliqué partout avec la même rigueur. Le cas des « Felsenkeller » des rives du lac de Constance est sans doute le plus célèbre, mais il y en a d'autres tout aussi intéressants. Les cantons montagnards connaissent les constructions sur allmends, dont les propriétaires ne sont pas propriétaires du fonds. Dans certaines communes, parfois même contrairement au droit cantonal, existaient des espèces de droits de superficie³. Dans le canton de Berne, bien que le Code civil consacraît impérativement le principe de l'accession⁴, une coutume basée sur une vieille tradition permettait une propriété distincte sur les arbres (Jura bernois, Oberland)⁵. En 1849, une loi⁶ interdit la création de ces droits et institua un rachat facultatif par la contrainte pour ceux existant déjà. Le canton de Zurich n'observait pas non plus le principe strictement.

Ainsi, en tolérant dans la pratique des formes juridiques dont les effets étaient ceux d'un droit de superficie qu'ils ne reconnaissaient pas en tant que tel, notamment en permettant que le fonds et les constructions appartiennent à des propriétaires différents, les droits cantonaux consacraient cette institution sans le dire expressément⁷.

¹ ZG, PG § 146; GL, BG § 8.

² VD, CC art. 451; FR, CC art. 487; NE, CC art. 515; TI, CC art. 313; VS, CC art. 503; AG, BG § 477; SH, PG § 491; ZH, PG § 549 (ancienne version), § 133; BS, Nachbarrechtgesetz de 1881, § 2.

³ Commune de Stein (SH), RDS I (1882), 175 a.

⁴ Bern, Satz. 378.

⁵ Sur cette question, cf.: Liver, *Zur Geschichte und Dogmatik des Eigentums an Bäumen auf fremden Boden in der Schweiz*.

⁶ Loi sur le rachat des droits de propriété et d'usufruit sur les arbres, du 24 octobre 1849 :

§ 1. « Tous les droits de propriété et d'usufruit sur les arbres qui se trouvent sur le fonds cultivé de tiers sont rachetables dès ce jour. Désormais, la constitution de tels droits est interdite ».

§ 2. « Le propriétaire d'un immeuble qui veut libérer son bien de tels droits doit faire part de son intention à leurs titulaires et est par cela astreint au paiement d'une somme de rachat, qui correspond à la valeur du droit en question » (traduction).

⁷ SH, PG § 491; ZH, PG § 133 (nouvelle version); BS, Nachbarrechtgesetz, § 2.

Section 2. LE DROIT NEUCHATELOIS¹

Le droit neuchâtelois illustre bien la position des législations romandes.

L'art. 400 CCNE² de 1855 précise l'étendue du droit de propriété. L'art. 401 CCNE³, emprunté à l'art. 553 CCfr., énonce le principe de l'accession, conséquence du précédent. Après avoir posé la présomption de propriété, selon laquelle tout propriétaire du sol est propriétaire des plantations et des constructions, même si elles n'ont pas été faites par lui et à ses frais, il admet une exception permettant à une autre personne qu'au propriétaire du sol d'être propriétaire des choses qui, par elles-mêmes, sont parties intégrantes du sol.

Ainsi la loi reconnaît la possibilité d'une division de la propriété dans le sens horizontal et la pratique en existe incontestablement pour les constructions. Elle est réglementée par l'art. 515 CCNE. Elle existe aussi pour les plantes, bien que le Code civil neuchâtelois ne reprenne pas cette hypothèse spécialement. Le plus important de ces droits est celui de *recrue perpétuelle*, admis par une pratique constante, en vertu de titres fort anciens, encore en vigueur au Val-de-Travers surtout, selon lequel une seule et même forêt peut appartenir à deux propriétaires, l'un ayant le fonds, et l'autre les arbres⁴.

¹ Jacottet, pp. 425 ss.

² Art. 400 CCNE : « La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. — Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au Titre des servitudes ou services fonciers. — Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, ... ».

³ Art. 401 CCNE : « Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé ; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autui, soit de toute autre partie du bâtiment ».

⁴ Le droit de recrue perpétuelle est un droit de superficie sur une forêt. Voir pour plus de détails : RJN 3, I, pp. 186 ss. Cet arrêt discute la nature juridique du droit de recrue perpétuelle. Actuellement, vu l'art. 678 al. 2 CCS, ces droits ne peuvent plus être constitués, mais ceux qui existaient au moment de l'entrée en vigueur du CCS n'ont pas été abolis.

Chapitre 2. *Le Code civil suisse*

Section I. SON ELABORATION

Sur le plan fédéral, le droit de superficie faillit manquer son entrée. Le législateur ne discuta pas tant sa réglementation¹ que son opportunité. Certes reconnaît-il que le droit de superficie est « une institution juridique dont on ne peut se passer »², qu'il permet de convertir en droits réels « des droits d'une assez grande importance pratique »³, mais il diminue le poids de ses déclarations par les exemples qu'il donne pour les illustrer⁴. Ne prévoyant pas le rôle économique et social⁵ futur du droit de superficie, il le réglementa très sommairement⁶. Les art. 675 et 779 CCS sont pourtant de la plus grande importance. Ils posèrent les bases grâce auxquelles une évolution put se déclencher. Ils définissent le droit de superficie, déterminent sa nature juridique (expressément et par leur situation systématique), décrivent son contenu, fixent ses effets, le tont dans un cadre réel. Ils en composent l'ossature, le noyan stable⁷.

Section 2. SES INSUFFISANCES

Dès l'adoption du CCS, la doctrine déplore l'insuffisance de la réglementation du droit de superficie⁸. Les faits lui donnent raison. A la fin de la première guerre mondiale, et surtout après, la pénurie de logements se fait cruellement sentir. Les autorités cherchent des moyens de lutter contre ce marasme. Le droit de superficie leur apparaît comme le « deus ex machina ». Les villes en accordent de nombreux sur leur territoire. Mais plus on recourt

1 Les textes des travaux préparatoires concordent matériellement, si ce n'est formellement.

2 Mot. IV, p. 70.

3 Mess. p. 64.

4 Mot. IV, pp. 70 s.; Mess. p. 64.

5 Hitzig (p. 26) l'avait fait.

6 676 AP - 667 P - 675 CCS.

773 AP - 770 P - 779 CCS.

678 al. 2 AP - 669 al. 2 P - 678 al. 2 CCS.

Ces articles se trouvent toujours dans le même contexte.

7 Ils forment l'objet principal de notre étude.

8 Pilet, pp. 6 ss.

à cette institution, plus on se heurte aux problèmes résultant de son traitement légal incomplet.

L'une des questions les plus controversées est celle des moyens de protéger les propriétaires fonciers, qui sont prêts à accorder des droits de superficie s'ils peuvent en retirer un avantage, par exemple une rente du droit de superficie. Bien qu'un avis de droit du professeur Eugène Huber¹ admette un effet réel et une garantie automatique pour ces rentes, un certain malaise règne. Les intéressés ne sont pas sûrs de la valeur des clauses de leurs conventions. La commune de Berne décide d'intenter un procès. La décision du Tribunal fédéral déçoit bien des espoirs : la rente du droit de superficie ne fait pas partie du contenu du droit de superficie ; les propriétaires fonciers ne sont pas protégés réellement². Les autres moyens proposés paraissent insuffisants. La grande vogue de l'institution est arrêtée net. Elle reste à disposition, mais son mode d'emploi manque.

Section 3. LA REACTION

La décision de notre Cour suprême est ressentie comme un échec. Elle stimule l'activité des intéressés vers une orientation nouvelle. Alors qu'ils avaient toujours tenté de composer avec la loi en comblant ses lacunes par le recours aux principes généraux et au contrat, ils reviennent aux sources et songent à reviser le CCS. Quatre mois après l'arrêt du Tribunal fédéral, soit le 25 juin 1926, le Conseil national adopte un postulat Affolter libellé comme suit :

« Le Conseil fédéral est invité à examiner s'il n'y aurait pas lieu de compléter les dispositions du CCS sur le « droit de superficie » afin d'en faciliter l'application ».

Il est classé en 1937, le problème épineux des logements s'étant résolu par lui-même en raison de la crise économique des années trente.

Consciente des autres buts du droit de superficie et du caractère passager de l'état du marché des logements, la commune de Berne crée une commission spéciale de politique foncière qui fournit un rapport final au Conseil communal le 15 octobre 1932, demandant une révision du CCS dans le sens d'une introduction

¹ Cf. ATF 52 II 27 ss., JT 1926 I 521 ss.

d'une hypothèque légale pour la garantie de la rente du droit de superficie. Ce travail n'a pas une grande portée¹. Finalement, pour faire suite à d'autres travaux de la ville de Berne, le Conseiller national Freimüller dépose un postulat adopté le 12 juin 1946 :

« Le Conseil fédéral est prié d'examiner s'il ne conviendrait pas de compléter les dispositions du CCS sur le droit de superficie, attendu que les règles en vigueur ne répondent plus aux nécessités actuelles, notamment en ce qui concerne l'encouragement de la construction de logements pour un but social ».

L'idée d'une révision législative en vue de protéger les intérêts du propriétaire foncier est bien ancrée dans certains milieux.

Section 4. LES REMEDES

En 1950, l'idée de révision se concrétise. L'Association suisse pour le Plan d'Aménagement national (ASPAN) institue une commission spéciale chargée d'établir un projet de loi. Ce texte est accompagné d'un rapport constatant que le droit de superficie est réglementé de façon insuffisante.

Le but de l'ASPAN n'est pas de résoudre toutes les questions. Les nouvelles dispositions légales qu'elle propose prétendent donner au contrat de superficie une plus grande sécurité et permettre une application plus large du droit (droit de préemption légal au propriétaire foncier, droit d'emption et de réméré dont la durée est équivalente à celle du droit de superficie, irrachetabilité de la charge foncière pendant toute la durée du droit de superficie).

Chapitre 3. *La loi fédérale du 19 mars 1965*

Section 1. L'AVANT-PROJET

Le 24 novembre 1955, les autorités fédérales décident de réviser le CCS quant au droit de superficie. Le chef du Département de Justice et Police charge le professeur Peter Liver d'établir un avant-projet de loi avec un exposé des motifs. Cet avant-projet, livré par son auteur en avril 1958, est examiné par une

¹ En 1943, Emile Klöti écrit un rapport au sujet du droit de superficie, mais ne mentionne pas le problème de la révision.

commission d'experts qui en élabore un nouveau, soumis en 1960 à la procédure de consultation habituelle.

Toutes les requêtes se bornaient à proposer de compléter la loi pour permettre au propriétaire foncier de faire valoir avec succès, tant à l'égard de son cocontractant que de tout acquéreur du droit de superficie, les prétentions et les droits prévus dans le contrat de superficie (surtout la rente du droit de superficie). L'avant-projet régleme cette matière au moyen de l'obligation réelle contractuelle. Du moment qu'ils ne peuvent faire partie du contenu du droit de superficie, les engagements pris par le superficiaire ne sont pas prévus par l'avant-projet. « Une telle réglementation donnerait un caractère légal à des droits et devoirs qui peuvent sans inconvénient être réglés contractuellement. Le contrat de superficie a, depuis longtemps, droit de cité chez nous, et il est devenu une des formes de contrats les plus courantes »¹. Mais les conventions passées entre le superficiaire et le propriétaire foncier sont opposables à tout acquéreur subséquent du droit de superficie ou du fonds pour autant qu'elles soient du type de celles énumérées par la loi (art. 779 bis al. 2 AP-LDS). Le système de l'obligation réelle n'est pas utilisé pour la garantie de la rente du droit de superficie (art. 779 ter AP-LDS).

Si le législateur doit aligner le droit sur les faits et les aspirations actuels, il doit aussi prévoir les besoins futurs. L'avant-projet répond à cette exigence. Il constate que les intérêts en présence ont beaucoup évolué. Le propriétaire foncier a renforcé sa position, les terrains à bâtir se faisant rares. Il peut exploiter la situation en imposant des conditions draconiennes au superficiaire qui a besoin d'une protection de plus en plus étendue. L'avant-projet la lui accorde en faisant également de l'obligation conventionnelle du propriétaire foncier de verser une indemnité au superficiaire pour les constructions qu'il reprend ou qui lui font retour à l'échéance du droit de superficie une obligation réelle (art. 779 bis al. 2 cb. 3 AP-LDS).

Section 2. LE PROJET

Après la procédure de consultation des milieux intéressés, le professeur Liver remanie l'avant-projet que la commission d'experts examine dans ses séances des 12 et 17 juillet 1961. Il met

¹ Commentaire Liver AP-LDS, p. 13.

le projet au net et l'adresse le 18 août 1961 au Département de Justice et Police avec un exposé des motifs. Enfin, le 9 avril 1963, le Conseil fédéral envoie aux Chambres fédérales son message à l'appui du projet modifiant les dispositions du CCS sur le droit de superficie.

Les buts de la revision sont les mêmes dans l'avant-projet et dans le projet¹. Par contre, les moyens employés diffèrent. Les obligations réelles conventionnelles avaient rencontré une forte opposition, particulièrement lors de la procédure de consultation. On leur reprochait surtout de heurter le principe de la publicité du registre foncier, strictement appliqué dans notre régime des droits réels. On demandait que, pour donner un effet renforcé à tous ces accords, leur annotation ou un autre mode de publicité au registre foncier fût prévu.

Pour tenir compte de ces critiques, le projet fait appel aux obligations réelles légales. Partant de l'idée que les rapports en cause appartiennent naturellement au contrat de superficie, il les déclare, en vertu de la loi, partie du contrat, avec la conséquence qu'elles lient nécessairement tout propriétaire foncier et tout superficière, sauf convention contraire. Il renonce cependant à constituer la rente du droit de superficie en obligation réelle légale, en raison de ses formes trop diverses, ne changeant finalement rien au droit jusqu'alors en vigueur, soit à la nature purement obligationnelle de cette rente. Il permet toutefois au propriétaire foncier de requérir l'inscription d'une hypothèque légale au sens de l'art. 837 CCS, analogue à celle des artisans et entrepreneurs.

Section 3. LES TRAVAUX PARLEMENTAIRES

Les Chambres fédérales mirent un temps relativement long pour transformer en loi le projet, qui ne posait pas de choix politique important. Cela est dû au fait qu'il était jumelé avec une autre revision du CCS (art. 619 CCS réglementant la part des cohéritiers au gain) et avec une revision de l'art. 218 CO concernant le délai d'interdiction pour la vente d'immeubles soulevant des questions extra-juridiques délicates².

¹ Bull. stén. CN 1964, 365; CE 1964, 322.

² Bull. stén. CN 1964, 363; CE 1964, 321; Bolla, p. 266.

Au cours de leurs délibérations¹, elles suivirent la plupart du temps les propositions de leur commission respective qui ne suggérèrent aucune modification matérielle importante. Sur le plan formel, par contre, le Conseil des Etats bouleversa l'ordre des dispositions² afin de respecter la leçon d'Eugène Huber que les articles n'aient pas plus de trois alinéas, que chaque alinéa n'ait pas plus d'une phrase, et surtout que la phrase soit d'une clarté parfaite³.

Le vote final eut lieu le 19 mars 1965⁴. La loi entra en vigueur le 1^{er} juillet 1965 en vertu d'un arrêté du Conseil fédéral du 24 juin 1965⁵.

- | | |
|---------------------------------|--------------------------------|
| 1 CN : Séance du 17 juin 1964 | (Bull. stén. CN 1964, 363 ss.) |
| 18 juin 1964 | (» » CN 1964, 366 ss.) |
| 3 mars 1965 | (» » CN 1965, 59 ss.) |
| 16 mars 1965 | (» » CN 1965, 171) |
| CE : Séance du 15 décembre 1964 | (» » CE 1964, 321 ss.) |
| 11 mars 1965 | (» » CE 1965, 36) |

² Au sujet de ces considérations tout à fait louables d'ordre formel, cf. : Bull. stén. CE 1964, 321. Voir aussi : CN 1964, 371 ss .

³ Bolla, p. 263.

⁴ Bull. stén. CN 1965, 279; CE 1965, 64.

⁵ ROLF 1965 II 454.

DEUXIÈME PARTIE

La définition du droit de superficie

Titre I

LA DÉFINITION POSITIVE DU DROIT DE SUPERFICIE

Le CCS n'est pas toujours rigoureux dans sa terminologie¹. Ses notes marginales en particulier présentent une certaine incohérence. Les termes : nature juridique (troisième partie), contenu (quatrième partie), effets (cinquième partie), objet (sixième partie), sont utilisés d'une manière plus ou moins interchangeable. Souvent, ils ont simplement le sens de définition du droit en cause. Afin d'éviter des malentendus et des confusions, nous les définirons au fur et à mesure que nous les rencontrerons.

La définition d'une institution consiste en la détermination par une formule précise de l'ensemble des éléments lui donnant son caractère propre, distinctif. Cette notion est plus large et plus complète que celle de nature juridique. Allant par delà le groupe jusqu'à l'unité, elle englobe la classification, tout en comprenant des éléments qui ne peuvent plus être classés.

La définition positive du droit de superficie se conçoit de deux manières :

- *Manière abstraite ou générale.* — La définition vaut quel que soit le système juridique envisagé. Il n'y a pas de rattachement à un ordre juridique déterminé.
- *Manière concrète ou spéciale.* — La définition ne vaut que pour un système juridique déterminé. Il y a un rattachement précis.

¹ Sur un plan tout à fait général, la terminologie concernant le droit de superficie n'est pas homogène. Matériellement, il se trouve sous des noms totalement différents (« Erbbaurecht », « Baurecht », « Superaedifikat », bail à construction, droit de construction). Lorsqu'elles se produisent sur le plan international, ces divergences n'ont pas de conséquences fâcheuses, l'une des démarches fondamentales du droit comparé consistant à regarder au-delà des termes et des noms. Par contre, lorsqu'elles apparaissent à l'intérieur d'un seul pays, elles offrent certains inconvénients. En Suisse où le terme droit de superficie est relativement neuf (Brandenburger, p. 59, 3), les noms suisse-français et suisse-italien (droit de superficie, « diritto di superficie ») ne prêtent pas à confusion, mais bien le nom suisse-allemand (« Baurecht »), qui recouvre plusieurs institutions (cf. p. 38).

Chapitre 1. *La définition abstraite du droit de superficie*

Se basant sur l'universalité du droit de superficie, la définition abstraite tend à déterminer les éléments les plus fondamentaux, soit les éléments permanents, de ce droit. Ni trop générale, ni trop précise, elle contient tous ses éléments essentiels, mais que ses éléments essentiels. Elle met à nu son squelette.

*Le droit de superficie est le droit réel (I) d'être propriétaire particulier (II) de superficies (III)*¹.

Remarque I. — Le droit de superficie est un droit réel². Cette partie de la définition détermine la nature juridique du droit de superficie.

Il y a bien sûr une contradiction entre cette définition et la nature du droit de superficie à ses origines (état de fait, puis droit obligationnel)³. Nous faisons abstraction de ces formes, en excluant de nos considérations la période où le droit de superficie n'était pas une institution juridique généralement reconnue.

Remarque II. — Le droit de superficie est le droit d'être propriétaire particulier⁴. Cet élément est la caractéristique fondamentale du droit de superficie, qui rompt le principe de l'accession. La rupture peut avoir lieu de différentes manières, mais elle a toujours lieu. Certains systèmes permettent de faire des constructions, d'autres d'en avoir, la plupart, enfin, d'en faire et d'en avoir.

Remarque III. — La propriété distincte porte sur les superficies⁴. Par superficies, il faut entendre tout ce qui se trouve uni

¹ Cette définition est statique. Elle décrit le résultat du droit de superficie. Elle laisse de côté le moment dynamique, soit le processus menant du système de la propriété complète à celui de la propriété divisée. La définition suivante pourrait être qualifiée de dynamique :

Le droit de superficie est le droit réel qui rompt l'accession des superficies au profit du superficiaire.

Mais l'image finale du droit de superficie est moins apparente, moins claire.

² Monier, p. 445 ; May, p. 274 ; Girard, p. 412 ; Marty-Raynaud, p. 193 ; Dalloz, Encyclopédie juridique, p. 298 ; Ingenstau, § 1 ErbbVO, 3 ; CCil. art. 952 ; loi belge du 10 janvier 1824 concernant le droit de superficie, art. 1 ; Klang, pp. 140 ss.

³ Accarias, p. 726 ; Barreau, pp. 33 ss. ; Guérin, pp. 74 ss. ; Hajje, pp. 41 ss. ; Monier, p. 445 ; Pesl, p. 8 ; Reinicke, pp. 12 ss. ; Vogt, pp. 14 ss.

⁴ Cf. citations note 2 et Mazeaud, p. 1118.

au sol par un lien qui ne peut être rompu sans leur porter préjudice, principalement les constructions et les plantes (arbres). Selon les systèmes juridiques, le droit de superficie n'est possible que sur les constructions ou les arbres.

Il est évident que d'autres éléments sont importants pour la définition du droit de superficie : l'aliénabilité, la transmissibilité par succession, le caractère onéreux (rente du droit de superficie), l'appartenance du fonds à un tiers¹. Mais ils ne sont pas communs à tous les droits.

Chapitre 2. *La définition concrète du droit de superficie en Suisse*

Section 1. LA DEFINITION LEGALE

Contrairement à la définition abstraite, la définition concrète n'a pas besoin d'être créée de toutes pièces. Elle se trouve dans le CCS (art. 779) :

« Le propriétaire (II) peut (I) établir (III) en faveur d'un tiers (IV) une servitude (V) lui conférant le droit d'avoir ou de faire (VI) des constructions (VII) soit sur le fonds grevé, soit au-dessous (VIII) ».

Elle entre parfaitement bien dans le cadre de la définition abstraite : le droit de superficie suisse est un droit réel qui a pour principal effet de rompre le principe de l'accession en accordant au superficiaire un droit de propriété sur les constructions. Claire à première vue, elle nécessite tout de même un certain nombre de remarques².

Remarque 1. — Le CCS considère que le droit de superficie est une faculté, une prérogative du propriétaire foncier. Il n'y a pas de droits de superficie légaux, de circonstances où le proprié-

¹ Ce caractère, essentiel pour le droit romain, n'a en général pas été repris par les codifications modernes. Que le propriétaire d'un fonds bâti soit propriétaire au sens des art. 641 et 667 CCS, ou qu'il soit propriétaire du fonds au sens de l'art. 641 CCS et superficiaire pour la construction au sens de l'art. 675 CCS ne change rien en résultat matériel. Il a les mêmes droits sur l'ensemble des biens. Mais il peut trouver des avantages sur le plan du registre foncier.

² Elle doit être complétée et interprétée à l'aide de l'art. 675 al. 1 CCS.

taire foncier est contraint d'en accorder. Cependant, la situation pourrait bien se modifier un jour. Les initiatives populaires¹ tendant à la revision du droit foncier, soit sur le plan fédéral, mais plus particulièrement sur le plan cantonal, notamment dans le canton de Zurich, réclament un droit de préemption sur les fonds pour l'Etat, qui ne pourrait plus les aliéner. Il ne lui resterait qu'une seule possibilité : le droit de superficie. Sans que cela représente déjà un droit de superficie obligatoire, il s'agirait d'une étape.

Remarque II. — La loi ne précise pas de quel propriétaire il s'agit. Ce terme doit être interprété largement. Le propriétaire est celui qui octroie le droit de superficie au superficiaire. Il serait simple de le nommer superficiant, par parallélisme. Mais comme ce mot n'est reconnu ni par la loi, ni par la doctrine, comme il ne fait pas non plus officiellement partie de la langue française, nous adopterons celui de propriétaire foncier, en remarquant qu'il n'est pas adapté à l'hypothèse du droit de superficie au deuxième degré². Ajoutons que le terme propriétaire foncier signifie propriétaire d'immeuble, le droit de superficie ayant pour objet les immeubles.

Remarque III. — Les termes de la loi sont trop étroits. Le droit de superficie étant une servitude, il s'acquiert comme une servitude. Certes, en général, il est établi par acte juridique. Mais il peut être acquis par prescription acquisitive³, ordinaire ou extraordinaire⁴, et même par prescription immemorialis⁵.

Remarque IV. — Le mot tiers doit aussi être entendu dans un sens large⁶ : toute personne, même le propriétaire foncier. C'est le superficiaire, soit le titulaire du droit de superficie. Il est possible d'avoir un droit de superficie sur sa propre chose⁷, par l'acquisition de l'immeuble grevé, ou par la constitution d'un droit de superficie sur un immeuble appartenant au superficiaire.

¹ Cf. pp. 49 s.

² Cf. pp. 170 ss.

³ Art. 731 al. 3 CCS.

⁴ Liver, 731, 91 ss.; Leemann, 730-744, 6; 731, 27 ss.

⁵ ATF 74 I 41 ss., JT 1948 I 234 ss.; Arrêt non publié du TF du 30 octobre 1933 dans la cause commune de Salvan; ATF 46 II 283 ss., JT 1920 I 354 ss.; ZBJV 53, 374 ss.; Huber, SPR, III, p. 203; Liver, 731, 141 ss.

⁶ Le texte allemand est plus clair : « ...dass jemand das Recht erbält... ». Comparer les différents textes (675, 779 CCS).

⁷ Cf. p. 159.

Remarque V. — Comme nous le verrons dans le chapitre suivant, le droit de superficie est une servitude. Il crée un rapport de droit entre un immeuble grevé et un immeuble, ou une personne, bénéficiaires.

Remarque VI. — L'art 779 CCS parle d'avoir ou de faire des constructions. Le droit de superficie peut grever aussi bien un terrain à bâtir qu'un terrain bâti. Son effet principal est de déroger au principe de l'accession.

Remarque VII. — Par constructions, il faut entendre constructions et ouvrages, comme le dit expressément l'art. 675 CCS¹.

Remarque VIII. — Bien que le texte légal ne parle que de constructions faites sur un fonds ou au-dessous, un droit de superficie permet la construction au-dessus d'un fonds².

Section 2. LES DÉFINITIONS DE LA DOCTRINE

La définition légale n'étant pas entièrement satisfaisante, de nombreux auteurs ont tenté de l'améliorer³.

« Le droit de superficie est une servitude consistant dans la faculté d'élever ou d'entretenir une construction sur le fonds d'autrui (utiliser une construction déjà existante) » (Wieland, I, p. 622).

« Le droit de superficie est une servitude permettant à son titulaire sur ou au-dessous de la surface de l'immeuble grevé de faire une construction ou un autre ouvrage ou de conserver un ouvrage déjà existant » (traduction) (Leemann, 779, 1).

« Le droit de superficie est une servitude dont le contenu légal consiste en la faculté du titulaire de faire ou d'avoir une construction sur ou sous la surface de l'immeuble grevé » (traduction) (Meier-Hayoz, 675, 8).

¹ Cf. pp. 119 ss.

² L'art. 676 CCS en est un exemple.

³ Nous ne reproduisons que les définitions offrant un intérêt pour notre recherche. Pour d'autres définitions, cf. : Christen, p. 28; Plattner, p. 258; Tuor-Schuyder, p. 512; de nombreux auteurs se réfèrent simplement à la définition légale.

« Le droit de superficie est la servitude permettant d'élever une construction sur un immeuble appartenant à autrui et de l'avoir en propriété particulière » (traduction) (Liver, ZBJV 94 (1958), 377).

Ces définitions se ressemblent, mettant l'accent sur l'un ou l'autre des aspects du droit de superficie. Elles ont l'intérêt de faire ressortir certains points importants :

- a) Elles substituent au texte légal, qui parle de « fonds » l'expression « immeuble ».
- b) Elles préfèrent le terme « personne » à celui de « tiers ».

Elles présentent aussi quelques faiblesses :

- a) Elles n'envisagent pas l'hypothèse de la construction par dessus le fonds.
- b) Elles qualifient souvent l'immeuble comme appartenant à autrui.

Section 3. ESSAI D'UNE NOUVELLE DEFINITION

Il peut paraître prétentieux et vain de proposer une nouvelle définition du droit de superficie après que les juristes les plus autorisés de notre pays s'y sont déjà essayés sans arriver à un accord. Pourtant, comme le refus de définir des termes ou institutions compliqués ne mènerait à aucun résultat, nous tentons de prendre position en espérant contribuer peut-être à une meilleure solution dans l'avenir.

Vu les définitions existantes et leurs critiques, vu les art. 675 et 779 CCS qu'il faut rapprocher pour en tirer les éléments essentiels, vu enfin la définition abstraite du droit de superficie, nous estimons que :

Le droit de superficie est une servitude conférant à son titulaire le droit d'avoir ou de faire des constructions dans le domaine de l'immeuble grevé en tant que propriétaire distinct.

Titre II

LA DÉFINITION NÉGATIVE DU DROIT
DE SUPERFICIE

La définition précédente a été obtenue par une méthode positive, par l'examen du droit de superficie pour lui-même et la mise en évidence de ses éléments essentiels. Afin d'en avoir une idée plus complète, et de le placer dans son contexte légal, il est nécessaire de faire une autre démarche, de recourir à une méthode négative, consistant à l'opposer aux institutions qui lui sont parentes soit juridiquement, soit économiquement. Malgré certaines analogies, le droit de superficie en est complètement indépendant et s'en distingue essentiellement par le fait que lui seul apporte une dérogation au principe de l'accession.

Avant de passer aux institutions parentes qui ne sont pas des droits de superficie, examinons le cas spécial de l'art. 676 CCS qui en est un¹ tout en présentant les particularités suivantes :

1. Selon le principe de l'accession, les conduites et canaux devraient appartenir au propriétaire de l'immeuble sur lequel ils sont établis. Ne représentant pas une unité économique, ils ne sont pas, pour chaque immeuble qu'ils traversent, une construction au sens de l'art. 675 CCS, mais seulement une partie de construction. De ce fait, l'art. 675 CCS n'offre pas la base légale adéquate pour les constituer en servitudes. Il faut une disposition spéciale. C'est l'art. 676 CCS qui habilite le propriétaire de l'entreprise dont ils proviennent à conserver la propriété des conduites et canaux au moyen d'un droit de superficie².
2. S'il s'agit d'une conduite apparente, l'inscription de la servitude au registre foncier n'est pas nécessaire³. Cela est une dérogation aux règles du droit de superficie des art. 675 et 779 CCS qui nécessitent, en règle générale⁴, une inscription au registre foncier, constitutive ou déclarative, pour déployer leurs effets.

¹ Meier-Hayoz, 676; Wieland, I, pp. 273 ss.

² Pilet, p. 97; Wieland, I, p. 275.

³ Art. 676 al. 3 CCS.

⁴ Pour les exceptions, cf. p. 34.

Chapitre 1. *Le droit de superficie et le droit de la construction*

Le risque de confusion entre ces deux droits existe en Suisse allemande et en Autriche où les deux expressions sont traduites par le terme « Baurecht ».

Ce sont les droits cantonaux qui s'occupent du droit de la construction. Il s'agit de prescriptions imposées aux propriétaires fonciers pour l'établissement de constructions et qui sont édictées soit dans l'intérêt public, soit dans l'intérêt du propriétaire voisin (lois sur les constructions, etc.). Le superficiaire est évidemment soumis à ces règles.

Chapitre 2. *Le droit de superficie et la servitude d'empiètement*

La servitude d'empiètement est prévue à l'art. 674 CCS. C'est un des cas de construction sur un fonds traités dans les art. 671 à 677 CCS. Trois différences essentielles distinguent le droit de superficie de la servitude d'empiètement.

1. Le contenu de ces deux institutions est très différent. Dans l'hypothèse du droit de superficie, il s'agit d'une construction devant former une unité économique en elle-même¹, avoir une existence indépendante (une maison, par exemple). Dans celle de la servitude d'empiètement, il ne s'agit que d'une partie de construction, d'un élément n'ayant pas d'indépendance, d'existence propre. En voici quelques exemples : balcon, saillie, toit d'une grange, escaliers empiétant sur le fonds voisin. Ce sont les cas les plus fréquents, mais l'empiètement peut être beaucoup plus important et comprendre la plus grande partie de la construction.
2. L'art. 674 CCS suppose que le propriétaire foncier a élevé une construction sur son propre immeuble, mais en empiétant sur le fonds voisin. Il a donc usurpé une partie de la sphère d'influence du propriétaire limitrophe. La servitude d'empiètement ne peut être établie qu'en faveur d'un immeuble voisin, limi-

¹ Cf. pp. 125 ss. Selon Eugène Haber, *Mot. IV*, pp. 69 s., « l'empiètement ne porte que sur une partie d'un bâtiment, le droit de superficie, au contraire, s'entend d'un bâtiment élevé tout entier sur le fonds d'autrui ».

trophe, c'est-à-dire contigu, non pas en faveur de n'importe quel immeuble ou de n'importe quelle personne.

3. La servitude d'empiètement a pour effet que la construction qui empiète reste dans son ensemble partie intégrante de l'autre fonds¹, tandis que le droit de superficie donne un propriétaire distinct à la construction. Dans la servitude d'empiètement, il y a une sorte d'extension de la sphère d'influence d'un immeuble ; dans le droit de superficie, il y a une coupure.

Chapitre 3. *Le droit de superficie et le droit à une source*

Contrairement au superficiaire qui devient propriétaire de la construction, le titulaire du droit à une source n'acquiert pas la propriété de la source qui demeure partie intégrante du fonds et ne peut être acquise qu'avec le fonds dont elle jaillit². Par contre, les constructions nécessaires au captage et à la dérivation de l'eau appartiennent au titulaire de la servitude³, sans qu'un droit de superficie n'ait à être constitué. Le droit à une source comprend donc un droit de superficie.

Chapitre 4. *Le droit de superficie et les « autres servitudes » de l'art. 781 CCS⁴*

Les servitudes de l'art. 781 CCS se distinguent du droit de superficie par le fait :

- qu'elles sont des servitudes de contenu très restreint (en général celui d'une servitude foncière),
- qu'elles sont personnelles,
- qu'elles sont incessibles et non transmissibles par succession.

¹ « ... la construction empiétant sur le fonds d'autrui ne reçoit pas un propriétaire particulier » (traduction) (Hitzig, p. 15).

² Hnber, *Zum schweizerischen Sachenrecht*, p. 24; Leemann, 704, 23; 780, 20; Liver, 737, 10; Wieland, I, p. 637.

³ C'est l'opinion de la doctrine dominante : Leemann, 780, 21; Tobler p. 26; Wieland, I, p. 637.

⁴ Leemann, 781; Wieland, I, pp. 638 ss.

Chapitre 5. *Le droit de superficie et la propriété par étages*

Le droit de superficie et la propriété par étages ont des fonctions parentes. Ce n'est pas un hasard que le législateur ait revu leur réglementation à la même époque¹.

Sur le plan juridique, ils se distinguent nettement. Alors que le droit de superficie est une servitude ayant pour effet de diviser la propriété du fonds et de la construction, la propriété par étages provient d'un rapport de copropriété. L'étage en tant que tel n'est pas un objet de propriété, mais simplement l'objet d'un droit particulier d'usage, d'administration et d'entretien. En effet, dans la propriété par étages, il n'y a que des rapports de copropriété dont l'exercice est réglementé différemment selon qu'il s'agit des étages ou des lieux communs².

Chapitre 6. *Le droit de superficie et l'emphytéose*

Alors qu'en droit romain les deux institutions se distinguent surtout par leur histoire et leur évolution différentes³, de nos jours leurs caractères propres sont bien marqués. L'emphytéose est un droit réel de jouissance de longue durée sur un immeuble en général agricole⁴. Elle ne modifie pas les rapports de propriété. En Suisse, elle n'existe pas.

Chapitre 7. *Le droit de superficie et le bail*

« Le droit de superficie est un moyen terme entre la propriété et le bail, ou pour mieux dire, une combinaison de ces deux institutions. Sur la construction, l'ayant-droit au droit de superficie a un droit de propriété, mais par rapport au sol, sur lequel la construction est élevée, il n'est que preneur; non pas preneur au sens juridique, mais bien au sens économique. Par le droit

¹ Eggen, RSNRF 46 (1965), 270.

² FF 1962 II 1478, 1479, 1484, 1489.

³ Voir les ouvrages généraux de droit romain.

⁴ Cf.: art. 937 Code rural français; loi belge concernant le droit d'emphytéose du 10 janvier 1924 (Codes Larocier, éd. 1965, I, p. 544); art. 63 Einführungsgesetz zum BGB.

de superficie une parcelle du sol est prêtée, pour que l'ayant-droit puisse y ériger une construction qui soit sa propriété » (traduction) ¹.

La parenté, du moins économique, du droit de superficie avec le bail, et surtout le bail à ferme, est évidente si la construction existait déjà avant l'octroi du droit de superficie. Le superficiaire obtient l'usage d'une chose, moyennant une rente du droit de superficie, et peut en recevoir les fruits. Mais il reçoit en outre la propriété de la chose.

Chapitre 8. *La constitution d'un droit de superficie et le transfert de propriété*²

La constitution d'un droit de superficie a souvent la même apparence économique que le transfert de l'immeuble grevé.

La question : l'octroi d'un droit de superficie est-il assimilable au transfert de la propriété ? et son corollaire : certaines règles applicables au transfert de la propriété foncière doivent-elles régir également la constitution d'un droit de superficie ? ont été posés au Tribunal fédéral dans les cas suivants :

1. ATF 82 II 378, JT 1957 I 175 ³ : L'octroi d'un droit de superficie doit-il être assimilé à la vente de l'immeuble dans l'hypothèse d'une clause réservant une part du bénéfice résultant de la vente de cet immeuble ?
2. ATF 85 I 276, JT 1960 I 281 ⁴ : La disposition de droit cantonal d'après laquelle un droit de mutation est dû en cas de transfert d'immeubles est-elle applicable à la constitution d'un droit de superficie ?
3. ATF 85 II 474, JT 1960 I 265 : La conclusion d'un contrat de superficie ayant pour objet le fonds grevé constitue-t-elle un cas de préemption ? ⁵
4. ATF 89 I 253, JT 1964 I 194 : Les limites financières mises à

¹ Wild, p. 294.

² Freimüller, pp. 118 ss.

³ Pour son commentaire par le professeur Liver, cf.: ZBJV 94 (1958), 23 ss.

⁴ Pour un arrêt cantonal sur une matière semblable, cf.: arrêt du Tribunal administratif hernois du 22 avril 1963, dans Monatschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen 62 (1964), 156.

⁵ Pour plus de détails à ce sujet, cf.: Bär, pp. 89 ss.; Meier-Hayoz, 681; Meier-Hayoz, *Der Vorkaufsfall*, pp. 268 s., 271.

la compétence propre du Conseil d'Etat d'aliéner un immeuble doivent-elles être respectées dans l'hypothèse de la constitution d'un droit de superficie ?

Des arrêts du Tribunal fédéral, qui apportent des solutions diverses à ces cas différents, il est possible de tirer des règles générales concernant les rapports entre la constitution d'un droit de superficie et le transfert de la propriété.

Sur le plan juridique, plus particulièrement sur celui des droits réels, et du droit civil en général, « la création d'un droit de superficie ne constitue pas une aliénation de l'immeuble ; elle greève celui-ci d'une servitude »¹. Or, notre système distingue nettement entre le transfert de la propriété et la constitution d'un droit réel restreint. Conceptuellement, le droit de superficie a pour effet une succession constitutive et non translativ². Les conséquences juridiques et économiques³ du droit de superficie ne sont pas semblables à celles de l'aliénation. Le propriétaire foncier peut aliéner ou grever de charges son immeuble, même pendant la durée du droit de superficie. Grâce au droit de retour, il peut sanctionner, juridiquement au moins, l'activité du superficiaire. La rente du droit de superficie ne remplit pas le rôle d'un prix de vente, mais ressemble plutôt à un loyer ou un fermage. La création d'un droit de superficie ne peut pas non plus être assimilée à une mise en gage, car il s'agit de deux institutions juridiques différentes, qui n'ont pas les mêmes effets ni les mêmes risques pour le propriétaire foncier.

Le fait que la conclusion d'un contrat de superficie ne soit assimilable à l'aliénation ni au point de vue juridique, ni au point de vue économique, n'empêche pas que dans des circonstances particulières les règles applicables au transfert de la propriété foncière régissent tout de même cette opération.

Si, parfois, la loi le prévoit expressément⁴, offrant la solution

¹ ATF 89 I 265, JT 1964 I 203.

² Liver, Eini. 6 ss.

³ Pour plus de détails, cf.: ATF 82 II 384, JT 1957 I 178.

⁴ Art. 619 al. 2 CCS.

Art. 2 al. 1 lettre c de l'arrêté fédéral instituant le régime de l'autorisation pour l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger (ROLF 1961 I 209) du 23 mars 1961 : « Sont assimilées à l'acquisition d'immeubles :

c. L'acquisition de droits de superficie ou de droits d'usufruit sur des immeubles ».

Art. 1 de la loi nenchâtelaise instituant un impôt sur les gains immobiliers du 20 février 1962 (ROLNE X, 1144) :

« Le gain provenant de l'aliénation d'un immeuble, y compris ses acces-

la plus simple et la plus sage en évitant toute contestation, elle est la plupart du temps muette. Or, il existe des circonstances où le droit de superficie est si proche de l'aliénation dans ses effets que le refus de l'assimilation de ces deux opérations encouragerait les intéressés à éluder la loi. Dans ces hypothèses spéciales, le Tribunal fédéral admet que les règles sur le transfert de la propriété soient appliquées au droit de superficie¹. Elles sont réalisées, d'une part quand la disposition légale en question supporte une interprétation large englobant, outre la vente, le cas de transfert dont le droit de superficie se rapproche le plus en l'espèce, d'autre part quand le contrat de superficie a un autre but pour le propriétaire foncier que celui d'obtenir un rendement d'un fonds tout en restant maître des avantages de la propriété².

soires, sis sur le territoire nenchâtelois est soumis à un impôt unique conformément aux dispositions du présent chapitre, si l'aliénation a lieu dans les 10 ans à compter du jour de son acquisition.

Sont assimilées à l'aliénation d'un immeuble :

1. L'aliénation d'une part de copropriété ou d'une part indivise;
2. la création ou l'aliénation d'un droit de superficie ou d'un droit d'usufruit conventionnel.

L'art. II est réservé ».

¹ ATF 85 I 276, JT 1960 I 281; ATF 85 II 474, JT 1960 I 265.

² Art. 2 CCS.

TROISIÈME PARTIE

**La nature juridique du droit
de superficie**

« ... das Unvereinbare zu vereinigen ».

Schlossmann, p. 375.

DEFINITION

La nature juridique d'un droit est sa place dans un ordre juridique, le crochet par lequel il s'y rattache¹. Tout système suppose une classification. Le degré correspondant à la nature juridique se trouve au bas de l'échelle, juste avant les éléments permettant de définir le droit.

Comme de la nature juridique d'un droit dépendent les règles qui lui sont applicables², la démarche menant à sa détermination est fondamentale.

Titre I

GÉNÉRALITES

Chapitre I. *La détermination de la nature juridique du droit de superficie. Problèmes et solutions*

Les problèmes posés par la détermination de la nature juridique du droit de superficie sont nombreux et complexes. Certes, en Suisse³, et dans quelques pays voisins, soit expressément⁴, soit implicitement⁵, la nature du droit de superficie est déterminée par la loi. Mais le problème qui s'est posé un jour au législateur mérite d'être étudié avec quelques détails. La détermination de la nature juridique d'un droit nécessite l'examen préalable de nombreux facteurs, notamment une étude approfondie de ses conséquences, afin d'éviter une rupture de l'harmonie du système. Cela est spécialement vrai pour le droit de superficie au contenu et aux effets si différents des autres droits réels. Ces particularités rendent délicate son intégration dans une catégorie juridique déterminée, à tel point que certains législateurs ont renoncé à le faire expressément⁶. D'autres, prenant conscience de son

¹ Dans le sens de cette définition : Marty-Raynaud, p. 193.

² Exemples : Si le droit de superficie est considéré comme un droit de propriété, les règles des art. 641 ss. CCS lui sont applicables. S'il est considéré comme une servitude, il est régi par les art. 730 ss. CCS. En France, le droit de superficie ne peut s'éteindre par le non-usage. Une telle extinction s'imposerait s'il était une servitude (Marty-Raynaud, p. 196).

³ Art. 675 et 779 CCS.

⁴ Loi belge du 10 janvier 1824 concernant le droit de superficie, art. 1.

⁵ Du système de la loi.

⁶ France.

importance pratique, ont cherché à surmonter les difficultés, dont le grand nombre explique la diversité des solutions. La nature juridique du droit de superficie a varié au cours des temps, et elle varie encore actuellement. Elle dépend étroitement de l'ordre juridique dans lequel il est incorporé. Comme les législations de nos voisins sont fortement influencées par le droit romain, notamment en matière de droits réels, des solutions parentes auraient été logiques. Tel n'est pas le cas, en raison des conceptions particulières de certains systèmes nationaux.

Après avoir été considéré comme un droit public, le droit de superficie a été classé définitivement dans les droits privés. De droit personnel, il a passé dans la catégorie des droits réels. A ce stade, les solutions se diversifient : droit de propriété, droit réel restreint « sui generis », droit réel restreint traditionnel, le droit de superficie peut être tout cela.

Chapitre 2. *Le droit de superficie en tant qu'institution de droit public*

Le droit positif est formel : le droit de superficie est une institution de droit privé¹. Mais une telle unanimité semble ne pas avoir toujours régné. Quant à l'évolution contemporaine, elle oblige à remettre en question des vérités séculaires.

Section I. LE DROIT ROMAIN

La doctrine s'accorde pour reconnaître qu'à l'époque de Justinien le droit de superficie était une institution de droit privé². Auparavant, cependant, il aurait été une institution de droit public³. Cette hypothèse doit être considérée avec prudence. Le droit public n'existait pratiquement pas dans les sociétés primitives. Le droit ancien de Rome se caractérisait par un parallélisme du droit privé et du droit public. Il ne s'agissait que d'une distinction de sphères diverses, mais jamais de choses essentiellement différentes. Certaines branches du droit, faisant actuellement partie du droit

¹ Art. 675 et 779 CCS ; §§ 1 ss. ErbbVO ; BauRG ; art. 952 ss. CCit. ; art. 553 CCFr. ; loi belge du 10 janvier 1824 concernant le droit de superficie.

² Brandenburger, p. 6 ; Christen, p. 3 ; Monier, p. 445 ; Witt, p. 7.

³ Vogt, p. 47.

public, se partageaient en droit public et en droit privé¹. Ce n'est que sous l'Empire que l'organisation du droit public trouva son assiette définitive². Or, à cette époque, le droit de superficie était une institution de droit privé.

Si ce terrain est plutôt mouvant, il est par contre établi que le droit de superficie a d'abord été octroyé sur des fonds publics³. Mais en déduire directement l'appartenance de l'institution au droit public est une assimilation hâtive. Vogt⁴, dont la thèse se justifie pleinement à la condition que le terme droit public ne se rapporte qu'à quelques règles spéciales gouvernant le droit de superficie accordé sur des terrains publics, la fait vraisemblablement.

Section 2. L'ÉVOLUTION CONTEMPORAINE

L'évolution actuelle est favorable au droit public. Dans les régimes étatistes notamment, la valeur suprême est dans la nation. Le droit public tend de plus en plus à tout embrasser⁵. Le droit civil soviétique, à côté de la propriété de l'État et des grands groupements collectifs, ne connaît plus qu'une petite propriété paysanne, ainsi que la propriété personnelle des biens de consommation et des économies. Il n'est plus qu'un « petit droit civil »⁶. La question de la nature juridique du droit de superficie en URSS (art. 71 CCrusse) est légitime.

De telles tendances se manifestent aussi dans notre pays. Sur le plan cantonal, il a, par exemple, été lancé dans le canton de Zurich en 1962 une initiative contre la spéculation foncière⁷ pour accorder aux communes un droit de préemption sur les fonds situés sur leur territoire, leur interdire de les aliéner par la suite, mais leur permettre de les grever de droits de superficie. Cette initiative, soumise au vote populaire, a été repoussée le 6 février 1966. Dans l'hypothèse de la réalisation d'un tel projet, et en admettant que l'État réussisse à acquérir tous les fonds de son

¹ Bonfante, pp. 165 ss.

² Bonfante, p. 465.

³ Monier, pp. 444 s.; Vogt pp. 5 ss.

⁴ Vogt, p. 47.

⁵ Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, Paris 1946, p. 252.

⁶ Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, Paris 1946, p. 252; Romachkine, pp. 307 ss.

⁷ Cf. Meier-Hayoz, *Zum Bodenproblem*, pp. 1 ss., spécialement pp. 10 ss.

territoire, on peut se demander s'il agirait encore sur le plan du droit privé en accordant des droits de superficie, s'il serait encore à même de traiter sur un plan d'égalité avec les particuliers.

Un problème semblable s'est posé sur le plan fédéral à la suite de l'initiative constitutionnelle du 10 juillet 1963, proposant l'adjonction d'un article 31 sexties à la constitution¹, rejetée par le peuple et les cantons le 2 juillet 1967. Si de telles conceptions arrivaient un jour à s'imposer, on devrait revoir les bases juridiques du droit de superficie.

Quoi qu'il en soit, il est constant que le droit de superficie est de plus en plus utilisé pour réaliser des buts d'intérêt public.

Chapitre 3. *Le droit de superficie en tant que droit personnel*

Le droit de superficie, institution de droit privé, appartient à la famille des droits réels. Cela n'a pas toujours été le cas, et, de nos jours, le rapport superficiaire contient un bon nombre d'éléments personnels.

Section 1. L'HISTOIRE

En droit romain, au cours de son évolution, le droit de superficie a passé par un stade où il était un droit personnel. « L'antique jus civile ne pouvait concevoir des rapports aussi compliqués. Tout ce qu'il offrait, dans l'espèce, c'était la formation d'un rapport d'obligation entre Primus et Secundus (L. 40, D, de act. emt. et vend. 19, 1). Pendant la durée de la concession, Primus sera titulaire d'un droit personnel de créance, comme tel valable contre Secundus et ses successeurs à titre universel. Mais ce droit

¹ Le texte de l'initiative est le suivant : « 1. La Confédération prend, avec le concours des cantons, des mesures pour empêcher une hausse injustifiée des prix des immeubles, pour prévenir la pénurie de logements et pour favoriser l'aménagement du territoire sur le plan national, régional et local, dans l'intérêt de la santé publique et de l'économie du pays. 2. Pour atteindre ces buts, la Confédération et les cantons peuvent exercer un droit de préemption en cas de vente d'immeuble entre particuliers, ainsi qu'exproprier des immeubles moyennant indemnité » (FF 1963 II 250). Au sujet de cette initiative, cf. Sieber, *L'initiative sur le droit foncier*.

restera sans force contre les successeurs à titre particulier de Secundus et d'une manière générale contre tous les tiers »¹.

La protection juridique de tels contrats était aléatoire. Ne rentrant dans aucune catégorie, ils se voyaient refuser la protection juridique dans de nombreux cas.

Section 2. LE DROIT SUISSE

Le droit de superficie est un droit réel. Il est soumis aux règles particulières de cette catégorie, notamment au « numerus clausus ». Par conséquent, tout ce qui ne participe pas au contenu du droit de superficie n'a pas d'effet réel, mais seulement des effets personnels.

En général, tout rapport superficiaire comprend des liens réels et des liens obligationnels. Le droit de superficie n'en reste pas moins un droit réel par nature. Il en résulte qu'il est indispensable de déterminer le contenu du droit de superficie².

Chapitre 4. *Les liens entre le problème de la nature juridique du droit de superficie et la définition du droit de propriété*

Le droit de superficie est un droit réel, mais quel droit réel ? C'est ici que le problème se complique, que l'unanimité disparaît, que les solutions divergent.

Le droit de superficie est un droit de propriété, disent les Français³. Le droit de superficie est un droit réel restreint, disent la plupart des autres ordres juridiques⁴. Il faut accorder aux auteurs français que le droit de superficie contient de nombreux attributs de la propriété. Economiquement, il en est si proche que souvent la distinction n'est pas faite. Il faut reconnaître que l'argument des autres législations constatant que le droit de propriété est absolu et que le droit de superficie ne peut, par conséquent, être un droit de propriété, est de poids.

Vu les liens étroits qui unissent le droit de superficie et le

¹ Guérin, p. 3; cf. aussi : Reinicke, pp. 13 ss.

² Cf. quatrième partie.

³ Cf. pp. 60 ss.

⁴ Cf. pp. 66 ss.

droit de propriété, il est impossible de déterminer la nature juridique de l'un sans connaître l'autre. Celle du droit de superficie dépend toujours de son contexte, en première ligne de la définition du droit de propriété. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire d'étudier préliminairement le droit de propriété afin de pouvoir ensuite définir la nature juridique du droit de superficie.

Nous n'approfondirons pas la notion de propriété dans chaque système intéressant le cadre de ce travail. Nous partirons de la source commune, le droit romain, et ne considérerons les autres systèmes que pour retenir les modifications déterminantes qu'ils ont apportées.

Chapitre 5. *Le droit de propriété*

« La propriété est l'expression juridique suprême de l'accèsion de l'homme à la jouissance et à la disposition des biens »¹.

Section 1. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ EN DROIT ROMAIN

§ 1. *L'influence de la conception romaine de la propriété.*

La notion romaine de la propriété a influencé très profondément les ordres juridiques contemporains. Certes, elle n'a jamais été adoptée telle quelle. Des limites ont été apportées à ses absolus. Mais elle n'en reste pas moins la base de tous les systèmes.

§ 2. *Les diverses espèces de droit de propriété.*

Les codes modernes ne prévoient qu'un seul droit de propriété. Le droit romain en connaissait plusieurs, du moins à l'époque classique : la propriété quiritaire, la propriété prétorienne ou « in bonis », la propriété provinciale et la propriété pérégrine. Mais, théoriquement, seule la propriété quiritaire, c'est-à-dire le « *dominium ex jure Quiritium* » méritait son nom. Au cours de l'histoire romaine, ces différents types se sont progressivement rapprochés. Justinien couronna cette évolution en soumettant la propriété (*proprietas*) à des règles uniformes.

¹ Marty-Raynaud, p. 35.

§ 3. La définition du droit de propriété.

« Les juriconsultes romains ne définissent pas le droit de propriété, qui échappe en effet à toute définition par sa simplicité et son étendue : car c'est le droit le plus complet que l'on puisse avoir sur une chose corporelle »¹.

C'est une des raisons. Il y en a d'autres². Les romanistes contemporains n'ont pas imité la sagesse et la prudence de leurs illustres prédécesseurs. Ils se sont attaqués au difficile problème de la définition du droit de propriété. Leurs efforts, plus ou moins couronnés de succès, ont eu pour résultat de créer une légion de définitions. Aucune n'est vraiment supérieure. Mettant l'accent sur un aspect particulier ou l'autre, elles permettent d'énumérer les caractères essentiels du droit de propriété.

§ 4. Les éléments caractéristiques de la propriété romaine³.

Deux éléments sont fondamentaux :

1. La propriété romaine est absolue.

Le droit de propriété confère à son titulaire le pouvoir le plus absolu sur une chose, soit tous les avantages qu'elle procure :

- a) Usus : droit de se servir de la chose telle qu'elle est.
- b) Fructus : droit à tous les produits de la chose.
- c) Abusus : c'est l'élément qui caractérise le mieux le droit de propriété. Il faut l'entendre dans son sens étymologique (ab, particule privative, et uti, user). Il s'agit d'un emploi de la chose qui en fait cesser, qui en détruit l'usage.

Cet absolutisme permet au propriétaire de faire ce qu'il veut de sa chose. « Son droit, en effet, n'est que l'expression et le résultat d'un travail plus ou moins prolongé ; il est la manifestation permanente d'une activité qui a su produire au-delà de ses besoins. Au fond donc, c'est la personnalité humaine qui s'affirme dans le droit de propriété ; et de là cette plénitude de pouvoirs qui

¹ Petit, 6^me éd., Paris 1909, pp. 170 s.

² « Omnis definitio in jure civili periculosa est » (Digeste, Livre L, Titre XVII, n° 202 - Javolenus). Cela est particulièrement vrai pour la propriété.

³ Accarias, p. 510 ss.; Bonfante, pp. 194 ss.; Girard, pp. 277 ss.; Jörs-Kunkel-Wenger, p. 120; Lepointe, pp. 47s.; Monier, pp. 361 ss.; Ortolan, pp. 255 ss.; Petit, pp. 170 ss.; Schulz, Prinzipien, p. 102, n. 55; Sehm, pp. 381 ss.; Windscheid, p. 357.

entraîne comme conséquence remarquable la faculté de transmettre soit entre vifs, soit par décès »¹.

Le droit de propriété est un droit plein et entier, complet par opposition aux autres droits réels, les « jus in re aliena ».

2. La propriété romaine est exclusive.

Le propriétaire est seul à pouvoir tirer parti de sa chose. Ce caractère important découle du précédent : le droit de propriété étant absolu exclut sur la chose tout autre droit aussi étendu².

Section 2. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ AU MOYEN ÂGE

Au cours du Moyen Âge, et jusqu'aux codifications modernes, la définition du droit de propriété ne correspond plus à la définition romaine. Pour ce qui concerne la recherche de la nature juridique du droit de superficie contemporain, elle n'est pas déterminante.

Section 3. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ EN DROIT FRANÇAIS³

Le Code civil français et les autres codes de droit positif, comme le droit romain, ne définissent pas le droit de propriété. Ils se bornent à en indiquer le contenu. C'est de ce contenu que la doctrine et la jurisprudence déduisent ses éléments essentiels.

L'art. 544 CCfr.⁴ est l'aboutissement d'une longue évolution et la conséquence de l'œuvre de la Révolution française. Depuis 1789, la propriété pleine, analogue à l'ancien « dominium » romain, est seule à exister. En adoptant le système romain de la propriété individuelle, telle que l'avait organisée Justinien dans ses Institutes, le Code civil français reconnaît que le droit de propriété est absolu dans son principe. « Les rédacteurs du Code civil, en affir-

¹ Accarias, p. 513.

² Au sujet des limites de la propriété, cf. les remarques faites à propos du droit suisse, pp. 55 s.

³ Aubry et Rau, pp. 231 ss.; Baudry-Lacantinerie-Chauveau, pp. 147 ss.; Carbonnier, pp. 75 ss.; Colin, Capitant, Julliot de la Morandière, pp. 27 ss.; Dalloz, Encyclopédie juridique, IV, pp. 279 ss.; Julliot de la Morandière, pp. 3 ss.; Marty-Raynaud, pp. 35 ss.; Mazeaud, pp. 1059 ss.; Planiol, Ripert, Boulanger, pp. 891 ss.

⁴ « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

mant l'absolutisme du droit de propriété, en ont fait un droit exclusif et individuel, total et souverain, perpétuel »¹.

Section 4. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ EN DROIT ALLEMAND

Le BGB décrit le contenu du droit de propriété en son § 903². Les caractères fondamentaux mis en évidence dans le droit romain et dans le droit français s'y retrouvent. Le propriétaire peut se comporter à l'égard de sa chose comme bon lui semble. Il peut empêcher qu'aucune personne n'en fasse le moindre usage. Il s'agit bien de la conception libérale et individualiste du droit de propriété dans le sens d'un pouvoir conceptuellement illimité du propriétaire sur sa chose³.

Section 5. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ EN DROIT AUTRICHIEN, ITALIEN ET BELGE

Les remarques faites au sujet des législations étrangères précitées valent aussi pour les droits autrichien, italien et belge. Une lecture des textes légaux suffit à le constater. Le texte de l'art. 544 CCbelge est identique à celui de l'art. 544 CCfr. L'art. 832 CCit.⁴ en est très proche également. Quant au paragraphe 354 ABGB⁵, il se caractérise par le fait qu'il énonce les caractères essentiels du droit de propriété sans les restreindre. Certes, le § 364 ABGB⁶ apporte un tempérament, mais seul l'exercice du droit est expressément limité⁶.

Section 6. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ EN SUISSE

Le droit romain a aussi influencé le droit suisse. Il avait déjà influencé les droits cantonaux. Au 19^{me} siècle, en raison de pro-

¹ Mazeaud, p. 1073.

² « Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen ».

³ Staudinger, §§ 903 ss., Vorb. 17.

⁴ « Le propriétaire a le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, dans les limites des obligations prévues par l'ordre juridique et conformément à celles-ci. »

⁵ « Considérée en tant que droit, la propriété est le pouvoir de disposer à sa guise de la substance et des produits d'une chose, et d'en exclure quiconque. » Voir aussi : Klang, II, p. 131.

⁶ « En général, le droit de propriété ne peut s'exercer que dans la mesure où il ne porte pas préjudice aux droits d'un tiers et où il ne dépasse pas les limites légales prescrites pour le maintien et le progrès du bien public. »

fondes transformations économiques, les cantons durent procéder à une refonte du droit des choses¹. Contrairement à ce qu'il avait fait dans d'autres domaines du droit, le législateur d'alors négligea les institutions anciennes et reprit essentiellement les notions du droit commun, sans se préoccuper de ce que celles-ci avaient été appliquées à des situations différentes et reposaient sur d'autres considérations². Il importe d'ailleurs assez peu de rechercher par quel canal, directement ou indirectement, le droit romain et la doctrine générale ont influencé le droit suisse. Le résultat est là. C'est l'art. 641 CCS.

La systématique du CCS fait aussi apparaître la nature particulière du droit de propriété. Le CCS divise les droits réels en deux catégories :

- le droit de propriété,
- les autres droits réels.

Il y a une opposition fondamentale entre ces deux groupes. La propriété est la « somme de tous les droits réels dont un bien est susceptible »³. « Dire qu'on est propriétaire d'une chose, c'est déclarer qu'on peut en user absolument »⁴. « Aucun autre droit réel n'a cette étendue et tous ne sont que des démembrements ou des fragments du droit de propriété »⁴. « Senle, la propriété implique un droit de disposition complet »⁴. Alors que les autres droits réels ne procurent qu'un pouvoir partiel sur une chose, le droit de propriété procure à son titulaire un pouvoir fondamentalement complet et exclusif sur la chose⁵. C'est le droit réel le plus large qu'une personne puisse posséder à l'égard d'une chose dans notre régime juridique⁶. En aucun cas les autres droits réels ne la dépassent en étendue⁶. Cependant, en Suisse comme à l'étranger, la nature juridique des limites de la propriété est controversée.

Les partisans de l'immanence des limites de la propriété définissent ainsi le droit de propriété :

« Le droit de domination le plus étendu sur une chose, avec lequel sont liés les devoirs imposés au propriétaire par l'ordre

¹ Mot. IV, p. 3.

² Mot. IV, p. 4.

³ Mot. IV, p. 22.

⁴ Mot. IV, p. 26.

⁵ Meier-Hayoz, ST, 183.

⁶ FJS 290.

juridique de telle manière que la domination de la propriété ne s'étend qu'autant qu'elle est compatible avec les obligations incombant au propriétaire » (traduction)¹.

Les partisans de l'extériorité des limites² estiment que, si la propriété est limitable, elle ne contient en elle-même pas de limites, que celles-ci sont extérieures à la définition, qu'elles n'en font pas partie.

Ces controverses doctrinales n'ont pas de grandes conséquences pratiques³. Il n'en résulte même pas une répartition différente du fardeau de la preuve. Le principe de la liberté de la propriété est affirmé. Celui qui se prévaut d'une limite doit l'établir³. En Suisse, le droit de propriété est donc le plus étendu des droits réels. Il peut être illimité.

Section 7. LA DEFINITION GENERALE DU DROIT DE PROPRIETE

De toutes les définitions nationales, il est possible de tirer une définition générale de la propriété selon le même procédé que celui utilisé pour la définition générale du droit de superficie.

La propriété est le droit réel qui confère à son titulaire, selon le droit en vigueur, la mesure la plus étendue de pouvoir sur une chose⁴.

La conséquence essentielle de cette définition est l'impossibilité de la coexistence de deux droits de propriété sur une même chose. C'était déjà la théorie romaine : « *Duorum pluriumve ejusdem rei dominium esse non potest* ». A côté du propriétaire, une autre personne ne peut pas exister en tant que propriétaire. A cette autre personne ne peut appartenir au plus qu'un « *jus in re aliena* », radicalement distinct de la propriété.

« Le droit de propriété n'est rien d'autre qu'un tonneau qui contient tantôt beaucoup, tantôt peu, tantôt rien du tout »

¹ Haab, 641, 4.

² Notamment Meier-Rayoz, ST, 184 ss.; Liver, Einl. 80 ss.; la théorie de Liver est plus nuancée; voir surtout n. 85; Robert Holzach, *Oeffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen und expropriationsähnlicher Tatbestand*, Thèse, Zurich 1951, p. 27.

³ Sur ce problème en général, cf.: Hans Peter, *Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert*, Thèse, Zurich 1949; Meier-Hayoz, ST, 187.

⁴ Dans le sens de cette définition, cf. Standinger, §§ 903 ss., Vorb. 5.

(traduction)¹. Cette image est excellente. Le droit de propriété peut avoir un contenu plus ou moins important. Il peut ne pas en avoir du tout. Mais il pourra toujours en avoir. Cela ne dépend que de la volonté du propriétaire. C'est un des aspects de l'absolutisme du droit de propriété.

Une autre conséquence de cette définition est la possibilité de définir d'une manière générale le droit de superficie. Certes, comme la nature juridique du droit de propriété, celle du droit de superficie est conditionnée par son ordre juridique national. Mais comme la nature juridique du droit de propriété, celle du droit de superficie est dans une certaine mesure commune et générale.

Chapitre 6. *Les rapports théoriquement concevables entre le droit de superficie et le droit de propriété*

Théoriquement, des rapports de nature diverse sont concevables entre le droit de superficie et le droit de propriété. Le moyen le plus simple de les exposer est de prendre un exemple théorique.

Données : A est le propriétaire du fonds X.

A accorde à S un droit de superficie.

Question : Quelle est la nature juridique du lien entre S et le fonds ?

Trois réponses sont concevables :

1. A conserve la propriété du fonds X. S n'en devient pas propriétaire, mais n'acquiert sur lui qu'un droit d'une autre nature.
2. A conserve certains droits sur le terrain X, mais S en devient propriétaire. Cette hypothèse évoque un transfert de propriété avec certaines modalités ou conditions.
3. A conserve la propriété du fonds X. S obtient également un droit de propriété par son droit de superficie.

La première solution est celle adoptée par la majorité des systèmes juridiques contemporains, notamment ceux de la Suisse,

¹ Schlossmann, p. 380.

de l'Allemagne, de l'Autriche et de l'Italie. La deuxième solution est purement théorique. Aucun législateur ne l'a jamais envisagée. La troisième solution, en faveur en France, pose le problème des liens entre les deux propriétés, ou du moins entre leurs objets.

Chapitre 7. *Le droit de superficie est un droit de propriété*

Connaissant quelques exemples pratiques de droits de superficie et leurs effets, le non juriste, et même parfois le juriste, du moins au premier abord, est tenté d'admettre qu'il se trouve en présence d'un droit de propriété. Instinctivement, le droit de superficie est un droit de propriété. Economiquement, il équivaut souvent à un tel droit. Pour les tiers, le superficiaire se comporte comme un propriétaire par rapport à l'immeuble grevé d'un droit de superficie. Il l'utilise en construisant une maison qu'il administre, dont il prélève les loyers et paie la plupart des charges publiques¹. Le propriétaire du fonds reste dans l'ombre, se contentant de percevoir du superficiaire la rente du droit de superficie.

Mais, dans les systèmes juridiques ayant adopté un droit de propriété fortement influencé par le droit romain, la conception d'un droit de superficie en tant que droit de propriété est-elle possible ?

Section 1. CETTE THEORIE EN DROIT ROMAIN

Un texte semble affirmer que le droit de superficie était un droit de propriété². Mais plusieurs objections surgissent. Sur le plan de la source elle-même :

1. Ce texte n'est confirmé par aucun autre.
2. Il n'est pas très clair, ne disant pas expressément que le superficiaire est propriétaire.

¹ Leemann, 779, 61.

² D. VI, II, 12, 2 et 3 : Paulus libro nono decimo ad edictum :

2. Invectigalibus et in aliis praediis, quae nuncupari non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est.

3. Idem est et si superficiarium inquilam a non domino bona fide emerit. Les mots importants sont « a non domino ».

3. Les mots « a non domino » qui fondent la théorie sont interpolés¹.

Sur le plan du système du droit romain :

Nulle part ailleurs l'absolutisme du droit de propriété n'est proclamé avec plus de conviction. La logique la plus élémentaire s'oppose à permettre l'existence de deux droits absolus sur la même chose. Cette règle est d'ailleurs exprimée clairement : « *Compossessio plurium in solidum est impossibile* »². Par contre, il serait possible de concevoir une construction juridique analogue à celle du droit français.

Section 2. CETTE THEORIE AU MOYEN AGE

Si l'on se réfère à la théorie juridique du démembrement de la propriété en domaine éminent et en domaine utile, on constate qu'il y avait deux propriétés sur la même chose³. Mais la définition de la propriété s'éloignait de la définition romaine et le droit de superficie n'était employé que pour expliquer cette théorie.

Section 3. CETTE THEORIE EN FRANCE

§ 1. *Le droit positif*⁴.

Bien qu'il ne soit pas prévu par la loi, le droit de superficie existe en France. La jurisprudence et la doctrine le déduisent de l'art. 553 CCfr.⁵.

La doctrine, quasi unanimement⁶, et la jurisprudence, unani-

¹ Vogt, p. 25 et note 104 avec renvoi à l'index des interpolations.

² Guérin, p. 105.

³ Guérin, pp. 110 ss., pp. 120 ss.

⁴ Les considérations de ce chapitre valent aussi bien pour le droit de superficie traditionnel et historique portant notamment sur les arbres que pour le droit de superficie acquis en vertu d'un bail à construction. Notons que le bail à construction accorde à son bénéficiaire, outre un droit de superficie sur les constructions, un droit réel de jouissance sur le fonds loué. Le total de ces deux droits est très proche de la conception suisse considérant le droit de superficie comme un droit réel restreint traditionnel (solution impossible en droit français à cause de la notion étroite de la servitude).

⁵ Cf. p. 16.

⁶ Aubry et Rau, pp. 592 ss.; Baudry, Lacantinerie, Chauveau, pp. 236 s.; Colin, Capitant, Julliet de la Morandière, p. 128; Dalloz, Encyclopédie juridique, p. 298; Marty et Raynaud, p. 193; Mazeaud, p. 1118; Planiol, Ripert, Picard, p. 325; doctrine dissidente : Laurent, n° 409 ss.

mement¹, déclarent que le droit de superficie est un droit de propriété (c'était déjà la solution de l'ancien droit français²), qu'il n'est par conséquent ni un droit d'usufruit³, ni un droit de servitude⁴. Le droit de superficie et le droit de propriété sur le fonds « ne constituent pas une copropriété »⁵.

§ 2. Explication.

Le droit français, définissant le droit de propriété comme un droit absolu dans son principe⁶, est conforme à la définition générale⁷. Cependant, en reconnaissant au droit de superficie la nature d'un droit de propriété, la jurisprudence et la doctrine françaises ne consacrent pas l'impossibilité logique de la coexistence de deux droits absolus sur le même objet. En effet, elles considèrent que le droit de propriété et le droit de superficie ne portent pas sur la même chose⁸, que le fonds et la construction représentent deux objets distincts de propriété, faisant apparaître l'importance toute particulière de la détermination de l'objet en matière de droit de superficie.

La solution française est possible en raison de sa conception particulière du principe de l'accession, qui ne s'est pas développé identiquement dans chacun des systèmes contemporains⁹. Le Code civil français ne connaît pas la notion de partie intégrante⁹. Ainsi, il est impossible de se référer à une notion géné-

¹ Les notes aux arrêts suivants offrent l'intérêt d'exposer l'état de la doctrine dans la deuxième moitié du 19^{me} siècle.

Besançon, 12 déc. 1864, D. 65, 2, 1ss.; S. 65, 2, 197ss.

Ch. req., 5 nov. 1866, D. 67, 1, 32ss.; S. 66, 1, 441ss.

Cass. civ., 16 déc. 1873, S. 74, 1, 457ss., note Labbé.

Cass. req., 27 avr. 1891, D. 92, 1, 219; S. 91, 1, 369ss., note Labbé.

Le dernier arrêt et sa note donnent d'intéressantes indications quant à l'existence du droit de superficie en France.

² Aubry et Rau, p. 593, note 7. On y trouve une liste d'arrêts et d'ouvrages concernant ce sujet. Larcher, n° 66 ss.; Marty et Baynaud, p. 193.

³ Baudry, Lacantinerie, Chauveau, p. 236; Dalloz, Encyclopédie juridique, p. 298; Planiol, Ripert, Picard, p. 325.

⁴ Dalloz, Encyclopédie juridique, p. 298; Mazeaud, p. 1118; Planiol, Ripert, Picard, p. 325.

⁵ Mazeaud, p. 1118.

⁶ Cf. pp. 54 s.

⁷ Cf. p. 57.

⁸ Aubry et Rau, pp. 592 ss.; Baudry, Lacantinerie, Chauveau, p. 237; Colin, Capitain, Julliot de la Morandière, p. 128; Dalloz, Encyclopédie juridique, p. 298, 2; Marty et Baynaud, pp. 193 s.; Mazeaud, p. 1118; Planiol, Ripert, Picard, pp. 324 ss.; Cass. civ. 16 déc. 1873, S. 74, 1, 457, note Labbé.

⁹ Meier-Hayoz, 642, Rechtsvergleichung.

rale de l'accession, mais nécessaire de considérer le concept particulier de l'ordre juridique examiné.

Le Code civil français fait une large place au principe de l'accession¹. Il pose la règle générale à l'art. 546 CCfr., énonce celle relative aux choses immobilières à l'art. 552 CCfr. et précise la situation des constructions à l'art. 553 CCfr. Mais l'accession n'est pas absolue, c'est une présomption réfragable². La doctrine se dispute sur la fonction de cette notion³ et ne donne pas une description claire et précise de ses effets, soit de la nature du rapport entre les choses intéressées (chose principale et chose accessoire). Deux explications peuvent être envisagées :

1. *Juxtaposition*. — L'accession signifie que la construction suit en principe le sort du fonds sur lequel elle repose, et non pas que la construction est assimilée par le fonds pour former un objet de droit unique en étendant l'objet de la propriété. Il y a toujours deux objets : le fonds et la construction, et deux droits de propriété portant séparément sur chacun des objets. Mais ces droits ont un sort commun, en ce sens que la disposition du principal entraîne celle de l'accessoire. En vertu de l'accession, le propriétaire qui dispose du fonds dispose aussi de la construction. Mais s'il ne dispose que de la construction, il ne dispose pas du fonds, car l'accession est à sens unique⁴.

2. *Adjonction, mélange*. — La doctrine française semble préférer, dans sa majorité, cette seconde explication. L'accession est un phénomène d'accroissement d'un objet de propriété. Il n'y a pas

¹ Art. 546-577 CCfr.

² Art. 553 CCfr. : « Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé;... ».

³ Baudry, Lacantinerie, Chauveau, pp. 199 ss.; Dalloz, Encyclopédie juridique, I, p. 37; Marty et Raynaud, p. 139; Mazeaud, p. 1282.

⁴ Mazeaud, p. 1118 : « Le propriétaire, parce qu'il peut disposer de sa chose seulement pour partie, a le droit d'aliéner le dessus tout en conservant le tréfonds et la surface; on dit qu'il aliène le « droit de superficie ». Aubry et Rau, 3^{me} éd., Paris 1863, II, p. 160 n. 1 in fine : « ...lorsqu'une chose, malgré son union avec une autre, n'en a pas moins conservé une existence distincte, qui la rendrait en fait susceptible d'en être détachée, ou de former l'objet d'une propriété séparée... ».

seulement juxtaposition, mais adjonction, mélange¹. Il n'y a plus deux objets, mais un seul, nouveau et plus grand. Bien que ne connaissant pas la notion de partie intégrante, le Code civil français et surtout ses commentateurs semblent l'impliquer pour définir les effets de l'accession.

La première conception permet de surmonter sans autre l'obstacle de la contradiction fondamentale. Grâce au jeu de l'accession, le droit de superficie est un droit de propriété portant sur la construction elle-même, qui est toujours un objet de propriété distinct d'un autre objet, le fonds.

Par contre la seconde conception, professant l'unité de l'objet de la propriété dans l'hypothèse de l'accession, crée une nouvelle difficulté quant à la justification du droit de superficie. En effet, au moment de l'octroi du droit de superficie, il n'y a pas deux objets du droit de propriété, mais un seul.

Comment la division de l'objet se produit-elle ? Elle ne peut être un des effets du droit de superficie, car ce dernier aurait porté, ne fût-ce que l'espace d'un éclair, sur un objet déjà occupé par un autre droit de propriété. Quelque chose se passe antérieurement, au moment de l'accord des volontés établissant le rapport superficiaire qui, lui-même, crée le droit de superficie. C'est la volonté du propriétaire foncier qui opère la division. En d'autres termes, le propriétaire foncier suspend la règle de l'accession quant à la construction qu'il veut donner en superficie ; il accorde ensuite le droit de superficie sur cet objet indépendant par le transfert de la propriété au superficiaire. La règle de l'art. 553 CCfr.

¹ Art. 546 CCfr. : « La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement ».

Art. 551 CCfr. : « Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire... ».

Demolombe (IX, 572 et 573), cité dans Aubry et Rau, 3^{me} éd., Paris 1863, II, p. 160, note 1 : «...dsus les cas mêmes où une chose s'unit et s'incorpore à une chose appartenant à une autre personne, on doit bien moins voir dans ce fait une acquisition nouvelle, qu'une simple extension de la chose dans laquelle vient s'absorber celle qui s'y unit et s'y incorpore ».

Planiol, Ripert, Boulanger, p. 974 : « Il n'y a pas acquisition d'un droit, mais modification de l'objet du droit ».

Pour des affirmations moins explicites, voir : Planiol, Ripert, Picard, pp. 256ss.; Marty et Raynaud, pp. 139ss.; Colin, Capitant, Julliot de la Morandière, pp. 36ss.; Mazeaud, pp. 1282ss.

est indiscutablement en faveur du propriétaire foncier qui doit pouvoir y renoncer à tout moment. Son seul problème est de prouver la rupture du principe de l'accession. Or un des moyens de preuves les plus sûrs est l'octroi d'un droit de superficie. Ainsi donc, la rupture du principe de l'accession étant la condition de l'existence du droit de superficie, il en résulte que le droit de superficie joue le rôle très curieux de prouver la rupture du principe. En d'autres termes, il prouve sa condition d'existence.

§ 3. *Conclusions.*

Le choix du droit français est dû à son système et à sa conception particulière de l'accession. Comme le droit de superficie ne fait pas partie de l'énumération légale exhaustive des droits réels¹, son rattachement à l'art. 553 CCfr. est sa seule chance d'existence. Or la dérogation au principe de l'accession postule l'identité de nature entre les droits du superficiaire et ceux du propriétaire foncier². Sur un plan purement formel et systématique, il en résulte que le droit de superficie doit se trouver uniquement parmi les dispositions consacrées à la propriété. Il n'a rien à faire avec les droits réels restreints.

Cette théorie présente l'intéressante perspective d'un droit de superficie qui, envisagé aussi bien du point de vue de la construction que de celui du droit lui-même, conduit à la conclusion identique que le droit de superficie est un droit de propriété. Ce droit de propriété, nature du droit de superficie, se confond avec le droit de propriété, lien entre la construction et le superficiaire.

L'angle sous lequel on examine le droit de superficie influence largement le choix de sa nature juridique.

- a) Si on le considère sous l'aspect de ses conséquences et de ses résultats, ou, en d'autres termes, par rapport à la construction, au lien qui unit le superficiaire à la construction, on est porté, tout naturellement, à y voir un droit de propriété. En effet, les constructions appartiennent au superficiaire³.
- b) Si, par contre, on le considère quant à son origine, quant aux relations qui unissent et rattachent l'un à l'autre son titulaire et le propriétaire foncier, à celles entre le fonds et le superfi-

¹ Dalloz, Encyclopédie juridique, II, p. 419; Marty et Raynaud, pp. 168s.; Mazeaud, p. 1055.

² Marty et Raynaud, p. 193.

³ Cf. les différentes législations contemporaines.

ciaire, alors il est beaucoup plus difficile de se l'imaginer en tant que droit de propriété. Il apparaît bien plutôt comme un droit venant grever un immeuble.

Ces deux manières de voir ont marqué de façon déterminante les diverses législations contemporaines. Mais nulle part le droit de superficie n'est un droit de propriété portant sur le même objet que le droit de propriété du propriétaire foncier¹.

Section 4. CETTE THEORIE EN AUTRICHE

La loi sur le droit de superficie n'a pas aboli les règles sur le « Superaedifikat »² qui, dans sa forme la plus évoluée, se rapporte à des constructions de pierres, soumises au § 297 ABG8. Mais les intéressés ont évité les conséquences de cette disposition en stipulant contractuellement leur caractère provisoire permanent. L'« Oberste Gerichtshof »³ a de plus déclaré que le § 418 ABGB ne s'appliquait pas aux constructions érigées par le bénéficiaire du droit avec le consentement du propriétaire foncier. Enfin, par une ordonnance du 7 janvier 1854, les « Praterbüthen » se trouvant sur les « Pratergründen » impériaux sont déclarées mobilières⁴.

Eu raison du « Superaedifikat », le bénéficiaire a la propriété de la construction, le propriétaire foncier, celle du fonds. Cela découle du rattachement du « Superaedifikat » aux §§ 297 et 418 ABGB, soit aux sections consacrées aux choses et à leur classification, et à la propriété. Il n'y a pas de référence aux droits réels restreints. Le « Superaedifikat » est un droit de propriété portant sur un objet distinct de la propriété foncière. Ce système est analogue à celui du droit français. Le résultat (deux droits de propriété sur deux objets de propriété) est le même. La technique de rattachement au Code civil (rattachement aux dispositions sur la propriété) est la même. Enfin, il faut noter la contemporanéité

¹ L'arrêt de Besançon du 12 déc. 1864 (D. 65, 2, 3, S. 65, 2, 199) n'est pas clair : « Que des droits de propriété distincts par leur objet et leur exercice peuvent coexister sur un même immeuble, comme l'indiquent les art. 553 et 554 C. Nap. ». Le mot « objet » a évidemment ici le sens de contenu. Or cela mène en pleine impasse.

² Pour plus de détails, cf.: Grünberg, pp. 13ss.; Klasing, p. 140.

³ Entsch. du 23 nov. 1876 et du 21 déc. 1882, Glaser-Unger Sammlung, no. 6296 et 9234.

⁴ Justizministerial-Verordnung du 7 janv. 1854, R.-G.-Bl. no. 10.

de l'entrée en vigueur du Code civil français et de l'ABGB et leur évolution identique quant au droit de superficie.

Chapitre 8. *Le droit de superficie est un droit réel restreint*

L'hypothèse du propriétaire foncier conservant sa propriété et du superficiaire acquérant sur l'immeuble un droit réel restreint est la plus importante en pratique. Hormis la France, tous les autres pays limitrophes l'ont adoptée. Les problèmes qui interviennent sont différents de ceux examinés précédemment. La question de la compatibilité du droit de superficie avec le droit de propriété ne se pose plus. Le droit de propriété peut être démembre. Il admet l'existence de droits réels restreints. Cela est universellement reconnu. Par contre, cette conception pose des questions ardues quant à ses effets, notamment quant à la nature du lien unissant la construction au superficiaire.

Section 1. CETTE SOLUTION EN DROIT ROMAIN¹

Les auteurs n'admettent en général pas que le droit de superficie était une servitude², mais ils le considèrent comme un droit réel restreint « sui generis ». Il ne faut cependant pas en conclure hâtivement qu'il était comparable à tous points de vue à celui des systèmes modernes. Il est un droit réel établi par le préteur. Sans prendre le nom de servitude, ni de « dominium », termes exclusivement réservés à des institutions de droit civil, il ressemble pas ses effets à l'un et à l'autre. Les auteurs réussissent à former une majorité sur ce point, mais divergent largement de vues lorsqu'il s'agit de préciser cette notion juridique.

Section 2. LES DISTINCTIONS CONTEMPORAINES

Dans les sections et chapitres suivants, nous allons décrire les solutions des principaux pays qui nous entourent. Ces systèmes

¹ Outre les ouvrages généraux, cf.: Barreau, pp. 42ss.; Guérin, pp. 116ss.; Hajje, pp. 44ss.

² Cf. pp. 70ss.

vont plus loin que le droit romain. Ils précisent la nature juridique du droit de superficie en tant que droit réel restreint. Ils se divisent en deux groupes :

1. Ceux qui font du droit de superficie un droit réel restreint « *sui generis* ».
2. Ceux qui rattachent le droit de superficie à un droit réel restreint traditionnel.

Certains problèmes fondamentaux sont communs. Nous les étudierons dans le cadre du droit suisse. D'autres sont propres à chacun des systèmes. Nous les mentionnerons au cours de la description.

Chapitre 9. *Le droit de superficie est un droit réel restreint « sui generis »*

C'est la solution la plus courante, celle qui se réfère essentiellement aux caractères spéciaux du droit de superficie ; droit réel restreint « *sui generis* », à caractères propres, à éléments essentiels nettement marqués, qui le distinguent, sans confusion possible, de toutes les autres facultés réelles. Elle se rencontre en Allemagne, en Autriche, en Italie et en Belgique. Elle a pour caractéristiques :

- qu'elle est généralement prévue par une loi spéciale non incorporée dans le code civil ;
- qu'elle ne se rattache pas au chapitre consacré à la propriété ;
- qu'elle ne présente pas d'incompatibilité avec le droit de propriété du propriétaire foncier ;
- qu'elle soulève des problèmes quant à ses effets.

Section 1. CETTE SOLUTION EN ALLEMAGNE

Le droit allemand a adopté cette solution. Cela résulte, sans équivoque, de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine.

1. De la loi.

Le livre III du BGB est divisé en un certain nombre de sections. La troisième est consacrée à la propriété (contenu, acquisition et perte, copropriété). La quatrième concerne l'« Erbbaurecht » (§§ 1012-1017)¹. Ces paragraphes sont actuellement remplacés par l'ordonnance de 1919². Viennent ensuite les sections réservées aux règles sur les servitudes, les redevances foncières, les gages.

Ainsi, selon la systématique de la loi³, il ressort que l'« Erbbaurecht » est un droit réel restreint « sui generis ». Il n'est ni une chose⁴, ni un droit de propriété⁵, de copropriété ou de propriété commune⁶, ni un droit réel restreint traditionnel.

2. De la jurisprudence.

La solution exprimée pouvant difficilement être contestée, la jurisprudence ne traite le problème qu'incidemment⁷.

3. De la doctrine.

La doctrine abonde dans le même sens⁸. En tant que droit réel restreint « sui generis », l'« Erbbaurecht » se distingue des autres droits réels restreints, tout d'abord des servitudes. Contrairement à l'usufruit⁹, il est aliénable et héréditaire ; aux servitudes foncières⁹, il n'est, entre autres choses, pas limité au propriétaire actuel d'un fonds dominant⁹ ; aux servitudes personnelles limitées,

¹ Les §§ 1012-1017 ne valent plus que pour les « Erbbaurechte » qui existaient le 22 janvier 1919 (§ 38 ErbBVO).

² Cf. Commentaire Livre AP-LDS, p. 15 : « L'ordonnance comprend 39 articles et constitue, par conséquent, une loi spéciale. A vrai dire, elle a été insérée entre les chapitres du BGB consacrés à la propriété foncière et aux servitudes, et elle est traitée en détail dans les manuels d'enseignement et les commentaires des droits réels ».

³ Voir aussi : Mot. BGB, III, 466ss.

⁴ Staudinger, § 1 ErbBVO, 3; Ingenstau, § 1 ErbBVO, 5.

⁵ Staudinger, § 1 ErbBVO, 5; Palandt, p. 921; Ingenstau, § 1 ErbBVO, 7; Le propriétaire foncier garde intact son droit de propriété sur le fonds, et la constitution de l'« Erbbaurecht » n'a aucun effet sur ce rapport.

⁶ Staudinger, § 1 ErbBVO, 5; Palandt, p. 921. Le superficiaire n'a aucun droit à la propriété du sol (Ingenstau, § 1 ErbBVO, 7).

⁷ Pour un exemple : Entsch. des Reichsgerichts in Zivilsachen, 61 (1906), 1^{er} ss.

⁸ Baur, p. 246; BGB-RGRK, § 1 ErbBVO, 1; Ingenstau, § 1 ErbBVO, 3; Palandt, p. 921; Peßl, pp. 58s.; Planck, p. 292; Reinicke, p. 75 (très clair et très important); Soergel-Siebert, § 1 ErbBVO, 1; Staudinger, ErbBVO, Vorb. 1; § 1 ErbBVO, 2.

⁹ Ingenstau, § 1, ErbBVO, 6 (1).

il présente les deux différences submentionnées¹. Il ne se confond pas non plus avec les « Miet-und Pachtverträge »², « Wiederkauf »³, « Rentengut »⁴, « Erbpacht »⁵, et « Heimstätte »⁶.

Section 2. CETTE SOLUTION EN AUTRICHE

Le droit allemand a fortement influencé le droit autrichien⁷. La loi du 26 avril 1912 ne s'incorpore pas à l'ABGB⁸. Elle prévoit que le droit de superficie est un droit réel grevant un immeuble (§ I BauRG). Le droit de superficie n'étant ni un droit de propriété, ni rattaché à un droit réel restreint traditionnel, est un droit réel restreint « sui generis »⁹.

Section 3. CETTE SOLUTION EN ITALIE

Le Code civil italien, le plus récent des codes civils étudiés, a bénéficié de l'expérience des autres. Il prévoit le droit de superficie dont la nature juridique de droit réel restreint « sui generis » peut, comme en Allemagne, être déduite du système de la loi¹⁰.

Section 4. CETTE SOLUTION EN BELGIQUE

La nature juridique du droit de superficie en droit belge est difficile à établir. En effet, la loi du 18 janvier 1824¹¹, qui se borne à dire que le droit de superficie est un droit réel, n'est pas incorporée dans le Code civil belge. On pourrait défendre tout aussi valablement la théorie du droit de propriété¹² que celle du droit réel restreint.

1	Iugenstau, § 1 ErbbVO, 6 (I);	
2	» » » 6 (II);	Standinger, ErbbVO, Vorb. 1.
3	» » » 6 (V);	» » » 2.
4	» » » 6 (IV);	» » » 3.
5	» » » 6 (III);	» » » 4.
6	» » » 6 (VI);	» » » 5.

⁷ Klang, p. 139.

⁸ Alors que l'ErbbVO prend la place des §§ 1012-1017 BGB, le droit de superficie autrichien est prévu en dehors du cadre de l'ABGB.

⁹ Klang, p. 140.

¹⁰ Le livre III du Code civil italien est divisé en 9 titres : I. Des biens. II. De la propriété. III. Du droit de superficie. IV. De l'emphytéose. V. De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. VI. Des servitudes prédiales, etc.

¹¹ Loi concernant le droit de superficie.

¹² Notamment en raison de l'identité des codes civils entre la France et la Belgique.

La doctrine, ne distinguant pas toujours clairement entre la nature juridique du droit de superficie et ses effets (notamment quant aux liens existant entre la construction et le superficiaire), a plutôt tendance à considérer ce droit comme un démembrement de la propriété¹, c'est-à-dire comme un droit réel restreint², que nous qualifions de « sui generis »³, ce qui justifie notre classification⁴.

Chapitre 10. *Le droit de superficie est une forme de droit réel restreint traditionnel*

Le législateur suisse est seul à faire du droit de superficie un droit réel restreint traditionnel, insistant sur ses traits communs avec d'autres droits réels restreints. Mais cette solution séduit aussi certains auteurs étrangers⁵.

Nous nous bornerons à examiner l'assimilation du droit de superficie aux servitudes, car c'est la seule solution proposée, adoptée, et d'ailleurs envisageable.

Section 1. CETTE THEORIE EN DROIT ROMAIN

Les traités ne s'occupent en général pas de la nature juridique du droit de superficie, mais simplement de ses effets, notamment de la nature du lien unissant le superficiaire à la construction. Dans quelques travaux consacrés spécialement au droit de superficie, on trouve cependant des indications utiles à ce sujet⁶. Certains auteurs affirment que le droit de superficie est une servitude.

¹ Laurent, p. 490; Les Nouvelles, pp. 407 et 409.

² La loi sur le droit de superficie devait former le sixième titre du second livre d'un nouveau projet de code civil, mais fut rendue exécutoire comme loi séparée avant sa publication. Sa place dans le système de ce code confirme la nature juridique du droit de superficie dans le sens d'un démembrement de la propriété. (Les codes Larcier, Ed. 1965, I, p. 69, note ad art. 710.)

³ Si la loi voulait rattacher le droit de superficie à une catégorie traditionnelle de droits réels restreints, elle le dirait expressément. L'étroitesse du concept de servitude en droit belge (art. 637ss. CCbelge) l'en empêche.

⁴ La nature juridique du droit de superficie belge n'a pas une importance capitale pour notre travail. Quelle que soit la solution adoptée, elle ne soulève pas de problèmes fondamentaux nouveaux par rapport à ceux du droit français et du droit suisse.

⁵ Cf. p. 72.

⁶ Barreau, pp. 44a.; Guérin, pp. 114sa.; Vogt, p. 97.

1. Les sources.

Ils s'appuient sur deux textes du Digeste, l'un de Julien¹, le plus important, l'autre d'Ulpien².

2. Les arguments en faveur de cette théorie.

Les avocats de cette théorie font valoir quatre arguments :

1. Cette solution se trouve expressément dans les textes³.
2. L'analogie entre le droit de superficie et les servitudes est grande⁴.
3. Pour Savigny, c'est uniquement par un motif historique qu'on ne compte pas le droit de superficie au nombre des servitudes. « En effet, ce n'est pas le droit civil, mais l'édit du préteur, qui lui a donné naissance »⁵.
4. Plusieurs textes citent le superficiaire à côté de l'usufruitier⁶.

3. Les arguments contre cette théorie.

Quatre arguments sont en général avancés ; deux n'ont pas grand poids :

1. Une des règles du droit des servitudes est : « Servitus servitutis esse non potest ». Le superficiaire pouvant grever son droit de servitudes, le droit de superficie ne peut être lui-même une servitude⁷.

¹ D. XXX, 86, 4 : Julianus libro trigesimo quarto digestorum.

Valet legatum, si superficies legata sit ei, cujus in solo fuerit, licet is dominus soli sit : nam consequetur, ut hac servitute liberetur et superficiem lucrifaciat.

² D. XXXIX, I, 3, 3 : Ulpianus libro quinquagesimo secundo ad edictum.

Si ego superficiarius sim et opus novum fiat a vicino, an possim nuntiare ? movet, quod quasi inquilinus sum : sed praetor mihi utilem in rem actionem dat, et ideo et servitutium causa actio mihi dabitur et operis novi nuntiatio debet mihi concedi.

³ Barrean, p. 44; Guérin, p. 114.

⁴ Guérin, p. 114 ; Savigny, *Traité de la possession*, 4^{me} éd., Paris 1893 (trad. française), p. 94.

⁵ Savigny, *op. cit.*, p. 94.

⁶ Barrean, p. 45; Guérin, p. 114.

⁷ Guérin, p. 115.

2. La durée des deux institutions est fort différente¹.

Les deux autres sont beaucoup plus forts :

3. Les termes clés des textes cités sont interpolés².

4. Le droit de superficie est essentiellement aliénable, alors que les servitudes ne le sont pas³.

4. Classification parmi les servitudes.

Le droit de superficie est classé parmi les servitudes personnelles⁴ et non parmi les servitudes foncières⁵. Ce qui fait naître une nouvelle objection. Contrairement aux servitudes personnelles, le droit de superficie est héréditaire⁶. Mais cette objection est vite réfutée. Il y a en tout cas un type de servitude héréditaire⁶.

Section 2. CETTE THEORIE EN DROIT SUISSE

Cette théorie a été adoptée en Suisse. Elle fait l'objet du titre suivant.

Section 3. CETTE THEORIE DANS LES AUTRES SYSTEMES

Comme nous l'avons vu⁶, l'Allemagne et l'Autriche ont adopté la théorie du droit réel restreint « sui generis ». Cependant, certains auteurs, dans ces systèmes-là, considèrent aussi le droit de superficie comme une servitude⁷.

Titre II

EN SUISSE

En Suisse, le droit de superficie est une servitude⁸. Il ne forme pas à lui seul une catégorie particulière de droits, mais

¹ Guérin, p. 116.

² Vogt, p. 97.

³ Guérin, p. 115.

⁴ Barreau, p. 44; Guérin, p. 114.

⁵ Barreau, p. 44.

⁶ Cf. pp. 67ss.

⁷ Pour l'Allemagne : Weitnauer, dans « Deutsche Notar-Zeitschrift », 1958, 413 ; « Das Erbbaurecht alter wie neuer Art ist seiner Natur nach eine Dienstbarkeit und wird als solche bereits in den Motiven (III, 466ss.) bezeichnet ».

Pour l'Autriche : Klang, p. 140.

⁸ Art. 675 et 779 CCS.

occupe une place dans la famille des servitudes, espèce importante des droits réels restreints.

Par rapport aux autres législations considérées, le droit suisse résout d'une manière originale¹ et qui peut surprendre au premier abord la complexité des problèmes posés par le droit de superficie.

Chapitre 1. Sources

Section 1. LE CCS

Le CCS tranche la question expressément à l'art. 675 CCS, plus clairement encore à l'art. 779 al. 1 CCS : « Le propriétaire peut établir en faveur d'un tiers une *servitude*... ».

Le système du CCS confirme son texte. Le chapitre 2 du titre 19, consacré aux effets de la propriété foncière, est long. Il contient plusieurs subdivisions. Après avoir déclaré que l'étendue de la propriété foncière atteint au-dessus et au-dessous du sol toute la hauteur et la profondeur utiles à son exercice (art. 667 CCS), et fixé ses limites sur le plan horizontal (art. 668 CCS), il règle les problèmes relatifs aux parties intégrantes de l'immeuble, particulièrement aux constructions. Le principe est que toute construction immobilière appartient nécessairement au propriétaire de l'immeuble sur lequel elle se trouve. Il est assorti d'un certain nombre d'exceptions : art. 674, 675, 676, etc. CCS. L'art. 675 CCS conduit à une dérogation très importante aux effets de la propriété foncière. Une construction peut avoir un propriétaire distinct à la condition d'être inscrite comme servitude au registre foncier. Cette faculté provient donc de l'inscription d'une servitude dont le contenu est de déroger aux effets généraux de la propriété foncière et dont la réglementation plus précise fait l'objet des art. 779 ss. CCS du titre 21 consacré aux servitudes et charges foncières.

La volonté du législateur est un peu moins catégorique si l'on se réfère aux travaux préparatoires. Concernant la nature juridique du droit de superficie, les textes des avant-projet et projet² sont identiques, mais ils diffèrent de celui du CCS³. Y a-t-il dans ces diver-

¹ Comme on l'a vu aux pages 71 s., il est peu vraisemblable que le droit romain ait adopté cette solution.

² 676 AP; 773 al. 3 AP; 667 P; 770 al. 3 P.

³ 675 CCS; 779 al. 1 CCS.

gences de textes une évolution, voire une modification, de la pensée du législateur ?

L'exposé des motifs¹, pas plus que le message du Conseil fédéral², ne donnent une explication claire. Ils soulignent que le droit de superficie est assimilé aux servitudes au point de vue du registre foncier, mais ils ne précisent pas sa nature juridique en général. Ils sont ainsi tout à fait en accord avec les dispositions légales qu'ils se proposent d'expliquer : dans l'avant-projet comme dans le projet, la qualification de servitude, que l'on ne rencontre que dans le troisième alinéa des articles correspondant à l'art. 779 CCS, s'applique aux rapports du droit de superficie avec le registre foncier. Le sens des articles correspondant à l'art. 675 CCS est identique. Mais, si l'interprétation littérale de ces dispositions peut faire naître quelque confusion, le système de l'avant-projet et du projet, comme celui du CCS, ne laisse subsister aucun doute. Quant aux opinions des rapporteurs de la commission du Conseil national s'étant exprimés au sujet de l'actuel art. 779 CCS³ (les modifications apportées aux projets de l'actuel art. 675 CCS n'étant pas déterminantes en cette matière), elles sont contradictoires.

De ces divers éléments, on peut tirer les conclusions suivantes. La commission du Conseil national a proposé de modifier le projet⁴ dans un sens qui a finalement été adopté dans notre CCS, sous réserve de quelques minimes perfectionnements rédactionnels. Lorsqu'elle a soumis ses propositions au Conseil national, elle n'a pas jugé bon de mettre l'accent sur la nature de servitude du droit de superficie. C'est un indice démontrant clairement que le chan-

¹ IV, pp. 69ss.

² p. 64.

³ Huber, rapporteur allemand de la commission du Conseil national, dit que (Bull. stén. CN 1906, 536) : « ...le propriétaire de la construction a une servitude foncière lui permettant de conserver cette construction sur l'immeuble en question » (trad.). Il exprime la même idée sous une forme un peu différente à une autre occasion (Bull. stén. CN 1906, 585) : « Ce droit de superficie se présente absolument comme une servitude... » (trad.).

Bossel, rapporteur français de la commission du Conseil national, est moins rigoureux dans les termes qu'il emploie. Ainsi, il affirme (Bull. stén. CN 1906, 538) : « Le droit de superficie de l'art. 667 n'est pas une servitude sur la chose d'autrui, mais un véritable droit de propriété, perpétuel de sa nature, et qui entre dans la circulation comme toute autre propriété immobilière ». Plus loin, il semble se rétracter quelque peu lorsqu'il dit (Bull. stén. CN 1906, 586), reprenant le texte de l'art. 770 P : « ...le propriétaire peut constituer en faveur d'un tiers la servitude de faire et d'entretenir des constructions sur son fonds ou au-dessous ».

⁴ Séance du Conseil national du 13 juin 1906 (Bull. stén. CN 1906, 584).

gement proposé n'était pas une modification de fond, mais de forme, ayant pour seul but la clarification du texte légal. Par conséquent, il faut admettre que le législateur a toujours considéré le droit de superficie comme une servitude, qu'il ne l'avait pas exprimé de manière satisfaisante dans les travaux préparatoires, qu'il a refondu ces textes dans le seul but d'une amélioration d'ordre rédactionnel et que l'art. 779 CCS doit être interprété littéralement.

Cela est confirmé par la loi sur le droit de superficie et ses travaux préparatoires¹ qui conservent la teneur des art. 675 et 779 al. 1 CCS, consacrant par là-même l'interprétation traditionnelle de la jurisprudence et de la doctrine.

Section 2. LA JURISPRUDENCE

Le Tribunal fédéral s'est prononcé incidemment, mais très clairement, sur la nature juridique du droit de superficie :

« D'après le CCS (art. 675 et 779) le droit de superficie est une simple servitude grevant un immeuble »².

Section 3. LA DOCTRINE

La doctrine abonde dans le même sens que la jurisprudence³.

¹ Les projets à la loi sur le droit de superficie ne modifient pas l'art. 779 al. 1 CCS. Bull. stén. CN 1964, 364 : « ...le droit de superficie est une simple servitude ». Bull. stén. CN 1964, 365 : « Le droit de superficie ne doit plus être considéré comme une simple servitude, mais comme une institution comportant tout un complexe de droits et d'obligations ». Cette déclaration du rapporteur de langue française ne doit pas être considérée comme modifiant la nature juridique du droit de superficie, mais comme s'appliquant au rapport superficiaire. Il s'agit d'un manque de rigueur terminologique (Cf. pp. 107 ss.). L'art. 779 CCS n'est pas modifié par la loi sur le droit de superficie. Seul le titre marginal change.

² ATF 49 III 182. Cf. aussi : ATF 52 II 37, JT 1926 I 530; ATF 72 I 236, JT 1947 I 268; ATF 89 I 265 c. 11, JT 1964 I 203; ATF 90 I 253s. c. 2, JT 1965 I 514; ATF 92 I 546, JT 1968 I 177.

³ Curti-Forrer, 675, 7; 779, 1; Freimüller, p. 38; Friedrich, RSNRF 47 (1966), 194; Haab, 675, 2; Hitzig, Das Baurecht, p. 12; Leemann, 779, 1; Liver, ZBJV 94 (1958), 377; Mayr von Baldegg, p. 16; Meier-Hayoz, 675, 8; Ressel-Mentha, III, p. 66; Wieland, I, pp. 268 et 622.

Chapitre 2. *Le choix du législateur suisse*

Lorsque le législateur suisse a dû donner au droit de superficie sa place dans le système du CCS, lorsqu'il a dû le classer, lui attribuer sa nature juridique, il a choisi la forme de la servitude. Pourquoi a-t-il accordé sa préférence à ce droit réel restreint ? (Section 1.)

Pourquoi a-t-il maintenu cette solution lors de l'élaboration de la loi sur le droit de superficie ? (Section 2.)

Section 1. LES RAISONS DE CE CHOIX

Lors de l'élaboration du CCS, la solution française existait depuis une centaine d'années ; le BGB venait d'entrer en vigueur. Les autres codes avaient adopté pour le droit de superficie soit l'un, soit l'autre des systèmes. L'imitation d'une solution étrangère n'a donc pas été le moteur de la démarche du législateur. Il est bon de rappeler que le CCS est une œuvre originale qui a été très admirée, même par les juristes étrangers¹. Eugène Huber ne s'est pas borné à glaner les solutions ici et là. Il a repensé les divers problèmes. C'est un de ses principaux mérites.

§ 1. *La nature juridique de la servitude en droit suisse.*

§ 1. 1. *Généralités.*

Le législateur n'a pas expliqué la raison de son choix². Elle se trouve, pensons-nous, dans la nature même de la servitude. Le concept de servitude était-il tel qu'il englobait celui de droit de superficie ? Invitait-il en conséquence le droit de superficie à être des siens ? En d'autres termes, le concept de servitude est-il la cause de l'incorporation du droit de superficie ? Ou bien le légis-

¹ Joseph Kohler, *Eugen Huber und das Schweizer Zivilgesetzbuch*, dans Rhein. Z. 5 (1912), pp. 1ss.; Ernst Fuchs, *Schreibjustiz und Richterkönigtum*, Leipzig 1907, p. 72 ; *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, Karlsruhe 1909, p. 13 ; Max Rümelin, *Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns*, Tübingen 1908 ; *Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Civilgesetzbuch*, dans Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, vol. 25, Leipzig 1901, cahier 3, pp. 37ss., cahier 4, pp. 333ss. ; *Eugen Huber*, Tübingen 1923 ; Endemann, DNZ 1910, col. 20 ; Georg Cohn, *Der Vorentwurf des schweizerischen Civilgesetzbuches*, dans Z. vergl. R. 15 (1901), pp. 406ss.

² Freimüller, p. 38.

lateur a-t-il abordé le problème d'un autre côté, rassemblant un certain nombre d'institutions et cherchant une définition les recouvrant ? A-t-il fait une œuvre tout à fait originale en coupant tous les liens avec le passé ? En d'autres termes, le concept de servitude est-il le *résultat* de l'incorporation du droit de superficie ?

Afin de répondre à ces questions et de comprendre la nature juridique du droit de superficie, il est nécessaire de définir la nature juridique de la servitude.

§ 1. 2. *Méthode de travail.*

Le CCS ne définit pas la servitude, de même que de nombreuses autres institutions. Il définit, par contre, la servitude foncière¹, et décrit l'objet et le contenu de l'usufruit². L'art. 745 CCS peut être considéré comme une définition de l'usufruit³.

Le but de notre recherche nous permet de nous limiter à ces deux institutions, car elles seules étaient traditionnellement nommées servitudes. C'est en se basant exclusivement sur celles-ci que nous pouvons faire des comparaisons utiles. Nous cherchons, en effet, à savoir si le concept de servitude avant l'adoption du droit de superficie était le même qu'après l'adoption de ce droit. Le droit d'habitation n'est d'ailleurs qu'une catégorie spéciale d'usufruit⁴. Le droit à une source sur le fonds d'autrui⁵ a un contenu moins étendu que le droit de superficie, de même que les autres servitudes de l'art. 781 CCS qui se rapprochent beaucoup plus des servitudes foncières⁶. Mais, du moment qu'elles peuvent être cessibles, elles posent certains problèmes communs à ceux du droit de superficie.

§ 1. 3. *L'élargissement du concept de servitude dans le CCS.*

Le concept de servitude du CCS inclut les servitudes foncières et les servitudes personnelles. Ce faisant, il reprend, dans ses grandes lignes, celui du droit commun⁷, créé par le droit de Jus-

¹ Art. 730 al. 1 CCS.

² Art. 745 CCS.

³ Pour la définition de l'usufruit dans la doctrine, cf. notamment : Leemann, 745ss., 2; 745, 1; Rossel et Mentha, III, p. 25; Tuor-Schnyder, pp. 569s.; Wieland, I, pp. 526ss.

⁴ Leemann, 776, 7; Tuor-Schnyder, p. 575.

⁵ Art. 780 CCS.

⁶ Leemann, 781, 2.

⁷ Liver, Einl. 59.

tinien¹. Mais il ne l'imité pas servilement. Il l'élargit encore en abandonnant certaines conditions strictes.

Trois raisons principales ont incité le législateur à innover :

1. Certaines règles du droit commun, dont on trouve encore des traces dans les droits cantonaux antérieurs, n'étaient plus conciliables avec les conditions économiques de l'époque².
2. Conformément au développement contemporain de l'institution, l'atmosphère générale était très favorable à un concept plus large³, et par là plus abstrait.
3. Enfin, les leçons de l'expérience démontraient la viabilité du concept nouveau. Toute une série de droits cantonaux, soit par la législation, soit par la jurisprudence, avaient déjà adhéré au système plus libre, sans en éprouver de difficultés⁴.

Concluant qu'au moins pour certains d'entre eux il s'agissait plus de postulats théoriques que pratiques⁴, le législateur a abandonné les principes suivants du droit commun :

1. Le principe de l'« utilitas » (pour le fonds dominant)⁵.
2. Le principe de la « causa perpetua »⁶.
3. Le principe de la « vicinitas »⁷.
4. Dans une certaine mesure, le principe « servitus in faciendo consistere nequit »⁸.

Si l'énumération précédente se rapporte essentiellement aux servitudes foncières, d'autres innovations touchent l'ensemble des servitudes :

1. L'opposition entre servitudes foncières et servitudes personnelles acquiert une importance croissante⁹.

¹ Jörs-Kunkel-Wenger, p. 145; Rossel et Mentha, III, p. 8; Schön-Mitteis-Wenger, p. 325, rem. 1.

² Wieland, I, p. 475.

³ Mess. p. 71.

⁴ Mot. IV, p. 104.

⁵ Mot. IV, p. 103; Hitzig, Die Grunddienstbarkeit, pp. 362ss.; Leemann, 730-744, 2; Liver, 730-744, 8ss.; Wieland, I, pp. 475ss.

⁶ Leemann, 730-744, 2; Liver, 730, 112ss.; Wieland, I, p. 476.

⁷ Wieland, I, p. 476.

⁸ Leemann, 730-744, 2; Liver, 730, 154s.; Wieland, I, p. 476.

⁹ Wieland, I, p. 476.

2. Conséquence du principe de la liberté des contrats et contrairement au droit commun, le contenu des servitudes peut, dans une mesure compatible avec la définition légale, être fixé librement par les parties¹.
3. Certaines servitudes peuvent avoir comme titulaire une personne quelconque².

Ainsi, en raison de considérations pratiques surtout, le CCS présente un concept de servitude ayant un « caractère plus souple et plus mobile »³ que celui du droit commun, dont il conserve les éléments essentiels⁴.

§ 1. 4. La définition tirée du CCS.

Il y a deux méthodes pour définir la servitude à partir de la loi : une méthode externe et une méthode interne.

a) La méthode externe.

La méthode externe consiste à opposer la servitude aux autres institutions désignées par le CCS comme droits réels restreints pour mettre en évidence leurs différences.

Le CCS prévoit trois catégories de droits réels restreints qui grèvent une chose en faveur d'un tiers : les servitudes, les charges foncières et les gages. Il associe dans le même titre les charges foncières et les servitudes⁵, et les oppose aux gages qui se trouvent dans un autre titre. Les premières confèrent une action directe sur la chose d'autrui⁶, alors que les seconds ne frappent que la valeur de la chose et permettent d'exiger, pour obtenir le paiement d'une créance, qu'elle soit, par la vente, convertie en argent⁷. Les servitudes et les charges foncières, malgré leur

¹ Wieland, I, pp. 475a.

² *Mess.* p. 71; *Mot.* IV, pp. 102a.

³ Wieland, I, p. 475.

⁴ Notons que le concept de servitude a été adapté aux conditions nouvelles par l'intermédiaire de modifications apportées à ses deux composantes : les servitudes foncières et les servitudes personnelles.

⁵ « Bien que le CCS réunisse en un même titre les servitudes et les charges foncières, ces dernières n'apparaissent, si on les étudie attentivement, que comme un sous-genre des droits de gage » (Wieland, I, p. 472). Voir aussi : Leemann, 730-918, 13 gamma; Liver, Einl. 55.

⁶ Il ne faut pas donner à ces mots un sens trop littéral. Ils valent par leur contexte, en particulier par le caractère de droit à une valeur des droits de gage.

⁷ Leemann, 730-918, 6 b; Rossel et Mentha, III, pp. 5 s.

parenté, se distinguent par leur contenu. Les servitudes imposent une obligation négative (tolérer ou s'abstenir), alors que les charges foncières imposent une obligation de faire¹.

Ces brèves considérations conduisent à la conclusion que (*définition externe*) la servitude est un droit réel restreint qui grève *directement* son objet d'une *obligation négative*².

b) *La méthode interne.*

La méthode interne consiste à rechercher le dénominateur commun des éléments particuliers fondamentaux de chacune des institutions englobées par le concept général.

Le CCS définit la servitude foncière à l'art. 730 CCS. C'est un droit réel restreint grevant un immeuble en faveur d'un autre immeuble par l'imposition d'une tolérance ou d'une abstention de certains actes d'usage ou de certaines prérogatives inhérents à la propriété pendant une durée en principe illimitée. L'usufruit est un droit réel restreint grevant un meuble, un immeuble, un droit ou un patrimoine (art. 745 al. 1 CCS) en faveur d'un usufruitier (art. 745 al. 2 CCS) en lui accordant un droit de jouissance complet (art. 745 al. 2 CCS) pendant une durée limitée (art. 749 CCS).

Pour obtenir une définition interne satisfaisante, il ne suffit pas de faire une addition de ces éléments fondamentaux. Cela mènerait non seulement à un résultat artificiel, mais aussi à un résultat erroné. Il faut encore considérer la balance existant entre chaque élément de chaque institution, puis comparer le résultat des deux balances.

Il existe, en effet, dans la servitude foncière et l'usufruit une *balance*³ de certains éléments, afin que le propriétaire de l'immeuble grevé conserve un minimum de prérogatives. Les facteurs déterminants de cet équilibre sont : le contenu et la durée. Ils fonctionnent comme des vases communicants. Une certaine quantité d'eau est à disposition. On peut la répartir, mais le volume à disposition reste constant, afin de ménager suffisamment

¹ Pour plus de détails sur les distinctions entre ces droits, cf.: Leemann, 730-918, 6; 782-792, 7ss.; Liver, Einl. 5; Rosset et Mentha, III, pp. 5s.; Thor-Schnyder, pp. 547s.; Wieland, I, p. 472, pp. 647ss.

² Cette définition vaut aussi pour le droit positif du CCS (sans les restrictions de raisonnement), donc pour le concept englobant toutes les servitudes prévues par le CCS.

³ Leemann, 730, 3; 745-781, 2; 749, 1; 781, 2 et 29; Liver, 730, 6ss.; Rosset et Mentha, III, p. 7.

d'espace à une certaine quantité d'air, représentant ici la propriété.

Voici l'équilibre pour les servitudes foncières et l'usufruit :

	Contenu	Durée
<i>Servitudes foncières</i>	Souffrir certains actes d'usage ou s'abstenir d'exercer certains droits de la propriété (art. 730 CCS). Leemann, 730, 3; Liver, 730, 6a.	Illimitée. Liver, 730, 8.
<i>Usufruit</i>	Droit de jouissance complet (art. 745 CCS). Leemann, 745, 1.	Personne physique : vie (art. 749 CCS). Personne morale : 100 ans. Leemann, 749, 1; Liver, 730, 8.

Le contenu est en rapport inversément proportionnel à la durée. L'un des deux éléments doit être limité. Ils peuvent, bien entendu, l'être tous les deux ce qui sera d'ailleurs rare.

Vu les éléments de la servitude foncière et de l'usufruit et leur balance (*définition interne*), la servitude est un droit réel restreint qui, selon sa durée, accorde un droit de jouissance ou d'usage complet ou incomplet à une personne ou un immeuble sur un meuble, un immeuble, un droit ou un patrimoine.

c) *Les définitions de la doctrine.*

Peu d'auteurs prêtent leur attention à la notion même de servitude et cherchent à en donner une définition satisfaisante¹. Seul Liver consacre une partie spéciale aux servitudes en général². Il en donne la définition suivante :

La servitude est la « beschränkte unmittelbare Sachherrschaft, welche in einem Benutzungsrecht³ besteht »⁴.

Il ne précise pas la nature de la personne du bénéficiaire :

¹ Rossel et Mentha, III, pp. 5s.; Wieland, I, p. 472.

² Liver, Einl. 56-165.

³ Neuenschwander, p. 2.

⁴ Voir aussi la définition de Pfister, p. 325 : « Dienstbarkeiten sind dingliche Rechte zu umfänglich beschränkter Nutzung einer unbeweglichen Sache ». En réalité, les servitudes peuvent porter sur autre chose que des choses immobilières (art. 745 CCS). Eggen, SJZ 1962, 242 : « ...Pflicht zum Dulden oder Unterlassen von Befugnissen, die auf Grund des Eigentums zulässig wären ». « Die Dienstbarkeit beschränkt das Benutzungsrecht des Eigentümers des belasteten Grundstückes. »

« ... die Sache einer anderen Person als dem Eigentümer dienstbar gemacht ist »¹. Il ne relève que l'action directe et le contenu, se rapprochant ainsi beaucoup plus de notre définition externe que de notre définition interne.

d) *Le choix d'une définition.*

On pourrait s'attendre à ce que les deux méthodes mènent à un résultat commun, à une définition identique concordant avec celle de la doctrine. Il n'en est rien. Sans s'opposer, elles ne convergent pas. Certes, elles se recouvrent parfois, mais cette coïncidence est rare. L'esprit humain est loin d'être parfait, et quand il essaie d'établir des institutions destinées à répondre à tous les besoins, il y a de fortes chances pour que son œuvre contienne des lacunes. La définition interne refuse d'en tenir compte. Elle présume en quelque sorte la perfection de son énumération. La définition externe laisse une place pour le « *dens incognitus* ». Elle permet en tout temps le comblement de la lacune. Elle est plus large, plus souple, plus pratique, plus favorable à une bonne systématisation. Mais nous ne pouvons l'adopter, car elle rompt complètement avec le système romain. Telle n'a pas été la volonté du législateur qui a plutôt travaillé avec la méthode interne pour rester dans le cadre traditionnel.

§ 1. 5. *Les définitions étrangères.*

Le concept de servitude des codifications étrangères est-il si éloigné du nôtre qu'il nécessite une classification différente du droit de superficie ?

A. *Allemagne.*

A. a. *Systématique.* — En matière de droits réels immobiliers, les catégories du CCS se retrouvent : servitudes (§§ 1018-1093 BGB), charges foncières (§§ 1105-1112 BGB), gages (§§ 1113-1203 BGB). Le BGB traite spécialement le droit de préemption (§§ 1094-1104 BGB). Il sépare les servitudes des charges foncières et oppose moins fortement les gages aux autres droits réels restreints.

A. b. *Définition.* — Le BGB ne définit pas le concept de servitude. Du code et des commentaires de la doctrine, il ressort que

¹ Liver, Einl. 56.

la servitude consiste essentiellement à accorder une jouissance d'une chose¹.

B. Autriche.

B. a. *Systématique.* — L'ABGB connaît deux catégories de droits réels restreints : les servitudes et les gages. Les charges foncières ne sont pas traitées dans un chapitre spécial, elles n'existent pratiquement pas². Cette systématique très simple appelle des définitions larges.

B. h. *Définition.* — L'ABGB consacre un article à la définition de la servitude³ ; la définition de la doctrine est semblable à la définition allemande⁴.

Il résulte de ces considérations qu'en droit allemand, quoiqu'un peu plus conservateur, et en droit autrichien, le concept de servitude n'est pas fondamentalement différent de celui du droit suisse. Il est par conséquent possible de leur appliquer, « mutatis mutandis », le raisonnement que nous allons tenir pour le droit suisse. Les différences quant au résultat, quant à la nature juridique du droit de superficie, ne sont pas dus à des raisons fondamentales de dogmatique.

C. France.

Par contre, le système français suit une voie propre. Le Code civil définit la servitude (art. 636 CCfr.)⁵, mais il en fait une institution tout à fait particulière. Il la limite aux servitudes

¹ Mot. BGB III, p. 475; BGB-RGRK, §§ 1018ss., Vorb.; Ermann, II, p. 280; Plauck, p. 300 : « ...dingliches Recht an einer fremden Sache..., kraft dessen dem Berechtigten der Gebrauch der Sache in gewissen Beziehungen zustehe »; Soergel-Siebert, §§ 1018ss., Vorb. 1ss.; Staudinger, Dienstbarkeiten, Einl. 2. Caractère commun de toutes les servitudes : droit réel sur une chose appartenant à autrui en vertu duquel le propriétaire est limité en faveur du bénéficiaire dans l'emploi de ses prérogatives provenant du droit de propriété. Pour la tendance plus conservatrice du BGB dans la conservation des principes romains : Plauck, p. 300; Staudinger, Dienstbarkeiten, Einl. 1.

² Klang, II, pp. 614ss.

³ § 472 ABGB : « Le droit de servitude oblige un propriétaire à tolérer ou à abandonner quelque chose au profit d'un tiers » (trad.).

⁴ Klang, II, p. 549 : « Dienstbarkeit (Servitut) ist das dingliche Recht der Nutzung einer fremden Sache ». L'ABGB distingue ensuite les différentes catégories de servitudes (§§ 473-479 ABGB). Puis seulement viennent les dispositions particulières.

⁵ Art. 637 CCfr. : « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ».

fonciers, dont le droit de superficie ne peut faire partie exclusivement¹.

§ 2. *Le droit de superficie peut-il être incorporé dans le concept de servitude ?*

Etant donnée la définition interne de la servitude, est-il possible de faire entrer dans ce concept le droit de superficie du CCS ?

§ 2. 1. *Les différentes voies d'incorporation du droit de superficie dans le concept de servitude.*

Le droit de superficie peut ou doit être considéré comme une servitude dans deux hypothèses².

- a) Il possède tous les caractères essentiels d'une servitude foncière ou d'un usufruit. Il est un type de servitude foncière ou d'usufruit, comme l'est le droit d'habitation. Par voie de conséquence, il est aussi une servitude.
- b) Il ne possède que des caractères provenant soit des servitudes foncières, soit de l'usufruit. Il n'a aucun élément étranger. En outre, il ne porte pas plus atteinte au minimum de prérogatives qui doivent rester au propriétaire foncier de l'immeuble grevé que la servitude foncière ou l'usufruit. C'est un être hybride dans le cadre de ces deux institutions.

§ 2. 2. *Première hypothèse.*

Il est évident que par nature le droit de superficie n'est pas une servitude foncière³. Il peut être attribué à une personne quelconque, sans relation avec un fonds. De même, le droit de superficie n'est pas, par nature, un usufruit. Il est aliénable, ne peut porter que sur des immeubles. Il ne remplit donc pas les conditions de la première hypothèse.

¹ Jörs-Kunkel-Wenger, p. 145; Joasserand, no. 1965.

² Il y aurait une troisième hypothèse si l'on raisonnait dans le cadre de la définition externe, celle où le droit de superficie, en plus de certains caractères des servitudes foncières et de l'usufruit, posséderait un ou plusieurs caractères étrangers à ces deux institutions. Selon la définition interne, le droit de superficie ne serait pas une servitude. Selon la définition externe, il pourrait en faire partie.

³ Par contre, il peut répondre aux conditions de la servitude foncière dans certaines circonstances particulières. Cf. p. 93.

§ 2. 3. Deuxième hypothèse.

Le droit de superficie est constitué de certains éléments qui, pris individuellement, sont communs soit avec les servitudes foncières, soit avec l'usufruit. Par exemple, comme pour la servitude foncière, et dans certains cas pour l'usufruit, l'objet du droit de superficie est un immeuble. La question de la balance, et celle de l'aliénabilité prêtent à discussion.

a) La balance des éléments constitutifs du droit de superficie.

Pour déterminer si le droit de superficie respecte la balance établie par le CCS pour les servitudes foncières et les usufruits, il est nécessaire de faire un peu de casuistique. En effet, plusieurs situations existent. Le droit de superficie peut prendre plusieurs formes et, aujourd'hui encore, il peut être régi par le droit antérieur à l'entrée en vigueur de la loi sur le droit de superficie¹. Voici les divers cas concevables :

	Droit de superficie	
	actuel	antérieur à la loi sur le droit de superficie
Droit de superficie = servitude foncière	1	2
Droit de superficie = servitude personnelle (art. 781 CCS).	3	4
Droit de superficie = droit distinct et permanent immatriculé au registre foncier	5	6

Cas 1 et 2. — Le droit de superficie a la nature d'une servitude foncière. L'équilibre entre le contenu et la durée est respecté puisqu'un tel droit ne peut avoir que le contenu des servitudes foncières précisé à l'art. 730 CCS².

Cas 3 et 4. — Le droit de superficie a la nature d'une servitude personnelle de l'art. 781 CCS. Pour la même raison que précédemment, l'équilibre est respecté².

¹ Il s'agit des droits de superficie constitués avant l'entrée en vigueur de la loi sur le droit de superficie.

² Cf. p. 93.

Cas 5. — Le droit de superficie est un droit distinct et permanent dont la durée ne peut excéder 99 ans (art. 779 I CCS). La limitation de la durée équilibre la balance¹.

Cas 6. — Le droit de superficie est un droit distinct et permanent dont la durée peut être illimitée². Un tel droit est-il encore une servitude selon la définition interne ? Cela dépend de la qualification de l'étendue du contenu du droit de superficie. Si le contenu du droit de superficie est plus large que celui de la servitude foncière, il n'est pas une servitude, alors que s'il rentre dans le cadre de celui de la servitude foncière, il en est une automatiquement.

Il est évident que de nombreux droits de superficie distincts et permanents immatriculés au registre foncier rentrent dans le cadre des servitudes foncières. Qu'en est-il des cas extrêmes, notamment de celui où la surface entière de l'immeuble grevé est affectée à la construction ? — Cette question en appelle une autre en guise de réponse. Quelle différence y a-t-il entre le contenu d'un tel droit et une interdiction absolue de bâtir (qui peut être le contenu d'une servitude foncière) relativement aux prérogatives de la propriété ? On pourrait aisément soutenir qu'il n'y en a pas, et même aller plus loin en affirmant que l'interdiction de construire vide plus le droit de propriété de sa substance que le droit de superficie. D'une part, dans le premier cas, il y a paralysie des prérogatives de la propriété, alors que dans le second, il y a plutôt transfert ; d'autre part, dans le second, le propriétaire reçoit sans aucun doute une contre-valeur économique plus substantielle que dans le premier.

Nous ne nous arrêtons pas à cette question plus longtemps, nous bornant à constater que le droit positif met fin à toute controverse, et que le législateur et la doctrine récente ont tendance à considérer le contenu du droit de superficie comme étant plus large que celui des servitudes foncières³.

b) *L'aliénabilité et la transmissibilité par succession.*

Selon l'art. 779 al. 2 CCS, le droit de superficie est cessible et passe aux héritiers. L'usufruit, par contre, est inaliénable (art.

¹ ATF 92 I 547s., JT 1968 I 177s.

² C'est du moins l'opinion de la doctrine dominante dans l'ancien droit. Pour une opinion contraire, cf. Leemann, 779, 45.

³ Mess. P-LDS (FF 1963 I 1013); *Léves*, 730, 15.

758 al. 1 CCS) et s'éteint par la mort de l'usufruitier (art. 749 al. 1 CCS). Quant aux servitudes foncières, elles sont établies « en faveur d'un autre immeuble » (art. 730 al. 1 CCS). Quelle est la raison de ces réglementations diverses et leurs effets ?

L'usufruit provient du droit des successions¹. Il est destiné à protéger les intérêts de la famille comme un tout et ceux de ses membres. Il ne doit profiter qu'à une personne déterminée², en qui une grande confiance est mise³. Le fait que l'usufruitier pourrait aliéner tout ou partie de son droit irait directement à l'encontre de cette idée directrice. L'art. 758 CCS est en étroit rapport avec l'art. 749 CCS : la limitation de l'usufruit à la durée de la vie de l'usufruitier ne se conçoit pas sans son inaliénabilité⁴. Le droit comparé nous apprend que si les droits cantonaux, les droits allemand (§ 1059 BGB), autrichien (§ 507 ABGB) et italien (§ 492 CCit.) ont adopté une solution semblable à la nôtre, il n'en va pas de même du droit français qui s'est prononcé en faveur de la cessibilité de l'usufruit (art. 595 CCfr.). Et l'unanimité n'a pas régné en Allemagne lorsque le législateur a dû se prononcer à ce sujet. En effet, le projet I du BGB contenait en son § 1011 la clause suivante : « L'usufruit peut être aliéné et grevé » (trad.)⁴. La pratique du droit commun considérait l'usufruit comme aliénable⁵.

Wieland envisage un cas où, par exception, l'usufruit serait cessible. C'est celui de la communauté universelle (art. 215 CCS)⁵. L'usufruitier a, en outre, la faculté d'aliéner l'exercice de son droit. Ainsi, en fait sinon en droit, le bénéficiaire peut être une personne indéterminée. Lorsqu'une société est usufruitier, les membres sont en général des personnes indéterminées⁶. Il résulte de ces considérations que le principe de l'inaliénabilité de l'usufruit n'est pas universellement reconnu, que les raisons de son introduction dans le CCS n'ont rien de dogmatique, mais qu'elles sont d'opportunité extérieure à la systématique.

¹ Von Blume, p. 286.

² Von Blume, p. 285.

³ Leemann, 758, I.

⁴ Von Blume, p. 321.

⁵ Wieland, I, p. 557; mais il est le seul de son opinion. Contra : C. Droin, *Les effets généraux du mariage et le régime matrimonial*, Genève-Paris 1916, pp. 612ss.; A. Egger, *Das Familienrecht*, Zurich 1936, 215, 6; Max Gmür, *Familienrecht*, Berne 1923, 215, 7a; Paul Lemp, *Das Familienrecht*, Berne 1963, 215, 14 ss.

⁶ Friedrich, *Zum Inhalte der Nutzungsdienstbarkeiten*, p. 45.

Le transfert de la servitude foncière nécessite celui du fonds dominant. Aussi, est-elle aliénable sous condition. Cependant, le propriétaire du fonds n'est déterminé que par sa propriété. Il n'est pas titulaire « intuitu personae » de la servitude foncière et peut changer aussi souvent que cela est concevable pratiquement. Ainsi il n'y a pas un lien étroit entre un titulaire déterminé et le fonds servant. Rappelons de plus que la condition d'« utilitas » a été abandonnée par le législateur suisse¹. Au lieu d'un rapport entre intérêts de fonds seulement, on peut avoir un rapport entre intérêt d'une personne et intérêt d'un fonds. La personne peut changer, la servitude foncière restera, même si elle n'est plus d'aucun intérêt pour le nouveau titulaire². Mais la servitude foncière s'est personnalisée. Et, en fait, un intérêt personnel, représenté par une servitude foncière, peut être transféré à la condition que cela se fasse avec l'immeuble servant.

Ainsi, les règles relatives à l'aliénabilité ou l'inaliénabilité des servitudes appartiennent en propre à chaque institution particulière. Il ne s'agit pas d'un principe fondamental des servitudes. Elles ne sont pas déterminantes pour la systématique du CCS. En conséquence, elles ne doivent pas être prises en considération pour les questions d'assimilation du droit de superficie aux servitudes.

§ 3. Conclusion.

Selon la définition interne, et à plus forte raison selon la définition externe, le droit de superficie fait partie des servitudes. Le concept suisse de la servitude est la cause de l'incorporation du droit de superficie dans cette catégorie.

La définition de la servitude dans certains droits étrangers, notamment en Allemagne et en Autriche, ne fait pas obstacle non plus à l'incorporation du droit de superficie. Il faut chercher ailleurs les raisons de la solution différente, notamment dans la forme particulière du droit de superficie dans ces pays.

¹ Cf. p. 78.

² Sauf procédure de l'art. 736 CCS.

§ 4. *Les conséquences de la nature juridique du droit de superficie*¹.

La nature juridique du droit de superficie du CCS a deux conséquences principales :

- a) Le droit de superficie n'a jamais la nature d'un droit de propriété. Le droit suisse ne connaît pas une division de la propriété en domaine éminent et en domaine utile². Chaque répartition des droits sur une chose ne peut se faire qu'an moyen de droits réels restreints grevant un droit de propriété, droit de domination le plus absolu. La domination procurée par le droit réel restreint se distingue de celle procurée par la propriété non seulement quantitativement, mais encore qualitativement³. Le droit de superficie n'a non plus jamais la nature d'un autre droit réel restreint (charge foncière ou gage), ni d'un droit réel restreint « sui generis »⁴.
- b) Le droit de superficie est soumis aux principes régissant le droit des servitudes. Il a les caractéristiques des servitudes. Son contenu, en particulier, doit obéir à ces règles tout à fait générales.

Sur un plan plus technique, le droit de superficie est régi par les art. 675 et 779 ss. CCS, mais aussi par les dispositions concernant les servitudes foncières qui jouent le rôle de partie générale du droit des servitudes⁵. Le législateur a souvent recouru à ce système dans le CCS. Donc, du droit des servitudes foncières doivent être tirées les règles nécessaires à compléter le droit de superficie⁶. Elles sont souvent de la plus grande utilité pour son interprétation.

Section 2. LE MAINTIEN DU CHOIX

Dans les travaux préparatoires à la loi sur le droit de superficie, le législateur ne s'explique pas sur le maintien de la nature juridique du droit de superficie. Mais les raisons se déduisent aisément des circonstances.

¹ Freimüller, pp. 40ss.

² Liver, Einl. 8; Meier-Hayoz, ST, 200; 646-654, 9.

³ Liver, Einl. 4 et 8s.

⁴ ATF 49 III 182s.; ATF 52 II 37ss.; Liver, Einl. 12.

⁵ Liver, 730-744, 18.

⁶ Liver, 730-744, 19.

Le but même de la revision du droit de superficie n'était pas de bouleverser le CCS, mais de l'améliorer. On ne recherchait pas à le refondre, mais à l'adapter aux besoins. Par conséquent, il n'était pas de la mission du législateur d'introduire une nouvelle catégorie de droits réels, ou de modifier la systématique du CCS. Cela ressort de tous les travaux, même des plus anciens, de ceux qui ont donné l'impulsion au mouvement. Les postulats Affolter et Freimüller demandent que les dispositions du CCS soient complétées, et non modifiées. *Compléter*, et non *modifier*, telle était la tâche du législateur¹. De plus, le système du CCS ne s'était pas montré incommode en cette matière.

Section 3. LA PLACE DU DROIT DE SUPERFICIE DANS LA SYSTEMATIQUE DES SERVITUDES

Les art. 779 ss. CCS font partie du chapitre 2 du titre 21 du CCS. Ils sont donc rattachés à ce que notre Code appelle les « autres servitudes ». D'autres solutions s'offraient au législateur :

- Rattacher le droit de superficie aux servitudes foncières.
- Rattacher le droit de superficie aux usufruits.
- Faire du droit de superficie une catégorie spéciale dans le cadre des servitudes.

1. Rattachement aux servitudes foncières.

Certes, le droit de superficie a plus de points communs avec les servitudes foncières qu'avec les usufruits². Pourtant son bénéficiaire est une personne quelconque, sa durée est limitée et l'étendue de son contenu prête à discussion³.

2. Rattachement aux usufruits.

Le droit de superficie est, en général, accordé à une personne. Mais il est aliénable et transmissible par succession. Le superficiaire a un droit de propriété sur la construction et un droit d'usage sur le fonds.

¹ Voir notamment : Commentaire Liver AP-LDS, p. 12; Bull, stén. CN 1964, 364 : « ...combler des lacunes... ». Eggen, RSNRF 46 (1965), 271 : « ...Art. 675 und 779 ZGB nicht geändert, sondern ergänzt wurde ».

² Friedrich, *Zum Inhalte der Nutzungsdienstbarkeiten*, p. 43.

³ Cf. pp. 85s.

C'est avec raison que le législateur a rejeté ces deux possibilités. Il en a choisi une troisième qui, au premier abord, semble être identique au rattachement aux usufruits.

3. Solution du CCS¹.

Les servitudes sont traditionnellement divisées en servitudes foncières et en servitudes personnelles². Leur contenu n'est pas pris en considération³. Il en résulte que le droit de superficie s'apparente aux servitudes personnelles.

Mais le droit de superficie n'est pas un usufruit. Ainsi, le chapitre 2 n'est pas consacré à l'usufruit principalement, mais aux « autres servitudes », terme par lequel il faut entendre servitudes personnelles par opposition aux servitudes foncières. Cette conception est traditionaliste³.

4. Catégorie spéciale dans le cadre des servitudes.

Le droit de superficie est une servitude, mais il n'est ni une servitude foncière, ni un usufruit. Pourquoi ne pas en faire une catégorie spéciale dans le cadre des servitudes ? Cela serait conforme à la classification traditionnelle, et mettrait l'accent sur les deux groupes de servitudes personnelles : les servitudes personnelles régulières et les servitudes personnelles irrégulières. En effet, il faudrait placer, dans le même chapitre, le droit de superficie, le droit à une source sur le fonds d'autrui (art. 780 CCS), voire les « autres servitudes » de l'art. 781 CCS, vu qu'elles peuvent être aliénables et transmissibles par succession. L'argument esthétique qui s'opposait à cette solution au début du siècle n'existe plus aujourd'hui. En effet, les trois chapitres auraient un nombre d'articles à peu près égal. Cette division tripartite aurait l'avantage de faire ressortir aussi bien les traits communs que les traits propres à chaque catégorie.

Chapitre 3. *La servitude de superficie*

Comme cela ressort de l'art. 779 CCS, tous les droits de superficie n'ont pas exactement les mêmes caractères. Ils peuvent être

¹ Friedrich, *Zum Inhalte der Nutzungsdienstbarkeiten*, p. 39; Liver, *Einkl.* 60; Rossel et Mentha, III, p. 7; Wieland, I, p. 474a.

² Friedrich, *Zum Inhalte der Nutzungsdienstbarkeiten*, p. 39.

³ Pfister, p. 326.

distincts sans être permanents, ou distincts et permanents; ils peuvent ne pas être distincts tout en étant permanents, ou n'être ni distincts, ni permanents.

Selon l'art. 7 al. 2 ch. 1 ORF, un droit est distinct quand il n'est établi ni en faveur d'un fonds dominant, ni exclusivement en faveur d'une personne déterminée. L'art. 7 al. 2 ch. 2 ORF précise qu'un droit est permanent lorsqu'il est établi pour plus de trente ans.

Section 1. LE DROIT DE SUPERFICIE DISTINCT

L'art. 779 al. 2 CCS dit que, sauf convention contraire, le droit de superficie est cessible et passe aux héritiers. Le droit de superficie est donc distinct de par la loi. Pour faire une exception à cette règle, il faut une convention particulière, et la suppression du caractère distinct doit toujours ressortir clairement au registre foncier¹. Ce système est l'opposé de celui de l'art. 781 al. 2 CCS.

Le transfert de ce droit, de même que sa mise en gage, est régi par les dispositions concernant la cession et la mise en gage des créances et autres droits². La nature de ce droit distinct dépend essentiellement de l'accord des volontés des parties.

Section 2. LE DROIT DE SUPERFICIE DISTINCT ET PERMANENT

L'art. 779 al. 3 CCS prévoit un traitement spécial pour le droit de superficie distinct et permanent: il peut être immatriculé au registre foncier. Le droit de superficie distinct et permanent peut donc recevoir un feuillet et un numéro spéciaux dans le grand livre. Ce feuillet a la même forme que les feuillets de propriété. Il doit être intitulé « droit de superficie » et porter le numéro de l'immeuble grevé (art. 9 ORF). Le superficiaire peut faire immatriculer son droit de superficie avec d'autres immeubles lui appartenant dans un seul et même feuillet (collectif) (art. 947 CCS). Bien entendu, le droit de superficie doit aussi être inscrit au feuillet de l'immeuble grevé. C'est ainsi que persiste sa nature de servitude.

¹ Liver, ZBJV, 94 (1958), 388.

² Guhl, pp. 58 et 92; Homberger, 943, 18; Leemann, 779, 48; Tobler, pp. 58 ss.

L'immatriculation au registre foncier a pour effet que le droit de superficie distinct et permanent est soumis au droit de la propriété foncière. Il est susceptible d'être aliéné, grevé de gages, de servitudes et de charges foncières comme n'importe quel autre immeuble.

Le feuillet spécial est établi sur la demande du superficiaire qui est seul maître de sa décision. Le consentement du propriétaire foncier n'est pas nécessaire. L'immatriculation dans un feuillet spécial n'a pas besoin d'être effectuée immédiatement. Il suffit qu'elle précède les actes d'aliénation ou de constitution du gage.

L'immatriculation au registre foncier n'est pas obligatoire. C'est une faculté du superficiaire¹. Il existe des droits de superficie distincts et permanents qui n'ont pas de feuillet au registre foncier. Ces droits sont alors assimilés pour leur réglementation aux droits de superficie distincts, notamment quant à leur aliénation qui doit obéir aux formes de la cession de créances.

Le droit de superficie apparaît le plus fréquemment en pratique sous la forme d'un droit distinct et permanent immatriculé au registre foncier en raison des avantages procurés par sa nature d'immeuble.

Section 3. LE DROIT DE SUPERFICIE NON DISTINCT

Le droit de superficie non distinct s'oppose au droit de superficie distinct quant à la personne du superficiaire :

- a) Le superficiaire est le propriétaire actuel d'un fonds. Le droit de superficie a l'aspect d'une servitude foncière ; les dispositions relatives aux servitudes foncières lui sont applicables.
- b) Le superficiaire est une personne désignée exclusivement. Le droit de superficie a l'aspect d'une servitude personnelle selon l'art. 781 CCS dont les dispositions lui sont applicables.

Dans les deux cas, le droit de superficie peut être permanent ou temporaire.

Le droit de superficie non distinct est une particularité du droit suisse et ne se conçoit pas dans les droits étrangers. Il est surtout utilisé pour régler des rapports de voisinage, ou pour ériger des constructions de peu de valeur.

¹ Guhl, p. 91; Homberger, 943, 13; Leemann, 779, 31.

Chapitre 4. *La nature juridique du droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier*

La conception de la doctrine se rapportant à la nature juridique du droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier au sens de l'art. 655 CCS est en contradiction évidente avec le texte simple et clair de la loi.

Certes, personne ne conteste que le droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier soit soumis aux dispositions sur la propriété foncière. Mais la doctrine s'éloigne de la loi lorsqu'elle tente d'expliquer la raison de cette assimilation ou, en d'autres termes, la nature juridique du droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier.

Selon la lettre de l'art. 655 CCS, le droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier est soumis aux règles sur la propriété foncière parce qu'il est un immeuble. Selon la doctrine, il leur est soumis non pas parce qu'il est un immeuble, il n'en est pas un, mais parce que la loi le veut expressément ainsi. Dans la première conception, le droit de superficie est un immeuble, dans la seconde, il ne l'est pas.

Section 1. LA CONCEPTION DE LA DOCTRINE¹

Le droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier n'est pas un immeuble. Il est et restera toujours une servitude. L'immeuble est quelque chose de matériel, or le droit de superficie, même distinct et permanent immatriculé au registre foncier, est un droit, donc quelque chose d'immatériel. L'assimilation complète à un immeuble est impossible.

L'art. 655 CCS délimite le domaine d'application des règles touchant la propriété foncière, telles qu'elles sont contenues dans les articles suivants. Voici son sens : les prescriptions traitant de la propriété foncière ne sont pas seulement applicables à la propriété sur les biens-fonds, mais aussi à d'autres droits réels, distincts et permanents, au droit de superficie en particulier, pour autant qu'ils aient été immatriculés au registre foncier. La teneur de cet article n'est qu'une comparaison, qu'une image. « L'art. 655

¹ Christen, pp. 32ss.; Curti-Forrer, 655, 4; Freimüller, pp. 104ss.; Guhl, pp. 93ss.; Haab, Einl. 40; Huber, *Zum schweizerischen Sachenrecht*, pp. 11ss.; Leemann, 779, 3; Mayr von Baldegg, p. 44; Meier-Hayoz, 655, 5; Pilet, p. 57; Thor-Schuyder, p. 467.

cherche à délimiter la sphère d'application des règles concernant la propriété foncière, et à créer en outre une terminologie unique pour tous les objets soumis à ces dispositions »¹.

L'examen des travaux préparatoires du CCS apporte un argument de poids en faveur de cette théorie. Si l'art. 773 AP n'est pas très différent de l'art. 779 CCS, l'art. 770 P exprime clairement la volonté du législateur : « Il sera inscrit comme servitude grevant le fonds assujéti ; il pourra, en outre, être immatriculé séparément comme immeuble, et sera régi dans ce cas par les dispositions applicables à la propriété foncière et au gage immobilier ». Donc le droit de superficie est et restera toujours une servitude. Cependant, il pourra être immatriculé au registre foncier et, de ce fait, sera soumis aux règles sur la propriété foncière.

Le CCS est rédigé d'une manière concise, imagée, malheureuse, puisqu'elle prête à confusion. Il laisse croire que, par une fiction juridique, la loi accorde à certains droits la qualité de chose immobilière. Cela est impossible, car cela ferait renaître la terminologie juridique du Moyen Age, suivant laquelle certains droits font partie des choses immobilières².

Le § 781 du projet I du BGB est clair lui aussi : « Les choses immobilières sont les biens-fonds. Les règles relatives aux biens-fonds sont applicables par analogie aux droits susceptibles d'être portés dans un feuillet spécial du registre foncier » (trad.).

Section 2. LA LETTRE DU CCS

La théorie que nous proposons n'est pas subtile ou compliquée. Elle se contente de donner à la lettre de la loi son sens évident et ne recourt ni à l'interprétation, ni à des notions plus ou moins innées. Elle repose essentiellement sur deux articles :

Art. 779 al. 3 CCS : « ... elle peut être immatriculée comme immeuble au registre foncier ».

Art. 655 al. 2 CCS : « Sont immeubles dans le sens de la présente loi :

2. les droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier ; »

¹ Wieland, I, p. 130; voir aussi pp. 130ss.

² Wieland, I, pp. 130ss.

Elle est très simple à exposer : le droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier est soumis aux règles sur la propriété foncière parce qu'il est un immeuble.

Section 3. CRITIQUE DE LA THEORIE DE LA DOCTRINE

Les arguments de la doctrine ne résistent pas à l'examen. Son interprétation n'est pas naturelle. Alors que la démarche logique consiste à ne pas interpréter la loi sans nécessité, et dans tous les cas à rester le plus près possible du texte légal, sa conception s'en écarte délibérément.

Il n'est pas contesté que le droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier est une servitude. Mais c'est une servitude qui remplit également les conditions légales pour entrer dans la catégorie des immeubles.

L'argument tiré des travaux préparatoires du CCS peut facilement être retourné du fait que le texte du projet du CCS a été modifié. Le texte du projet I du BGB est clair, puisqu'il parle de biens-fonds et non d'immeubles. Quant au retour aux fictions juridiques du Moyen Age¹, il ne faut pas dramatiser. En effet, les immeubles sont à distinguer des choses immobilières, et nous admettons que le CCS n'a jamais voulu faire de droits des choses immobilières².

Nous réfutons également la distinction faite entre immeuble sur le plan du CCS et immeuble sur le plan du registre foncier. L'ordonnance sur le registre foncier ne fait qu'expliquer les art. 655 et 943 CCS. Elle précise que les biens énumérés à l'art. 655 CCS n'ont pas nécessairement à être immatriculés comme immeubles au registre foncier. Ils peuvent l'être (art. 7 al. 1, 8 al. 1, 10 al. 1 ORF). L'art. 10 a ORF ne fait pas exception. Il signifie simplement que les parts de copropriété sur des immeubles peuvent être immatriculées comme immeubles, mis à part deux cas où elles doivent l'être :

- a) si la clarté et la précision des inscriptions l'exigent,
- b) si ces parts sont constituées en propriété par étages.

Il n'en reste pas moins que seuls les biens immatriculés au registre foncier sont des immeubles. Quant à l'art. 943 CCS, il

¹ Wieland, I, p. 130.

² Voir pp. 163ss.

est impératif dans le sens que tous les biens énumérés doivent être immatriculés au registre foncier si la loi ou leurs titulaires l'exigent.

Si le droit de superficie se voit mentionné spécialement dans certaines lois, notamment cantonales, ce n'est pas parce que les droits de superficie distincts et permanents immatriculés au registre foncier ne sont pas des immeubles, mais parce que tous les droits de superficie ne sont pas distincts et permanents et immatriculés au registre foncier.

Nous pensons qu'en définitive la conception de la doctrine repose sur une confusion terminologique que le texte légal évite. Les mots sont les outils premiers du droit. Mais il ne suffit pas de disposer de bons outils, il faut encore savoir les utiliser, connaître le sens exact des mots. La précision du vocabulaire est une condition essentielle d'un droit cohérent, et, partant, d'une bonne justice. « Beaucoup de termes sont empruntés au langage courant, mais revêtent, en droit, une signification particulière, soit que le droit emprunte au langage courant, soit que le langage vulgaire généralise un terme du langage juridique. C'est ainsi que le mot « succession » du langage courant a, dans la terminologie juridique, un sens très précis. Le mot « patrimoine » a, en droit, une acception étroite que le langage commun a reprise. De même, l'expression « domicile », les mots « meubles » et « immeubles »¹.

Souvent, les auteurs assimilent les immeubles aux choses immobilières². Ils ne résistent pas à l'influence considérable qu'exercent sur eux les pratiques du langage courant. Il en résulte la confusion. Tuor résume clairement cette situation : « Le mot immeuble (Grundstück) est synonyme dans le CC de chose immobilière »³. Le législateur lui-même a eu quelques hésitations. Si les versions françaises des travaux préparatoires du CCS correspondent au texte de l'art. 655 CCS, les versions allemandes ont subi des modifications importantes. L'art. 649 P (version allemande) est identique à l'art. 649 P (version française). Mais la commission du Conseil national⁴ fit une proposition qui fut adoptée : « La propriété foncière est la propriété sur les choses immobilières. Les choses immobilières, les immeubles au sens de la

¹ Jean Brethe de la Cressaye et Marcel Lahorde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris 1947, pp. 142s.

² Curti-Forrer, 655, 2; Meier-Hayoz, ST, 95; Wieland, I, p. 130.

³ Tuor (traduction Deschenaux, Zurich 1950), p. 457.

⁴ Bull. stén. CN 1906, p. 525. Voir aussi : Bull. stén. CN 1906, p. 1258.

présente loi, sont : ... » (trad.). La commission de rédaction ne garda pas ce texte. Elle lui préféra une version similaire à celle du projet qui traduit exactement l'art. 655 CCS (texte français). Elle changea le sens de la disposition, en faisant un bel effort de rigueur terminologique. Mais cela ne suffit pas à supprimer toutes les confusions. Bien au contraire, la doctrine n'est pas sortie de l'ornière.

Il faut donc distinguer très soigneusement la chose immobilière de l'immeuble. La chose immobilière est celle qui ne peut être déplacée sans être atteinte dans sa substance. L'immeuble est un concept purement juridique, ne coïncidant pas toujours avec le concept du langage courant. Il est différent de la chose immobilière. Souvent, les deux notions se recouvrent, mais ce n'est pas la règle générale.

Section 4. DEFENSE DE LA LETTRE DU CCS

Le texte de l'art. 655 CCS ne pourrait être plus clair lorsqu'il proclame que le droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier est un immeuble. Il ne contredit aucun principe de notre droit, car la notion d'immeuble est une notion purement juridique. Au plus va-t-il à l'encontre d'une certaine division naturelle des choses mobilières et des choses immobilières. Mais, outre que l'immeuble n'est pas forcément une chose immobilière, le droit n'est pas lié par les sciences naturelles pour fixer ses limites et ses définitions¹.

Une démarche indispensable est la recherche du sens exact du mot immeuble. Le CCS procède par énumération. Sont immeubles selon lui (art. 655) :

1. Les biens-fonds.
2. Les droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier.
3. Les mines.
4. Les parts de copropriété d'un immeuble.

Il ne définit pas expressément le mot. Mais il est possible de combler cette lacune par déduction. Pour faire partie d'une caté-

¹ Haab, Einl. 27, 40; Meier-Hayoz, ST, 94; 655, 2^{ss}.

gorie, il faut avoir des points communs. Il suffit donc de rechercher ces points communs.

Nous sommes en présence de biens immobiliers et de droits. Ce n'est pas un point commun. Par contre, ces mêmes objets, selon l'art. 943 CCS, sont immatriculés au registre foncier comme immeubles. Or, l'art. 655 al. 2 CCS précise que seuls des droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier sont des immeubles. En conséquence, l'immatriculation au registre foncier sur un feuillet particulier caractérise l'immeuble.

*L'immeuble, au sens du CCS, est tout ce qui est immatriculé au registre foncier sur un feuillet particulier*¹.

Les travaux préparatoires du CCS abondent dans ce sens : « Tous les immeubles sont placés sous le régime du registre foncier, et tout ce qui se trouve placé sous ce régime est immeuble »². Et Meier-Hayoz déclare : « Ces choses et ces droits », donc les biens-fonds, les droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier, les mines, les parts de copropriété d'un immeuble, « la loi les désigne sous le vocable commun d'« immeubles » ». La définition est identique à celle que la loi emploie pour tous les objets qui sont immatriculés au registre foncier et sont individualisés par un feuillet particulier » (trad.)³.

Quant à la loi sur la propriété par étages, qui a introduit une nouvelle catégorie d'immeubles, elle a modifié également l'art. 943 CCS, démontrant par là le lien étroit qui unit ces deux dispositions.

Selon les textes des travaux préparatoires du CCS, le droit de superficie peut être immatriculé séparément comme immeuble. L'art. 770 al. 3 in fine AP signifie simplement que la conséquence de cette immatriculation et de cette acquisition de la qualité d'immeuble est que le droit de superficie sera régi par les dispositions applicables à la propriété foncière. Mais il est superflu de le dire. Et le CCS a justement simplifié la rédaction de cette disposition. L'exposé des motifs à l'avant-projet du CCS remarque : « A côté de son existence se fondant sur la servitude, au cas où il est

¹ Parmi les objets de propriété mentionnés à l'art. 655 CCS, les biens-fonds ont ceci de particulier qu'ils sont en quelque sorte des immeubles par nature. Ils le sont même sans être immatriculés au registre foncier. Mais ces cas sont extrêmement rares.

² Mot. IV, p. 60.

³ Meier-Hayoz, 655, 2.

distinct, il peut être élevé au rang d'objet propre de propriété »¹. Le Conseil fédéral affirme : Si des droits de superficie sont immatriculés au registre foncier sur un feuillet spécial, « ils sont alors de véritables immeubles »².

Wieland lui-même³ ébauche cette théorie lorsqu'il dit que si, pour réaliser son intention de délimiter la sphère d'application des règles sur la propriété foncière, le législateur a eu recours à une façon un peu artificielle, c'est dans la technique particulière du registre foncier qu'il faut en rechercher la cause. « C'est par là que s'explique tout d'abord la terminologie de la loi. L'art. 655 distingue entre les *immeubles* et les *biens-fonds*. L'expression d'*immeubles* comprend toutes les choses immatriculées sur un feuillet spécial du registre foncier »⁴.

Avec une telle définition, toutes les objections faites contre la nature juridique du droit de superficie en tant qu'immeuble tombent, car, pour être immeuble, il n'y a pas besoin d'être une chose immobilière. Cette conception offre de grands avantages. Il n'est plus nécessaire de faire des prouesses pour donner aux diverses manifestations de la volonté du législateur un sens qu'elles n'ont pas.

Il n'est pas inutile de vouloir imposer cette conception et de faire violence à la doctrine. Notre souci d'esthétique juridique nous pousse à montrer un droit de superficie entièrement intégré dans le système du CCS.

Notre tentative n'a d'ailleurs rien de fantaisiste. Le droit français prouve au moins que cette solution est concevable et n'entre pas en collision d'une manière insupportable avec les sentiments juridiques et terminologiques innés. En son art. 517, le Code civil français prévoit que les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent. Ils le sont de plus par la détermination de la loi⁴. L'immeuble est un « bien non susceptible d'être déplacé (immeuble par nature) ou réputé tel (immeuble par destination) »⁵.

Le Code civil français ne permet pas d'équivoque sur la notion d'immeuble. Il ne la définit pas, mais tous les biens qu'il

¹ Mot. IV, p. 60.

² Mess. p. 64.

³ Wieland, I, p. 132.

⁴ Dalloz, Encyclopédie juridique, I, p. 449, n° 25.

⁵ Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris 1936, sous « immeuble ».

énumère sont des immeubles (art. 517, 518, 519, 520, 523, 524, 526 CCfr.). Il n'y a pas des immeubles et à côté de cette catégorie des biens qui sont traités comme des immeubles. Mais parmi les immeubles, il y a des droits. C'est notamment le cas pour l'énumération de l'art. 526 CCfr. Parmi les immeubles, il y a plusieurs catégories : trois légales et deux jurisprudentielles. Le droit français fait quelques petites différences de traitement entre ces catégories. Ce qui n'existe pas en Suisse, où même ceux qui prétendent que le droit de superficie n'est pas un immeuble admettent qu'il y a identité de traitement avec les immeubles. Donc, si, en France, des droits sont des immeubles, mais ont un traitement différent, à plus forte raison est-il possible, en Suisse, que le droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier, qui reçoit le même traitement que les autres immeubles, soit un immeuble.

Nous concluons que le droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier est soumis aux règles sur la propriété foncière parce qu'il est un immeuble.

QUATRIÈME PARTIE

Le contenu du droit de superficie

Chapitre I. Généralités

Section 1. LE CONTENU DES DROITS REELS

La notion de contenu d'un droit fait appel à celle de rapport, de lien. C'est « ce que le Sujet est autorisé à faire de l'Objet, comment il peut en user, jouir, disposer. Il marque l'étendue et l'intensité de cette action »¹. Il est l'une des caractéristiques fondamentales du droit au delà de sa nature juridique, donc un élément nécessaire de sa définition.

Le contenu d'un droit réel est la maîtrise immédiate de l'ayant droit sur la chose². Ce lien est composé d'un ou de plusieurs droits, opposables à chacun, spécifiés par la loi pour chaque droit réel particulier. Seul il permet de les distinguer les uns des autres.

Section 2. LE CONTENU DES SERVITUDES

Le contenu des servitudes est le lien de domination limitée du bénéficiaire sur l'objet. Il consiste en un droit de jouissance ou d'usage restreignant les prérogatives du propriétaire grevé³. La personne du propriétaire de l'objet n'importe pas. La rémunération qui lui est due en raison de l'octroi de la servitude ne fait pas partie du contenu de cette dernière, mais est un simple rapport obligationnel. Elle est facultative.

Pas plus qu'il ne décrit d'une manière générale le contenu des droits réels, le CCS ne définit uniformément le contenu des servitudes. Il le fait pour chacune d'elles en particulier. Ainsi, le contenu des servitudes foncières est restreint à certains actes d'usage (art. 730 CCS), celui de l'usufruit consiste en un droit de jouissance complet sur la chose (art. 745 CCS) et celui du droit de superficie se trouve à mi-chemin (actes d'usage très étendus, mais pas de jouissance).

¹ Edmond Picard, *Le droit pur*, Paris 1920, p. 80.

² Rossel et Menha, II, p. 289.

³ Eggen, RSNRF 1965, 273; Léver, Eml. 56ss.

Section 3. LE PRINCIPE DU « NUMERUS CLAUSUS »¹

La détermination précise du contenu du droit de superficie est importante en raison du principe du « numerus clausus » qui règne sur tous les droits réels. Seuls les droits réels prévus et réglementés dans le CCS peuvent être constitués. Un contrat violant cette règle est nul en raison de l'impossibilité de son contenu (art. 20 CO)².

Si la règle en restait là, elle ne serait pas très efficace. L'étiquette d'un droit n'a de valeur qu'en raison du contenu qu'elle couvre. Ainsi, pour avoir un sens, le principe du « numerus clausus » doit aussi s'appliquer au contenu des droits réels. Cela signifie que, contrairement au droit des obligations où la liberté contractuelle est la règle, les parties sont fortement limitées dans la détermination du contenu des droits réels qu'elles ont l'intention d'utiliser.

Cette limitation n'est pas uniforme. Elle varie selon les droits, et elle est beaucoup plus stricte pour le droit de superficie que pour la servitude foncière ou pour l'usufruit. Certains auteurs³ vont jusqu'à prétendre que seul l'usufruit, ainsi que le droit d'habitation, le droit de superficie et le droit à une source ont un contenu déterminé par la loi. Selon eux, le contenu des servitudes foncières ne serait pas soumis au « numerus clausus ». Nous pensons que le cadre est plus ou moins large selon la catégorie de droits réels. A l'intérieur, les parties conservent leur liberté, mais les limites extérieures sont strictes ; elles ne peuvent être dépassées. C'est là qu'il faut reconnaître le principe du « numerus clausus » s'appliquant au contenu de tous les droits réels.

Section 4. LA NATURE DU CONTENU DU DROIT DE SUPERFICIE ET SES ELEMENTS

En vertu du principe qui vient d'être énoncé, le contenu du droit de superficie doit être interprété étroitement. Il résulte en général de la loi.

¹ Haab, Einl. 59; Liver, Einl. 12, 61ss; Meier-Hayoz, ST, 35ss.

² Il est nul sur le plan des droits réels, mais il peut avoir des effets obligationnels.

³ Voir notamment Liver, Einl. 65.

Outre l'art. 779 al. 1 CCS, les art. 779 al. 2 et 779 I CCS font partie du contenu du droit de superficie. Ils déterminent la transmissibilité et la durée de ce droit, soit à quel moment la maîtrise immédiate du superficiaire sur la chose prend fin. Ils ont un effet réel¹. Alors que l'art. 779 al. 1 CCS ne permet pas de distinguer les différentes catégories de droits de superficie², les éléments des art. 779 al. 2 et 779 I CCS fournissent entre autres des critères de délimitation³.

Chapitre 2. *Le rapport superficiaire*

Section 1. DEFINITION

La notion de contenu du droit de superficie, telle que nous venons de la définir, est étroite. Elle se limite aux effets réels de ce droit. Le CCS consacre d'autres dispositions à cette institution, avec d'autres effets. Les parties désirant créer un droit de superficie règlent en détail leurs rapports futurs dans le contrat de superficie.

Le rapport superficiaire est l'ensemble des liens créés par le contrat de superficie conformément à la loi.

Section 2. DISTINCTIONS

Afin d'avoir une idée claire du mécanisme du droit de superficie, il faut bien distinguer les notions suivantes :

Le *contrat de superficie* est en général le titre du droit de superficie. Son contenu est formé par le *rapport superficiaire*, complexe de droits réels, d'obligations réelles et d'obligations pures et simples liant entre elles les parties au contrat et l'objet du droit de superficie. Le *droit de superficie* n'apparaît que comme un élément du rapport superficiaire, élément principal sans lequel les autres ne peuvent exister.

¹ Stoecklin, pp. 32ss., distingue entre un contenu étroit (779 al. 1 CCS) et un contenu large (les autres dispositions) du droit de superficie (voir aussi Klöti, p. 35). Cette distinction n'a qu'un caractère descriptif.

² Cf. pp. 91ss.

³ Cf. p. 133. Ces éléments du contenu n'ont pas à apparaître dans la définition du droit de superficie puisqu'ils ne sont pas communs à tous les droits de superficie, mais les distinguent les uns des autres.

Le terme droit de superficie des art. 779 ss. CCS a par conséquent deux sens :

Il a tout d'abord un sens large, soit l'ensemble des règles consacrées à l'institution des art. 779 ss. CCS. Il a ensuite un sens étroit, soit le droit réel créé par le contrat de superficie en vertu des art. 779 ss. CCS. Ces deux sens doivent être soigneusement distingués de peur que l'affirmation suivante ne soit réitérée :

« Le droit de superficie ne doit plus être considéré comme une simple servitude, mais comme une institution comportant tout un complexe de droits et d'obligations »¹.

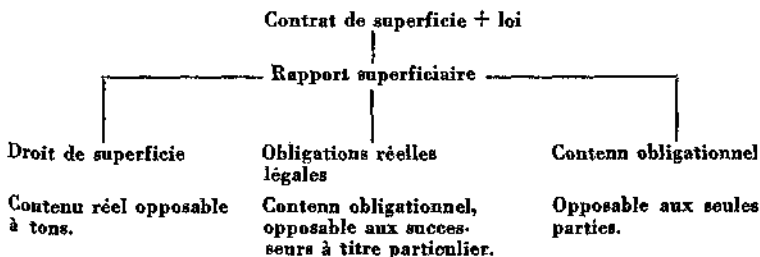
Avec l'entrée en vigueur de la loi sur le droit de superficie, la nature juridique du droit de superficie n'a pas changé (art. 779 al. 1 CCS), mais plusieurs éléments importants du rapport superficiaire, au lieu de rester purement personnels, ont passé dans les rangs des obligations réelles. Le rapport superficiaire est donc un complexe de droits et d'obligations comprenant, entre autres, le droit de superficie, servitude à contenu purement réel.

Section 3. LE CONTENU DU RAPPORT SUPERFICIAIRE

Le contenu du rapport superficiaire est triple. Il comprend :

1. Des prérogatives réelles résultant de la domination sur l'immeuble.
2. Des obligations réelles liant les parties et chacun de leurs successeurs à titre particulier.
3. Des obligations pures et simples entre les parties.

Voici, schématiquement, ce que cela représente :



¹ Bull. stén. CN 1964, 365.

Chapitre 3. *Le contenu non réel du rapport superficiaire*

Les obligations réelles sont prévues par la loi. Les rapports obligationnels purs et simples se définissent négativement. Ils sont ceux ne rentrant ni dans le contenu du droit de superficie, ni dans les obligations réelles.

Section 1. LES RAPPORTS OBLIGATIONNELS¹

Parmi les rapports obligationnels, il faut citer, à titre d'exemples :

1. Les clauses relatives à l'entretien de la construction.
2. Les clauses prévoyant le mode de répartition des charges publiques.
3. L'obligation du superficiaire d'assurer la construction.
4. L'obligation du superficiaire de payer une rente du droit de superficie².
5. Les clauses limitant le choix du superficiaire quant aux preneurs à bail (familles nombreuses, par exemple) ou au montant du loyer (loyers modérés, par exemple).
6. L'obligation du superficiaire de s'approvisionner en gaz auprès du propriétaire foncier (commune) ou de se raccorder au réseau électrique communal. (Le contrat modèle de la commune des habitants de Berne du 25 janvier 1966 le prévoit à son art. 17)³.
7. L'obligation du propriétaire foncier de tolérer du superficiaire, dont l'exercice du droit de superficie est limité à une partie de l'immeuble, le passage sur l'autre partie de l'immeuble, ou de ne pas construire sur le reste de son immeuble plus d'un certain nombre d'étages.
8. Le droit de passage en faveur d'un fonds voisin appartenant au propriétaire foncier et grevant le droit de superficie.

¹ Eggen, SJZ 58 (1962), 242; Freimüller, pp. 52 ss.; Leemann, 779, 52 ss.; Pilet, pp. 151 ss.

² Les problèmes relatifs à la rente du droit de superficie sont à l'origine des mouvements ayant mené à la nouvelle législation sur le droit de superficie. Pourtant, le législateur n'a rien changé à la nature juridique de la rente du droit de superficie !

³ Cf. aussi : SJZ 32 (1935/36), p. 348, n° 66.

Selon le critère de la raison les empêchant d'avoir un effet réel, ces rapports peuvent être rangés en deux groupes.

Le premier est celui des obligations de faire (exemples 1-6). Elles ne peuvent appartenir au contenu du droit de superficie à cause du principe « *servitns in faciendō consistere nequit* ». Cela vaut aussi bien pour celles du propriétaire foncier que pour celles du superficiaire¹. Elles font exception à la règle si elles sont accessoires à la servitude au sens de l'art. 730 al. 2 CCS. Il est souvent difficile de distinguer entre une obligation de faire et une convention limitant le contenu du droit de superficie. L'exclusion de certaines prérogatives superficières apparaît couramment sous une forme positive (exemple : construire une maison familiale, aux fenêtres carrées, au toit pointu, etc.). Il ne s'agit pourtant pas d'obligations de faire ne touchant que la liberté personnelle de décision du superficiaire, mais de dispositions qui déterminent la structure de la construction et sa destination et qui, en conséquence, limitent le contenu du droit de superficie. Les conventions en relation avec le but économique et social de la construction ont un effet réel si elles précisent le genre d'usage de l'immeuble.

Le second groupe comprend les dispositions contractuelles ayant la nature de limitation de l'usage de l'immeuble grevé, mais dont le contenu ne correspond pas à celui spécifié à l'art. 779 al. 1 CCS (exemples 7-8). Elles peuvent avoir des effets réels, mais elles doivent être constituées en servitudes grevant l'immeuble.

Le contenu obligationnel du rapport superficiaire, positivement défini, comprend donc les obligations de faire et les usages non spécifiés par l'art. 779 al. 1 CCS ou accordés à des tiers.

Section 2. LES OBLIGATIONS REELLES²

§ 1. — Définition.

« L'obligation propter rem est une obligation qui a pour objet une prestation positive et dont le débiteur ou le créancier ou l'un et l'autre sont désignés par un droit réel qu'ils ont sur une chose ou par la possession qu'ils en ont »³.

¹ Mess. P-LDS (FF 1963 I 997). Pilet, pp. 70 ss.

² Pour plus de détails, cf. : Deschenaux, RSNRF 43 (1962), 282ss.; Jost, Die Realobligation; Liver, RSNRF 43 (1962), 257ss.; Einl. 148ss.; Meier-Hayoz, ST, 150ss.

³ Deschenaux, RSNRF 43 (1962), 282.

Les *sujets* sont déterminés par leur rapport avec une chose. Ce rattachement ne tient nullement du droit réel et ne détermine aucun pouvoir juridique direct sur la chose. Il n'importe pas, pour la nature d'un droit, que ses sujets soient nommément désignés ou qu'ils le soient par relation à une chose.

Il ne faut pas confondre les servitudes foncières et les obligations réelles. Dans les servitudes foncières, les ayants droit sont aussi déterminés par leur qualité de propriétaire d'un fonds ; mais ce n'est pas cette connexion réelle qui fait de la servitude un droit réel. La servitude personnelle est tout autant réelle. Le rattachement réel ne crée qu'une analogie avec le droit réel limité, notamment avec la servitude : « Tout propriétaire du fonds servant doit souffrir sur son fonds certains actes d'usage du titulaire ou s'abstenir lui-même d'exercer certains droits inhérents à sa propriété. Mais on ne peut dire que le propriétaire grevé ait à fournir ces prestations négatives. Les devoirs de tolérance ou d'abstention qui lui incombent sont la manifestation de l'emprise que peut exercer l'ayant droit sur le fonds. Leur respect peut être assuré sans le concours du « débiteur », par les moyens qu'offre la procédure »¹.

Quant à ses *effets*, l'obligation réelle vaut non seulement entre les parties originaires, mais aussi entre leurs successeurs à titre particulier. Avec le changement de sujets, elle s'éteint pour l'aliénaire, et naît pour l'acquéreur.

L'*objet* de l'obligation réelle est toujours une prestation positive qui ne peut avoir un caractère réel, car de la domination sur une chose ne résulte aucune obligation de faire².

§ 2. *La place des obligations réelles dans le droit suisse.*

Les obligations réelles sont des droits personnels, non réels. Elles ont des effets envers certains tiers, soit les personnes qui entrent dans une situation juridique déterminée. Elles procurent une prétention à l'exécution de devoirs positifs, non un droit à la chose opposable à tous. Elles ne modifient en rien le statut juridique du propriétaire foncier et du superficiaire en tant que titulaires de droits réels. Droits accessoires indissolublement liés avec la propriété et le droit de superficie, elles sont toujours distinctement séparées d'eux.

Les obligations réelles sont soumises, comme les droits réels,

¹ Deschenaux, RSNRF 43 (1962), 283.

² Jost, p. 60.

au principe du «*numerus clausus*». Ainsi, le droit de superficie actuel, comme l'ancien, est un droit déterminé exactement quant à son contenu.

§ 3. *Les différents types d'obligations réelles.*

Il y a deux types d'obligations réelles.

Dans l'hypothèse des *obligations réelles contractuelles*, la loi laisse aux parties le soin de fixer les droits et les obligations qu'elle déclarera lier les successeurs à titre particulier par une disposition expresse. Dans celle des *obligations réelles légales*, elle établit elle-même les droits et les obligations.

§ 4. *Les raisons de l'introduction de l'obligation réelle dans le rapport superficiaire.*

L'obligation réelle est entrée dans le rapport superficiaire avec la loi sur le droit de superficie. Auparavant, les parties devaient se contenter du contenu réel du droit de superficie ou préciser leurs rapports par des clauses à effets purement personnels. Mais leur liberté limitée pour régler le rapport réel et les clauses obligationnelles à l'exécution incertaine ne correspondaient plus aux besoins de la pratique. La loi sur le droit de superficie a trouvé un moyen permettant de conserver le contenu réel étroit du droit de superficie et de promouvoir une réglementation plus pratique et plus sûre du rapport superficiaire. L'obligation réelle n'était pas la seule solution possible¹, mais elle est judicieuse.

§ 5. *Nombre et type des obligations réelles du rapport superficiaire.*

Les obligations réelles ont l'avantage d'assurer une plus grande sûreté au rapport superficiaire, mais leur faculté d'adaptation aux circonstances particulières est réduite. La loi sur le droit de superficie a fait un compromis. Elle a consacré aux seuls rapports importants des obligations réelles légales. Parmi elles, les unes sont de droit impératif (celles devant servir la sécurité du droit et protéger la partie faible au contrat)², les

¹ Commentaire Livre AP-LDS, p. 9; Mess. P-LDS (FF 1963 I 998).

² Art. 779 f, 779 g, 779 h, 779 i, 779 k CCS; Plattner, p. 261; Schneeberger, pp. 270 et 277.

autres sont de droit dispositif (elles peuvent être modifiées ou supprimées, mais ces opérations doivent être annotées au registre foncier pour être valables)¹.

Les obligations réelles du rapport superficiaire sont les suivantes :

1. L'indemnité due au superficiaire par le propriétaire du fonds lors du retour de la construction (art. 779 d-779 e CCS).
2. Le droit de retour anticipé (art. 779 f-779 h CCS).
3. Le droit du propriétaire foncier d'exiger la constitution d'une hypothèque en garantie de la rente du droit de superficie (art. 779 i-779 k CCS).
4. Le droit de préemption légal (art. 682 al. 2 et 3 CCS).

Chapitre 4. *Le contenu réel du rapport superficiaire ou le contenu du droit de superficie*

Section 1. GENERALITES

§ 1. *Le contenu légal du droit de superficie.*

Le CCS énonce le contenu du droit de superficie de la manière suivante (art. 779 al. 1 CCS) :

« Droit d'avoir ou de faire des constructions soit sur le fonds grevé, soit au-dessous. »

Si l'on se réfère à notre définition du droit de superficie², le contenu est le droit d'avoir ou de faire des constructions dans le domaine de l'immeuble grevé.

En vertu du principe du « *numerus clausus* » qui s'applique strictement ici, le contenu des droits réels est déterminé par la loi. Il est impossible de le modifier ou de le compléter. En conséquence, la base de toute discussion est le texte de l'art. 779 al. 1 CCS, qui reprend, en d'autres termes, celui de l'art. 675 CCS. Le contenu légal est très particulier, mais général dans sa particularité. Il laisse, dans le cadre du « *numerus clausus* », une place à la liberté contractuelle. Reprenons les termes antinomiques de cette affirmation.

¹ Art. 779 e et 682 al. 3 CCS.

² Cf. p. 36.

a) *Le contenu du droit de superficie est particulier (art. 779 al. 1 CCS).*

Le CCS détermine l'usage particulier autorisé par le droit de superficie. Certes, la faculté d'employer le sol pour construire accorde au superficiaire une domination étendue sur l'immeuble, notamment si le bien-fonds est entièrement bâti, ce qui est souvent le cas au centre des villes. Pourtant, le contenu du droit de superficie nous paraît plus rigide et étroit que celui des servitudes foncières et des servitudes de l'art. 781 CCS, auxquelles le contrat de servitude donne un contenu concret. A ce point de vue, le droit de superficie est indiscutablement soumis au « *numerus clausus* » d'une manière plus stricte que les deux servitudes qui viennent d'être mentionnées.

b) *Le contenu du droit de superficie est général dans sa particularité (art. 779 b CCS).*

Bien qu'étant un usage particulier de l'immeuble servant, le droit d'avoir ou de faire des constructions dans un endroit déterminé se présente comme un contenu de nature générale. Il n'est pas nécessaire d'insister sur la différence existant entre un chalet et un gratte-ciel.

L'art. 779 b CCS explique le principe posé à l'art. 779 al. 1 CCS et prouve que le « *numerus clausus* » n'exclut pas une certaine liberté contractuelle. Si la loi impose un cadre rigide au contenu du droit de superficie, les parties au contrat de superficie peuvent brosser selon leur fantaisie le tableau qui sera dans ce cadre. Il ne s'agit pas de compléter ou de modifier le contenu du droit, mais simplement de le préciser. La liberté est en quelque sorte en vase clos.

§ 2. *L'autonomie de l'art. 779 al. 1 CCS.*

Les parties au contrat de superficie n'ont pas l'obligation de préciser le contenu du droit de superficie tel qu'il est prévu à l'art. 779 al. 1 CCS. Elles peuvent s'y référer purement et simplement, cette disposition se suffisant à elle-même. Dans cette hypothèse, le superficiaire est libre de construire à sa guise sur l'immeuble grevé, en n'étant nullement contraint d'utiliser toutes les prérogatives que la loi met à sa disposition. Il peut même

renoncer à construire pendant un certain temps, ou pendant toute la durée du droit de superficie¹.

§ 3. Les effets de l'art. 779 b CCS.

L'art. 779 b CCS a fait l'objet de nombreuses controverses au cours de l'élaboration de la loi sur le droit de superficie. Même l'utilité de son existence a souvent été mise en cause. « Il n'y a rien de matériellement nouveau dans cette disposition qui a un caractère explicatif, sans être du reste superflue comme on a souvent pu le constater »².

Il a pour but de combattre une opinion assez répandue selon laquelle le contenu du droit de superficie ne se laisserait spécifier que par des servitudes ou par des droits personnels annotés³. On peut discuter de la nécessité d'une disposition légale pour fixer certaines idées. Ce qui est sûr, c'est que le texte du projet fut remanié à plusieurs reprises et qu'au lieu de supprimer toute controverse, il crée la confusion, non pas sur la possibilité de préciser le contenu du droit de superficie, mais sur l'effet de ces précisions.

Selon certains auteurs⁴, les dispositions contractuelles sur le contenu du droit de superficie au sens de l'art. 779 b CCS sont des obligations réelles. Nous admettons que c'est la seule conclusion logique qui puisse être tirée du texte de la loi. D'autres auteurs refusent d'accepter simplement le texte clair de la loi et estiment que les dispositions contractuelles prises en vertu de l'art. 779 b CCS ont le même effet que le contenu du droit de superficie spécifié à l'art. 779 al. 1 CCS, soit un effet réel⁵. Eu d'autres termes, elles doivent être respectées par chacun et non pas seulement par les parties et leurs successeurs à titre particulier.

¹ ATF 88 II 262s.

² Mess. P.LDS (FF 1963 I 1007).

³ Cette manière de voir se base sur la conception que le droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier doit être considéré comme une propriété foncière quant à son contenu et ne peut en conséquence être limité autrement que celle-ci (Cf. Stoeklin, pp. 37s.; Liver, ZBJV 94 (1958), 385).

⁴ Bolla, p. 263; Eggen, SJZ 58 (1962), 245; RSNRF 46 (1965), 274.

⁵ Freimüller, p. 51; Friedrich, RSNRF 47 (1966), 203, admet que « ces précisions font partie de l'effet réel de l'inscription de la servitude ». Mais il répond à la question de savoir si les dispositions contractuelles sont opposables aux successeurs à titre particulier de l'une ou de l'autre partie au contrat de superficie : il n'y a pas clairement sur le problème.

Nous pensons que, malgré le texte exprès de la loi, la théorie de l'effet réel doit être adoptée. Nous avons conscience que nous risquons de nous voir infliger le reproche d'inconséquence, en raison des considérations que nous faisons dans d'autres parties de cette thèse¹. En principe, un texte légal clair ne doit pas être interprété. Mais toute règle a ses exceptions, et nous avons à faire ici à une exception. L'ensemble des circonstances ayant mené à l'introduction de l'art. 779 b CCS dans la loi sur le droit de superficie prouve que le texte trahit la volonté du législateur.

Voici les principaux arguments qui soutiennent notre dissidence :

1. *L'opinion de la doctrine et de la jurisprudence avant l'entrée en vigueur de la loi sur le droit de superficie.* A l'unanimité, la doctrine et la jurisprudence d'avant l'entrée en vigueur de la loi sur le droit de superficie admettaient que l'art. 779 al. 1 CCS permettait aux parties de préciser avec effet réel le contenu du droit de superficie².

2. *La genèse de l'art. 779 b CCS.* Les travaux législatifs de l'art. 779 b CCS montrent que le législateur n'entendait rien changer au droit matériel concernant la détermination plus détaillée du contenu du droit de superficie de l'art. 779 al. 1 CCS³. Il a cependant pensé qu'il serait bon d'exprimer par un texte légal l'opinion unanime. Il a d'abord énoncé le principe de la précision⁴, puis ses effets⁵. Malheureusement, les mots l'ont trahi, et le texte actuel de l'art. 779 b CCS ne correspond pas à sa volonté.

3. *L'effet du contenu donné aux servitudes foncières par les parties.* L'art. 730 CCS décrit le contenu des servitudes foncières : obligation de tolérer ou de s'abstenir. Ces obligations doivent être précisées dans le contrat constitutif de la servitude⁶. Si les auteurs ne disent pas expressément que le contenu ainsi stipulé a un effet

¹ Pp. 95ss., 160, 165.

² ATF 52 II 37, JT 1926 I 531; Brandenburger, pp. 63 ss.; Leemann, 779, 37a.; Meier-Hayoz, 675, 12; Stoecklin, p. 33.

³ Commentaire Liver AP-LDS, p. 29; Mess. P-LDS (FF 1963 I 1007); Bull. stén. CN 1964, 372; 1965, 59; CE 1964, 329.

⁴ Art. 779 bis AP-LDS; Commentaire Liver AP-LDS, pp. 7 et 29s.; art. 779 a P-LDS; Mess. P-LDS (FF 1963 I 1007); Bull. stén. CN 1964, 372a.

⁵ Mess. P-LDS (FF 1963 I 997); Bull. stén. CE 1964, 329; CN 1965, 59.

⁶ Leemann, 730, 3, 16ss.; Liver, 732, 16, 20ss.

réel, c'est que cela va de soi¹. Liver souligne que le contrat doit exprimer clairement la volonté des parties de créer un droit réel. En effet, le rapport pourrait aussi être établi avec un simple effet obligationnel, voire à titre précaire².

Comme les règles sur les servitudes foncières sont applicables au droit de superficie, il n'y a pas de raison de construire différemment l'effet du contenu spécifié de ce droit. Certes, il existe une différence entre les servitudes foncières et le droit de superficie. Seul le contenu de ce dernier se suffit à lui-même. Il ne faut pourtant pas en tirer des conséquences différentes. Le contenu du droit de superficie est plus étroit que celui de la servitude foncière. Il est limité à un usage très particulier. Cette limitation fait que la règle générale peut être utilisée comme règle particulière. Cela ne donne pas naissance à deux natures différentes, l'une pour le contenu spécifié, l'autre pour le contenu non spécifié. Or c'est à quoi il faudrait logiquement arriver si l'on suivait le CCS (ou du moins deux contenus coexistants n'ayant pas les mêmes effets).

4. L'objet des obligations réelles. Les obligations réelles ont toujours pour objet une prestation positive. Les dispositions contractuelles de l'art. 779 b CCS représentent une obligation particulière de tolérance ou d'abstention³. Elles contraignent le propriétaire foncier à accepter que le superficiaire édifie une construction déterminée et à ne rien faire qui soit propre à gêner le déroulement normal de l'édification, puis de l'exploitation de l'édifice. Elles ne peuvent en conséquence pas faire l'objet d'une obligation réelle⁴.

5. Les effets des obligations réelles. Le fait, pour les dispositions contractuelles de l'art. 779 b CCS, d'être des obligations réelles mènerait à des situations curieuses et même intolérables. Un seul exemple suffit à le démontrer.

Supposons un cas d'exécution forcée dirigée contre un superficiaire dont l'exercice du droit, portant sur un immeuble bâti en plusieurs endroits, est limité à une seule construction. Cette limi-

¹ Wieland, I, p. 479 : « Les servitudes sont des droits réels, dirigés non seulement contre le propriétaire du fonds grevé, mais contre chacun ».

² Liver, Einl. 129ss.; 732, 32ss.

³ Commentaire Liver AP-LDS, p. 7.

⁴ Vu la teneur de l'art. 779 b CCS, il s'agirait d'une obligation réelle contractuelle. Or, le CCS n'a prévu pour le droit de superficie que des obligations réelles légales.

tation, opposable aux seuls successeurs à titre particulier des parties et non aux tiers, ne serait pas opposable au poursuivant. Il en résulte que ce dernier pourrait saisir toutes les constructions sans que le propriétaire foncier ne puisse revendiquer celles qui lui appartiennent !

6. *Existence de plusieurs droits de superficie sur le même immeuble.* Il est unanimement admis que plusieurs droits de superficie à exercice restreint peuvent porter sur le même immeuble. Cette hypothèse nécessite l'effet réel du contenu du droit de superficie sans quoi il n'y aurait pas de base solide pour les rapports réciproques des superficiaires.

Nous concluons, en nous appuyant sur ces divers arguments, que le contenu du droit de superficie est réel, qu'il provienne l'art. 779 al. 1 CCS ou de l'art. 779 b CCS.

§ 4. *Contenu réel et registre foncier.*

Un contrat entre les parties ne suffit pas à donner au contenu spécifié un effet réel (il s'agit surtout de limiter les prérogatives du superficiaire et de conserver celles du propriétaire foncier). Il faut encore que ce contenu apparaisse au registre foncier¹. Si ce n'est pas le cas, les tiers sont supposés considérer le droit de superficie comme général, au sens de l'art. 779 al. 1 CCS, ce qui, pratiquement, exclut la possibilité de coexistence de tout autre droit de superficie sur le même immeuble.

Comment le contenu doit-il être indiqué au registre foncier ? L'art. 971 CCS est déterminant. La limite n'a pas nécessairement à être portée au grand livre, mais un renvoi doit être fait aux pièces justificatives contenant ces indications². S'il y a divergence entre le grand livre et les pièces justificatives, le grand livre fait foi³. On ne peut pas demander aux tiers de chercher à savoir s'il y a des limites au contenu du droit de superficie lorsque le grand livre n'indique rien. La jurisprudence supporte cette opinion⁴.

¹ Stoecklin, pp. 35 ss.; Witt, pp. 72 s.; Liver, ZBJV 1958, 384 s., approuve l'opinion de Stoecklin. Cette dernière doit être confrontée avec le texte même de la loi sur le droit de superficie et il faut essayer de les harmoniser.

² Homberger, 971, 20, 22; Stoecklin (p. 35) dit que d'une manière ou d'une autre il doit ressortir du grand livre que le contenu est plus étroit que celui de l'art. 779 al. 1 CCS.

³ Homberger, 971, 21.

⁴ ATF 52 II 38, JT 1926 I 532.

§ 5. *Le contenu du droit de superficie de différents types.*

L'art. 779 al. 1 CCS ne fait pas de différence selon qu'il s'agit d'un droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier, d'un droit de superficie ayant le caractère d'une servitude foncière ou d'une servitude personnelle selon l'art. 781 CCS. Pourtant, le système général de la loi postule certaines distinctions. Le contenu étendu du droit de superficie, qui empêche pratiquement tout usage de la part du propriétaire foncier, s'oppose au principe énoncé par les art. 730 et 781 CCS, selon lequel ces servitudes n'octroyent qu'un usage restreint de la chose¹. Le droit de superficie accorde au superficiaire plus que « certains actes d'usage » ou une « jouissance déterminée ». Ces dispositions légales ne se complètent pas. Elles s'opposent. Un droit de superficie sans limite d'exercice n'est possible ni en vertu de l'art. 730 CCS, ni en vertu de l'art. 781 CCS. Le contenu du droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier est donc plus large que celui du droit de superficie ayant l'aspect d'une servitude foncière ou d'une servitude personnelle au sens de l'art. 781 CCS.

§ 6. *La détermination du contenu du droit de superficie.*

Il est de la plus grande importance de déterminer avec précision le contenu du droit de superficie. Seul ce qui en fait partie a un effet réel.

L'art. 779 al. 1 CCS est la disposition clé en cette matière. Il est expliqué par l'art. 675 CCS qui donne des précisions au sujet de la construction et de son lien avec l'immeuble². Il est spécifié par l'art. 779 b CCS.

Section 2. ANALYSE DU CONTENU DU DROIT DE SUPERFICIE

§ 1. *La construction.*

1. *Définition.*

Les textes des art. 675 et 779 al. 1 CCS ne concordent pas. L'un parle de « constructions et autres ouvrages », l'autre de

¹ Leemann, 730, 3; 781, 2, 29; Liver, 730, 6 ss.

² Les textes des travaux préparatoires ne donnent pas d'éclaircissements globaux. Le Conseil fédéral se borne à dire (Mess., p. 64) que le droit de superficie « consiste dans la faculté, opposable à tous tiers, d'avoir une construction quelconque sur le terrain d'autrui ». Ce n'est qu'une paraphrase de nos articles. Ces textes seront cependant utiles pour certains détails.

« constructions »¹. Le législateur n'a pas voulu accorder un sens particulier à l'art. 675 CCS. Les deux expressions doivent être comprises dans le même sens. L'art. 675 CCS précise ce qu'il faut entendre par construction. L'art. 779 al. 1 CCS ne fait que rappeler la notion qui y est définie². Il s'agit donc des « constructions (I) et autres ouvrages (II) établis au-dessus ou au-dessous d'un fonds (V), ou unis (III) avec lui de quelque autre manière durable (IV) »³.

Remarque I. — *Les constructions au sens étroit.*

Ce terme n'est défini de manière précise ni dans la loi, ni dans la doctrine. Il a le sens que lui attribue le langage courant, qu'on trouve dans les dictionnaires de la langue française et comprend, entre autres, les maisons (constructions destinées à abriter des hommes), les usines, les églises. Comme pour les ouvrages, il s'agit toujours de biens distincts, se suffisant à eux-mêmes pour être objets de propriété.

Remarque II. — *Les ouvrages.*

L'ouvrage est une notion plus large que celle de construction. Elle la comprend : *Tout ce qui, composé de matériaux, est lié durablement avec le fonds*⁴. La construction est un cas particulier d'ouvrage.

Les ouvrages doivent se distinguer du sol, afin que la séparation de la propriété sur le fonds et la construction, raison d'être du droit de superficie, puisse avoir lieu. Un terrain simplement travaillé, par exemple marqué comme chemin de terre battue, ne peut appartenir au contenu d'un droit de superficie. Par contre, cela est possible pour une route goudronnée ou bétonnée⁵. Des ouvrages se trouvant dans un bâtiment, mais remplissant toutes les conditions de l'art. 675 CCS, par exemple des machines, peu-

¹ Les travaux préparatoires du CCS font la même différence.

² On la retrouve dans d'autres articles du CCS notamment les art. 667 al. 2, 671ss., 674, 676 CCS. Cf. aussi : Freimüller, p. 28; Leemana, 779, 9; Pilet, p. 93.

³ Meier-Hayoz, 675, 2; Wieland, I, p. 217; RSNRF 32 (1951), 291ss.

⁴ Haab, 667, 14; Meier-Hayoz, 675, 2; 674, 6; Ingenstau, § 1 ErbbVO, 23 et la jurisprudence citée.

⁵ RSNRF 32 (1951), 292.

vent appartenir au contenu du droit de superficie. L'union avec le sol doit être directe¹.

Nous donnons toujours dans notre travail son sens large au terme construction (construction au sens étroit + ouvrage). En voici quelques exemples : maisons, fabriques, églises, granges, garages, refuges de montagne, tours d'observation, téléphériques, funiculaires, monuments, digues, barrages, écluses, canaux, installations de captage de source, fontaines, murs, voies ferrées, signaux lumineux.

Remarque III. — *L'union avec le fonds.*

Le lien est une condition nécessaire pour qu'une construction puisse faire partie du contenu du droit de superficie². Peu importe la manière dont elle est unie au sol. Le CCS est peu exigeant. Il suffit que la construction ait été jointe au sol en maçonnant, creusant ou de n'importe quelle autre manière, au moyen d'une ancre par exemple, ou même par la simple force de la pesanteur.

Remarque IV. — *Le caractère durable de l'union.*

L'union est une condition nécessaire, mais non suffisante. Il faut encore qu'elle soit durable. Sinon, nous sommes en présence d'un cas particulier, prévu à l'art. 677 CCS, celui des constructions mobilières. Par union durable, il faut entendre l'intention d'établir à demeure. Le Département fédéral de Justice et Police confirme cette règle³.

Remarque V. — *Le lieu de l'union*⁴.

L'art. 675 CCS prévoit expressément le cas des constructions unies au sol par le fait qu'elles sont établies au-dessus ou au-dessous d'un fonds. Certains prétendent qu'elles ne peuvent être établies qu'au-dessous ou sur le fonds, que par conséquent le « au-dessus » de l'art. 675 CCS signifie « sur ». Le texte allemand leur donne raison. Dans les deux articles, il dit : « auf oder unter der Bodenfläche »⁵. Pourtant, nous ne voyons pas pourquoi il est impossible d'envisager une construction établie au-dessus d'un

¹ Leemann, 779, 13.

² Meier-Hayoz, 675, 2; 677, 4.

³ Arrêt du Département fédéral de Justice et Police, JT 1923 I 441ss.

⁴ Pilet, p. 94.

⁵ Les art. 773 AP et 770 P prévoient : « sur son fonds ou au-dessous ».

fonds. A l'appui de cette thèse nous citons les art. 676 AP et 667 P qui portent d'une façon toute générale : « faisant corps avec un fonds ». Et comme exemple, nous donnons le cas d'un ballon restaurant amarré à un fonds.

2. Les annexes.

La notion d'ouvrage est large. Va-t-elle jusqu'à englober certaines de ses dépendances, notamment les cours et les jardins ? La doctrine est unanime¹ à admettre de telles dépendances. Pourtant, il ne faut pas aller trop loin et éluder ainsi certaines règles impératives telles que l'art. 678 al. 2 CCS.

Le contenu du droit de superficie consiste en l'utilisation d'un fonds pour *construire*. Mais il est possible d'employer certaines parties à d'autres fins (accès, cour, place de jeux, place de gymnastique, jardin, allée, etc.). La condition est que la construction reste la chose principale, non pas au sens des art. 642 et 644 CCS, car les dépendances ne sont pas des parties intégrantes ou des accessoires de la construction au sens juridique du terme, mais au sens *d'économiquement principale*². Si, par exemple, lors de la construction d'une maison locative de six appartements, ou prévoit sur le fonds une place de parc pour six voitures, cette place rentre dans la notion de dépendance de la maison, mais non pas si elle peut recevoir cent voitures.

3. Les exceptions.

Ne peuvent appartenir au contenu du droit de superficie :

3. 1. Les plantes (art. 678 al. 2 CCS).
3. 2. Les parties de construction (art. 675 al. 2 CCS).
3. 3. Les constructions mobilières (art. 677 CCS).

3. 1. Les plantes³.

L'art. 678 al. 2 CCS prévoit expressément qu'il est interdit de constituer un droit de superficie sur des plantes ou des forêts.

¹ Freimüller, p. 52; Haab, 675, 6; 678, 3; Klöti, p. 50; Leemann, 779, 42; Pilet, pp. 104ss.; Stöcklin, p. 32; § 1 al. 2 ErbbVO.

² Haab, 675, 6; Wieland, I, p. 631.

³ Haab, 675, 6; 678, 2; Mejer-Hayoz, 678, 5ss.; au sujet du droit de superficie sur les plantes, de son histoire et de son importance, cf. Liver, *Zur Geschichte und Dogmatik des Eigentums an Bäumen auf fremden Boden in der Schweiz*, spécialement pp. 283s. et la jurisprudence citée.

Selon le législateur¹, cette exclusion est nécessaire parce que conforme aux principes d'une saine économie et empêchant la production agricole de diminuer par l'immobilisation des modes et des genres de cultures. C'est le point de vue allemand. Il peut se comprendre si le contrat de superficie limite le contenu du droit de superficie à certaines sortes de cultures, ce qui empêcherait une utilisation rationnelle du sol. Mais cet argument n'est pas déterminant. En effet, nous ne voyons pas l'avantage qu'un propriétaire foncier aurait à immobiliser ainsi les cultures. Il pourrait limiter le droit dans le sens que le superficiaire devrait changer de cultures ou pratiquer la jachère. Ce qui n'est nullement immobiliser la culture. De plus, le droit de superficie sur les plantes et les forêts est une institution vieillie et sans vigueur, à laquelle il ne faut pas essayer de redonner une vie nouvelle.

Les plantations, les arbres et les forêts sont donc des parties intégrantes du fonds et ne peuvent avoir un propriétaire distinct. Il est impossible de constituer à l'égard des plantations une servitude analogue au droit de superficie suivant laquelle la propriété des plantations appartiendrait à une autre personne qu'au propriétaire du fonds. Mais, comme le dit Wieland², « cette restriction ne doit pas être interprétée trop rigoureusement. Les redevances à payer par le superficiaire l'empêcheront suffisamment de laisser le fonds non bâti ou d'y effectuer des plantations. Aussi longtemps que le terrain demeure à l'état de place à bâtir, le titulaire du droit de superficie est autorisé à récolter le maigre gazon qui y pousse ».

De nombreux droits cantonaux connaissent le droit de superficie sur les plantes³. Les droits déjà constitués sont maintenus et continuent à être soumis au droit cantonal (art. 20 al. 1 Titre final CCS). Ils doivent être reconnus par les cantons dans la même mesure que par le passé et peuvent être limités ou supprimés par le droit public. En vertu du droit fédéral, le maintien du droit de superficie est exclu dès qu'une cause d'extinction a eu lieu (chute d'un arbre, par exemple) (art. 45 al. 2 Titre final CCS).

¹ Mess., p. 65.

² I, p. 631.

³ Marc Folletête, *Us et coutumes du district des Franches-Montagnes*, ZBJV 46 (1910), 649 ss.; Hitzig, *Das Baurecht*, pp. 13 s.; Huber, *SPR*, III, pp. 240s.; IV, p. 695; *Zum schweizerischen Sachenrecht*, p. 10; Meier-Hayoz, 673, 7.

3. 2. *Les parties de construction.*

3. 2. A. *L'étage d'une maison*¹.

Même s'il remplit toutes les conditions de l'art. 675 al. 1 CCS, l'étage d'une maison ne peut composer le contenu d'un droit de superficie.

L'art. 675 al. 2 CCS a joué un grand rôle dans notre droit. C'est par son intermédiaire que le législateur a interdit la propriété par étages. Mais aujourd'hui, la loi fédérale du 19 décembre 1963 modifiant le livre quatrième du CCS a introduit cette institution. Elle n'abolit pas l'art. 675 al. 2 CCS afin que ne se confondent pas propriété par étages et droit de superficie, deux institutions qui ont leur justification propre². Le but de ce maintien est d'assurer que les règles particulières édictées pour la propriété par étages soient toujours appliquées à cette institution, et qu'elles ne soient pas détournées par l'octroi d'un droit de superficie³. Le droit de superficie continuera donc à ne pas pouvoir être accordé pour l'étage d'une maison.

En revanche, l'art. 675 al. 2 CCS ne s'oppose pas à ce qu'un droit de superficie soit constitué, ayant pour contenu un ouvrage se trouvant dans une maison. Mais il est nécessaire que cet ouvrage réponde à un certain nombre de conditions : il doit être indépendant de la maison et être uni durablement au sol. Ce sera le cas de certaines installations de chauffage et de turbines électriques.

L'art. 675 al. 2 CCS permet de plus l'aménagement du droit de superficie en régime de propriété par étages⁴. Deux hypothèses peuvent se présenter :

- a) Un droit de superficie appartient à la fois à plusieurs superficiaires, qui préfèrent soumettre leurs rapports aux règles sur la propriété par étages plutôt qu'aux règles générales de la copropriété.
- b) Un superficiaire ordonne son droit de superficie de manière à pouvoir le céder partiellement ou totalement sous forme de parts bien délimitées.

¹ Freimüller, p. 28; Haab, 675, 5, 12 ss.; Leemann, 779, 10; Liver, Not. bern. 1959, 51ss.; Meier-Hayoz, 675, 3, 11, 17ss.; Wild, p. 296.

² Bolla, p. 263.

³ Eggen, RSNRF 46 (1965), 272.

⁴ Art. 712 d al. 2 CCS; art. 712 e al. 1 CCS; FF 1962 II 1494; Bull. stén. CE 1964, 327; Freimüller, p. 33; Montchal et Pillet, pp. 25ss.

Les régimes du droit de superficie et de la propriété par étages sont alors étroitement liés.

3. 2. B. *La partie de construction.*

L'art. 675 CCS pose le problème d'interprétation suivant : Le terme « construction » englobe-t-il la partie de construction ? La doctrine est divisée à ce sujet. Certains auteurs¹ comprennent dans un sens large l'interdiction de l'art. 675 al. 2 CCS. Cette disposition serait exemplative, interdisant non seulement le droit de superficie sur les étages d'une maison, mais aussi le droit de superficie sur toute autre partie de construction. D'autres auteurs², beaucoup moins nombreux, lisent étroitement cette disposition, en affirmant que seuls les étages d'une maison sont visés. Nous nous rallions à l'opinion dominante.

Distinguons trois cas dans lesquels une construction est réduite en parties.

1. Une construction complexe est divisée en plusieurs parties formant elles-mêmes des parties principales. Un droit de superficie peut porter sur chacune d'elles.
2. Une construction est divisée en partie principale et partie(s) intégrante(s).
3. Une construction, en tant que partie principale, est divisée en deux ou plusieurs parties égales ou inégales. Il s'agirait en quelque sorte de conper au couteau une usine, un atelier ou une maison locative, avec le résultat que certains locaux seraient arbitrairement divisés quant à leur propriété.

Dans les deux dernières hypothèses, les deux seules qui posent un problème, le rejet de la possibilité d'un droit de superficie se justifie de la manière suivante.

Deuxième hypothèse. — Le droit de superficie a pour effet de rompre l'accession entre le fonds et la construction. Il ne va

¹ Haab, 675, 5 ; Leemann, 779, 11 ; Meier-Hayoz, 675, 19 ; Piotet, ZBJV 104 (1968), 44 ; RSNRP 43 (1962), 62a. ; Tobler, p. 26.

² Freimüller, p. 29, n'est pas très clair en cette matière. Il n'énonce pas de principes généraux, mais prend position sur des points de détail sans motiver avec conviction ses opinions.

Liver, Not. bern. 20 (1959), 46ss., traite d'un cas partionlier, celui d'une installation de chauffage à distance. Dans cette hypothèse spéciale, nous arriverions aux mêmes conclusions.

pas plus loin. Il ne rompt pas l'accession entre la construction et ses parties intégrantes¹. Ces dernières ne sont d'ailleurs soumises à l'accession du fonds qu'en raison de leur lien avec la partie principale. Un droit de superficie est donc incompatible avec les parties intégrantes. Mais, sur la partie principale, il s'étend automatiquement aux parties intégrantes en vertu de la règle impérative de l'art. 642 CCS.

Troisième hypothèse. — a) Si l'interprétation étroite est conforme à la règle générale de l'interprétation stricte des exceptions, elle ne justifie la place de l'art. 675 al. 2 CCS dans la systématique du CCS que par la plus grande potentialité du droit de superficie d'être employé pour accorder des droits de propriété par étages. L'interprétation large, par contre, place l'art. 675 al. 2 CCS au seul endroit judicieux, puisqu'il concerne le contenu du droit de superficie. L'art. 675 al. 2 CCS limite donc aux constructions elles-mêmes, non à leurs parties, le droit de superficie, et énonce le cas le plus important, celui des étages d'une maison, en condamnant par là-même cette institution.

b) A la base du droit suisse, il y a l'idée que certaines choses forment un tout, un seul objet de propriété, et qu'elles ne peuvent être divisées. La construction, contenu du droit de superficie, est immobilière; elle doit être indépendante, en quelque sorte capable de vivre pour elle-même². Cette exigence a été posée par le législateur :

« Si quelqu'un a un droit sur un étage d'une maison, sans être propriétaire du sol, il n'est pas un superficiaire, par l'excellente raison que son droit ne porte pas sur un bien distinct »³. La notion de bien distinct est donc primordiale. Or la division physique d'une construction en des endroits non fonctionnels (des locaux seraient partagés, etc.) contrevient à l'unité naturelle et économique de celle-ci⁴. Et nous ne confondons pas les notions de chose indivisible et de partie principale.

Ces considérations, pour pertinentes qu'elles soient, sont générales et nécessitent un exposé juridique plus technique. Afin de

¹ Tobler, pp. 26ss.

² Haab, 675, 5 : L'indépendance de la construction est une question de fait qui se détermine d'après les conceptions de la vie courante.

³ Mot IV n 71

trouver une explication satisfaisante, il est indispensable de se demander quelle est l'essence de la construction. Le droit suisse ne se prononce pas expressément à ce sujet. Il se borne à définir la partie intégrante d'une manière tout à fait générale (art. 642 CCS) et à dire que les constructions sont soumises au principe de l'accession (art. 667 CCS).

On remarque que chaque *matériau*¹ utilisé pour édifier la construction répond à la définition de la partie intégrante, notion relative, car il s'agit toujours de s'intégrer à quelque chose, représenté souvent par un ensemble de parties intégrantes. Il faut admettre qu'une construction est un concept abstrait, un conglomérat de parties intégrantes. Le BGB s'exprime en ce sens (§ 94 al. 2 BGB).

L'essence de la construction étant déterminée, il est facile d'expliquer pourquoi une partie de construction ne peut faire l'objet d'un droit de superficie. De par la loi, les parties intégrantes suivent le sort de la partie principale, et cela impérativement. Rien ne peut s'y opposer. L'accession au sol est moins forte que le lien de partie intégrante. Le droit de superficie ne rompt que l'accession au sol, non pas le lien de partie intégrante. Ainsi une construction ne peut faire l'objet d'un droit qu'en tant que telle; elle ne peut être divisée pour faire l'objet de plusieurs².

c) La notion d'unité naturelle et économique de la construction permet d'expliquer la teneur de l'art. 675 al. 2 CCS qui interdit la propriété par étages sans mentionner les autres parties. C'est que seul l'étage peut être considéré, à l'intérieur d'une maison, comme une unité naturelle économique (la loi sur la propriété par étages repose sur cette idée). De ce fait, il fallait préciser que même les étages d'une maison ne peuvent faire l'objet d'un droit de propriété séparé.

d) Les articles précédant l'art. 675 CCS sont aussi basés sur l'idée de l'unité naturelle et économique de la construction, juridiquement exprimée par le concept des parties intégrantes. L'art. 674 CCS règle les rapports créés par l'empiètement en conservant toujours à une seule personne la propriété de la construction.

¹ Mot. IV, p. 47 : « ... la partie intégrante, de par sa nature, n'a d'autre destination que celle d'être partie d'un tout, comme les matériaux de construction;... ».

² Mot. IV, p. 70 : « ...le droit de superficie »... « ...s'entend d'un bâtiment élevé tout entier sur le fonds d'autrui ».

L'autre possibilité est la destruction. Mais il est impossible d'avoir un propriétaire pour une part, un autre pour une autre. Les art. 671 à 673 CCS s'occupent aussi de cas de propriété de constructions sans jamais les diviser. Elles reviennent soit à l'un, soit à l'autre des intéressés.

e) Les notions de chose divisible et indivisible se trouvent dans le CCS¹.

f) La solution du droit allemand est claire. Elle exclut l'« Erbbaurecht » sur les parties d'une construction, en particulier sur les étages d'une maison². Le droit autrichien connaît une solution identique³.

Nous concluons que seules les constructions répondant aux conditions de l'art. 675 al. 1 CCS peuvent faire partie du contenu du droit de superficie et que les parties de constructions ne le peuvent pas.

3. 2. C. *Les constructions reposant sur plusieurs fonds.*

De la règle qui vient d'être énoncée, nous devons tirer la conclusion logique que les constructions reposant sur plusieurs fonds ne peuvent appartenir au contenu du droit de superficie. En effet, chaque fonds serait grevé d'un droit de superficie différent ayant pour contenu la partie de la construction qu'il contient.

Cette opinion s'oppose à la doctrine presque unanime qui admet qu'une construction reposant sur plusieurs fonds peut faire l'objet de droits de superficie⁴. Du moment que la majorité de la doctrine⁵ s'oppose à un droit de superficie sur une partie de construction, elle se contredit. Nous reconnaissons qu'à part Leemann, dont l'opinion est nuancée⁶, les auteurs s'expriment sur l'un ou l'autre des problèmes. Nous pensons qu'ils sont étroitement liés. Celui de la construction reposant sur plusieurs fonds n'est qu'un cas particulier du droit de superficie sur une partie de construction.

¹ Art. 651 al. 2 CCS; art. 612 al. 1 CCS; Meier-Hayoz, ST, 103ss.

² § 1 al. 3 ErbBVO.

³ § 1 al. 3 BauBG.

⁴ Mess. P-LDS (FF 1963 I 1017s.); Eggen, RSNRF 46 (1965), 285; Leemann, 779, 12; Liver, Not. bern. 1959, 58 ss.; Pilet, pp. 102 ss.; contra: Mess. P-LDS (FF 1963 I 1017s.); Liver, Not. bern. 1959, 58ss.; Schneeberger, pp. 270s. Ces objections sont réfutables à l'exception de celle de l'unité de la construction.

⁵ Cf. p. 125.

⁶ 779, 11 s.

Le législateur laisse une certaine liberté dans ce domaine :

« Quant à savoir si l'on peut édifier sur cet immeuble une construction qui ne serait que partie d'un bâtiment s'étendant sur les immeubles voisins, c'est une question qui est sans rapport avec la constitution du droit de superficie, mais relève, le cas échéant, de la police des constructions. A Zurich, par exemple, le permis de construire est refusé pour un tel projet »¹.

En Allemagne, la conclusion logique de l'impossibilité de droits de superficie sur une construction reposant sur plusieurs fonds a été tirée du § I al. 3. ErbbVO.

Une construction portant sur plusieurs fonds peut néanmoins appartenir à un superficiaire. Le moyen est la servitude d'empiètement. Il n'y a qu'un superficiaire, propriétaire de la construction dans son entier, et titulaire de servitudes d'empiètement pour les parties reposant sur d'autres fonds.

3. 3. *Les constructions mobilières.*

Les constructions mobilières, pas plus que les plantes ou les parties d'une construction, ne peuvent faire partie du contenu du droit de superficie². L'art. 675 CCS n'est applicable qu'aux constructions immobilières. Cela résulte clairement de la lettre du CCS et du but du droit de superficie.

a) *De la lettre du CCS.* — L'art. 677 CCS traite spécialement des constructions mobilières. Il les définit, en précisant qu'elles appartiennent à leur propriétaire, non au propriétaire foncier. Leur définition ne répond pas aux conditions de l'art. 675 CCS, qui s'oppose à l'art. 677 CCS. Elles ne sont pas élevées durablement sur le fonds.

b) *Du but du droit de superficie.* — Les constructions immobilières sont parties intégrantes du fonds sur lequel elles reposent. Le but du droit de superficie est de rompre le principe de l'accession et d'accorder la propriété d'une construction à une autre personne que celle à laquelle appartient le fonds. Il n'a pas de raison d'être pour les constructions mobilières qui, de par la loi, appartiennent déjà à leurs constructeurs.

¹ Mess. P-LDS (FF 1963 I 1018).

² Il ne faut pas confondre ce problème du contenu du droit de superficie avec celui de la nature juridique de la construction une fois le droit de superficie existant (cf. pp. 136s.). Piotet, JT 1967 I 274.

4. Les stipulations à effet réel concernant les constructions.

Nous avons tenté de définir le concept de construction tel qu'il se dégage des art. 675 et 779 CCS. Bien que suffisante juridiquement, cette notion n'est qu'un cadre, représentant le maximum de ce qui peut être offert par un droit de superficie. De tout temps, il a été admis que les parties pouvaient remplir ce cadre avec effet réel. L'art. 779 b CCS, voulant constater cette règle, n'apporte que de la confusion¹. Il n'est pas d'un grand secours non plus en ce qui concerne le genre exact de dispositions contractuelles pouvant être prises. Il n'est qu'explicatif et énumératif, dans tous les cas pas exhaustif. Ne donnant satisfaction dans aucun de ses aspects, il aurait été préférable qu'il ne fût pas adopté. Vu son existence, passons rapidement en revue son contenu².

Ont effet réel les dispositions contractuelles, par quoi il faut entendre les précisions apportées par les parties à la définition des art. 675 al. 1 et 779 al. 1 CCS, concernant :

- les effets du droit de superficie,
- l'étendue du droit de superficie.

Ces deux termes légaux n'ont manifestement pas le sens qui leur est généralement donné dans ce travail. Par « effet » et « étendue » au sens de l'art. 779 b CCS, il faut entendre :

La situation de la construction. — Il s'agit plus spécialement de la désignation de l'endroit où la construction sera élevée (problème des distances à respecter avec les fonds voisins, etc.) et de son orientation, soit d'un des éléments essentiels de l'exercice du droit de superficie, avoir une construction.

La structure de la construction. — Sous cette rubrique sont fixés les dimensions, la forme, le style et la couleur de la construction. Le genre de matériaux à employer peut être imposé. Même des plans détaillés ont un effet réel³.

¹ Cf. p. 115.

² Mess. P-LDS (FF 1963 I 1007a.); Bolla, p. 263; Eggen, RSNRF 46 (1965), 273; Freimüller, p. 51; Leemann, 779, 37 s.; Pilet, p. 228; Plattner, pp. 262 s.; Stoecklin, pp. 35ss.

³ Mess. P-LDS (FF 1963 I 1007); Leemann, 779, 37.

Le volume de la construction.

La destination de la construction. — Cette détermination de l'usage des bâtiments a un caractère social et économique. Il n'est évidemment pas égal au propriétaire foncier que la construction soit utilisée comme hôpital, pensionnat ou maison locative. La destination de la construction peut être fixée par simple ordre : incorporer la maison sans perturber un quartier d'habitation, par une défense : interdiction d'utiliser la construction pour une activité bruyante, ou par des dispositions tout à fait précises : construction aux fins de garage, maison locative, fabrique, hôpital, etc.

L'utilisation des surfaces non bâties. — De telles précisions permettent au propriétaire foncier de conserver plus ou moins les prérogatives de son droit de propriété sur les parties non bâties. Peuvent être prévues notamment : une interdiction de construire, l'utilisation de ces parties comme places de jeux, zones de verdure ou parcs à voitures.

Ces diverses dispositions contractuelles dépendent souvent l'une de l'autre, s'excluant parfois mutuellement. Les parties peuvent évidemment adopter d'autres clauses destinées à préciser les prérogatives du superficiaire quant à la construction. Nous pensons spécialement à :

La fixation d'un délai pour construire. — Si rien n'est prévu dans le contrat, le propriétaire foncier ne peut obliger le superficiaire à construire. Ce dernier a le droit de construire, mais il n'a aucune obligation de le faire. S'il n'est pas tenu à construire, il peut, à plus forte raison, exercer son droit quand bon lui semble.

Les parties peuvent convenir d'une période au cours de laquelle la construction sera érigée, en fixant, par exemple, un délai de trois ans après l'octroi du droit de superficie. Si le superficiaire n'exerce pas son droit durant cette période, il ne pourra plus le faire par la suite. Il ne s'agit pas d'une obligation de faire, mais simplement de la précision de l'exercice du droit du superficiaire. Une telle limitation, pouvant rendre de grands services dans l'hypothèse d'une construction à but social, a un effet réel.

De l'art. 779 b CCS, il faut donc tirer l'enseignement suivant : Ont effet réel toutes les dispositions contractuelles visant à définir avec plus de précision le concept de construction se trouvant aux

art. 675 al. 1 et 779 al. 1 CCS. Ces dispositions contractuelles ont un double effet : limitant le contenu du cadre du droit de superficie, elles restituent au propriétaire foncier une partie des prérogatives qui lui sont enlevées par le contenu cadre.

5. *Les sanctions en cas de violation des stipulations à effet réel.*

5. 1. *Le problème.*

Qu'arrive-t-il si le superficiaire outrepassé le contenu du droit de superficie, s'il ne s'en tient pas aux conditions relatives à ce contenu, si, par exemple, il construit une maison de dix étages au lieu de deux, une usine au lieu d'un hôtel, sur un emplacement différent de celui qui lui est assigné ? Peut-il néanmoins se prévaloir de son droit de superficie ?

Le problème des effets de la violation du contenu du droit de superficie est extrêmement important. Il met en cause l'existence même de ce droit. La doctrine¹ ne s'en est que partiellement occupée jusqu'à ce jour, ne traitant en général que l'hypothèse des violations légères et les remèdes à disposition du propriétaire foncier.

Disons que les violations graves, telles que la construction d'un gratte-ciel au lieu d'une maison familiale, sont presque académiques. En effet, si, sur le plan pratique, de petites violations peuvent avoir lieu, les grandes sont presque impossibles. En général, la construction ne peut être érigée qu'en vertu d'une autorisation de construire qui n'est accordée normalement qu'avec le consentement du propriétaire foncier. Si le superficiaire viole les plans sanctionnés par l'autorité, une simple dénonciation à la police des constructions suffit à faire cesser l'édification du bâtiment non conforme².

5. 2. *Les effets sur le mécanisme du droit de superficie.*

L'effet du droit de superficie est de rompre l'accession entre le fonds et la construction. Si le contenu du droit de superficie est celui de l'art. 779 al. 1 CCS, l'accession sera brisée pour toutes

¹ Brandenburger, pp. 65ss.; Freimüller, pp. 56ss.; Haab, 675, 9; Leemann, 779, 38s.; Liver, ZBJV 94 (1958), 385; Meier-Hayoz, 671, 4, 5, 7; Pilet, p. 122; Stoecklin, p. 39; Witt, pp. 76ss.

² Stoecklin, p. 39.

les constructions érigées sur le fonds. Si des précisions ont été apportées à ce contenu conformément à l'art. 779 b CCS, alors l'accession n'est rompue que dans la mesure de ces précisions. En d'autres termes, le droit de superficie ne peut exister en tant que tel que si son contenu est respecté.

Le problème est celui de savoir quand le contenu du droit de superficie est respecté et quand il ne l'est pas. Il va de soi qu'une modification mineure apportée volontairement ou par négligence aux plans figurant au registre foncier ne justifie pas une sanction aussi importante que la non rupture de l'accession pour la construction. Il faut donc distinguer les violations légères du contenu du droit de superficie, qui n'ont aucune influence sur les effets du droit, des violations graves, qui empêchent le droit de produire ses effets quant aux constructions dissidentes. Il n'y a pas de moyen terme en ce qui concerne les effets. Ou bien le droit de superficie rompt l'accession, ou bien il ne la rompt pas.

Il n'est pas possible d'énumérer ici les cas de violations graves et ceux de violations légères. Les circonstances de chaque espèce jouent un rôle considérable. C'est au juge d'en tenir compte en raison de son pouvoir d'appréciation. Les principes généraux devant régir cette matière sont les suivants :

A. Il y a violation grave du contenu du droit de superficie lorsque la construction ne correspond pas aux éléments essentiels déterminés par le contenu du droit de superficie.

Tel est le cas dans les exemples suivants :

A. a. La construction est érigée sur un autre emplacement que celui prévu par le contrat de superficie¹. L'accession n'est rompue par le droit de superficie que pour l'endroit prévu, et non pour le reste de l'immeuble que le propriétaire foncier peut employer conformément aux règles générales sur la propriété foncière, ou que d'autres superficiaires peuvent utiliser aux fins d'élever une construction leur appartenant en propre.

A. b. Le superficiaire érige une construction de dix étages, au lieu de deux prévus dans le contrat de superficie². Les conditions géographiques sont remplies pour la rupture théorique de l'accession. Mais la construction n'est pas celle prévue dans le contrat de superficie. En d'autres termes, le superficiaire n'a pas

1 La plupart des auteurs traitant le sujet sont d'accord sur ce point.

2 Leemann, 779, 38.

fait usage de son droit de construire un bâtiment de deux étages. Il a construit sans droit un bâtiment de dix étages. L'accession ne peut être rompue que pour la construction composant le contenu du droit de superficie.

A. c. Au lieu d'employer la construction en tant qu'hôpital, le superficiaire y a installé une industrie bruyante¹. Ce cas doit être assimilé au précédent. Il n'y a pas de commune mesure entre l'hôpital pour lequel le droit a été octroyé et l'usine de fait en activité.

B. Il y a violation légère du contenu du droit de superficie lorsque la construction ne correspond pas quant à certains détails seulement à celle composant le contenu du droit de superficie.

Voici quelques exemples de violations légères, parallèles à ceux des violations graves :

B. a. La construction est légèrement désaxée sur la droite ou sur la gauche. Que le superficiaire reçoive la propriété entière de la construction, malgré ce petit décalage, résulte de la théorie des parties intégrantes et du principe de l'unité de la construction.

B. b. Les volets de la construction sont verts au lieu d'être rouges. La justification est la même que précédemment.

B. c. La construction prévue pour être un hôpital a une section faisant office de maternité, non comprise dans l'énumération du contrat de superficie. La construction est conforme aux plans déposés au registre foncier en tous points. L'accession est rompue. Le détail de l'incorporation d'une maternité ne peut avoir d'influence sur cette question de répartition de la propriété.

De nombreux cas sont à la limite. A qui attribuer la construction contenant trente appartements au lieu de vingt-huit ? C'est là qu'interviendra le juge, en tenant compte de toutes les circonstances.

Les développements précédents et les suivants supposent évidemment que le propriétaire foncier n'a pas consenti à la dérogation au contrat de superficie, auquel cas le contenu doit être considéré comme modifié, et devient opposable aux tiers s'il apparaît au registre foncier.

¹ Brandenburger, p. 65; Haab, 675, 9.

5. 3. *Les moyens à disposition des parties pour rétablir l'équilibre détérioré par la violation du contenu du droit de superficie.*

A. *En cas de violation grave.*

Le propriétaire foncier est propriétaire d'une construction contre son gré. Que va-t-il faire ? De deux choses l'une :

- Il ne veut pas garder la construction. Il peut, en vertu de l'art. 671 al. 3 CCS, exiger qu'elle soit enlevée aux frais du superficiaire, qui a construit sans son assentiment¹.
- Il veut garder la construction. Etant propriétaire sans avoir rien payé, il doit indemniser le superficiaire. En vertu de l'art. 672 al. 1 CCS², il doit lui payer une indemnité équitable qui, si la construction a été faite de mauvaise foi, « pourra ne pas excéder la valeur minimale des constructions pour le propriétaire du fonds » (art. 672 al. 3 CCS). Les dommages-intérêts sont fixés conformément aux règles générales des art. 41 ss., 62 ss., 97 ss. CO³.

Dans les deux hypothèses, si la valeur des constructions excède évidemment celle du fonds et que le superficiaire est de bonne foi, il peut demander que la propriété du tout lui soit attribuée, contre paiement d'une indemnité équitable (art. 673 CCS).

B. *En cas de violation légère.*

Les violations du contenu du droit de superficie sont des violations au sens de l'art. 641 al. 2 CCS⁴. Pour sa défense, le propriétaire foncier dispose de l'« actio negatoria » (art. 641 al. 2 CCS) et des moyens de la protection de la possession (art. 928 CCS) le cas échéant⁵. Il peut se prévaloir aussi de l'art. 679 CCS⁶, qui est une « lex specialis » par rapport à l'art. 641 al. 2 CCS⁷. Il peut donc exiger la suppression de la violation.

Une telle suppression peut occasionner des frais disproportionnés pour le superficiaire et être ainsi contraire à l'équité. Dans des circonstances semblables, l'art. 674 al. 3 CCS, appliqué

¹ Haab, 671/673, 20; Meier-Hayoz, 671, 5.

² Haab, 671/673, 26; Meier-Hayoz, 672, 2.

³ Meier-Hayoz, 672, 10.

⁴ Liver, ZBJV 94 (1958), 385.

⁵ Liver, ZBJV 94 (1958), 386.

⁶ Witt, p. 76.

⁷ ATF 73 II 156s.; Meier-Hayoz, 641, 78; 679, 30.

par analogie¹, vient à son secours. Si donc le propriétaire foncier, après avoir eu connaissance de la violation, ne s'y est pas opposé en temps utile, le superficiaire peut demander, s'il est de bonne foi (par exemple, le plan était mal dessiné) et si les circonstances le permettent, que la violation soit reconnue comme faisant partie du contenu du droit de superficie.

C. *Le droit de retour anticipé.*

Le propriétaire foncier a un moyen supplémentaire de faire rétablir les violations du contenu du droit de superficie. Il peut menacer le superficiaire d'exercer son droit de retour anticipé (art. 779 f à 779 g CCS), voire l'exercer effectivement. Dans la dernière hypothèse, il ne s'agira pas de corriger les violations, mais plutôt de punir le superficiaire. Le droit de retour anticipé peut intervenir aussi bien en cas de violation grave qu'en cas de violation légère. Il consiste en effet à demander le transfert du droit de superficie avec tous les droits et charges qui y sont attachés, et non seulement à répartir différemment la propriété des constructions. Il ne se recouvre pas uniquement avec la violation grave, car le critère de l'excès grave de l'art. 779 f CCS n'est pas forcément le même que celui justifiant la non rupture de l'accession. De plus, le droit de retour anticipé sanctionne aussi la violation d'obligations contractuelles².

6. *La nature juridique de la construction.*

Nous avons vu³ que les constructions mobilières ne peuvent appartenir au contenu du droit de superficie. Reste à examiner une autre question, qui lui est d'ailleurs parente. Quelle est la nature juridique de la construction composant le contenu d'un droit de superficie ?

Le CCS définit les choses mobilières à l'art. 713 CCS. Il ne donne par contre aucune définition de la chose immobilière. A l'art. 655 CCS, il définit les immeubles. La construction de l'art. 675 CCS ne répond pas à la définition de l'art. 713 CCS. Elle ne se trouve pas dans l'énumération de l'art. 655 CCS. On doit, par

¹ Sur l'étendue de l'application analogique, cf. Freimüller, pp. 57s; Witt, pp. 76s.; voir aussi : Haab, 675, 9; Liver, ZBJV 94 (1958), 386.

² Pour les autres différences entre le droit de retour anticipé et les actions générales des droits réels, cf. Freimüller, pp. 8^{is}.

³ Cf. p. 129.

conséquent, en déduire qu'il s'agit d'une chose immobilière qui n'est pas un immeuble¹. Elle est unie physiquement d'une manière durable avec un fonds, juridiquement intimement attachée au droit de superficie, ce lien remplaçant celui de l'art. 667 CCS, entre elle et le fonds. Nous pensons que juridiquement les notions de chose immobilière et d'immeuble sont différentes, et qu'il faut soigneusement les distinguer².

En Allemagne, la nature juridique de la construction est discutée³.

§ 2. Le droit d'avoir ou de faire une construction.

Conformément à l'art. 779 al. 1 CCS, le droit de superficie consiste à avoir ou faire une construction. La doctrine est aujourd'hui unanime sur la signification de ces termes. Un fonds bâti peut aussi bien faire l'objet d'un droit de superficie qu'un fonds non bâti. Dans les deux cas, le superficiaire acquiert la propriété sur les constructions.

Cette question a été controversée en Allemagne, où l'on soutenait que seuls les fonds bâtis pouvaient faire l'objet d'un droit de superficie. En Suisse, la dissidence se manifestait en sens contraire : certains auteurs prétendaient que seuls les fonds non bâtis pouvaient faire l'objet d'un droit de superficie. Ils s'appuyaient essentiellement sur les travaux préparatoires du CCS⁴ et sur les divergences rédactionnelles du texte du CCS⁵.

¹ Brandenburger, pp. 82a.; Leemann, 779, 68; 779, 9, fait le raisonnement suivant : L'art. 779 CCS n'exige pas que le lien entre la construction et le fonds soit durable. L'art. 779 al. 3 CCS distingue entre droit de superficie permanent et non permanent. En conséquence une construction mobilière peut être l'objet d'un droit de superficie non permanent. — Leemann admet que la définition du terme construction de l'art. 779 CCS se trouve à l'art. 675 CCS. La durabilité y est exprimée. Par conséquent, à l'art. 779 CCS aussi le lien doit être durable. Le caractère permanent n'a aucune influence sur le contenu du droit.

² Opinion contraire : Meier-Hayoz, ST, 95; Haab, Einl. 27.

³ Ingenstam, § 12 ErbhVO, 7.

⁴ Les art. 773 AP et 770 P parlent respectivement de « droit d'élever et d'entretenir » et de « droit de faire et d'entretenir ». Ce qui exclut l'hypothèse d'une construction préexistante. Ainsi Eugène Huber dit sans équivoque au Conseil national (Bull. stén. CN 1906 A, 585) : « Par droit de superficie, nous entendons le droit d'élever et d'entretenir une construction sur le fonds d'autrui » (trad.). Le législateur a vraisemblablement opté pour cette solution dans un but social (encourager la construction). Cependant, ce texte, adopté tel quel par les Chambres, ne fut pas transcrit dans le CCS. Il y a là une correction de la commission de rédaction qui a de graves conséquences.

⁵ Alors que les textes français et allemand sont similaires, le texte italien dit : « di fare e mantenere una costruzione sul suo fondo ». Il s'agit d'une erreur de traduction (Cf. Bolla, p. 257).

§ 3. *La durée du droit de superficie.*

Les dispositions sur la durée du droit de superficie font partie du contenu du droit de superficie¹. Elles déterminent quand et pendant combien de temps le droit existera².

L'art. 779 I CCS, intitulé « durée maximum », range le droit de superficie en deux catégories :

- Les droits de superficie distincts dont la durée ne peut être prévue pour plus de cent ans.
- Les autres droits de superficie dont la durée n'est pas limitée.

Le CCS ne prévoit donc pas de limite inférieure, si ce n'est trente ans pour le droit de superficie permanent³.

On peut douter de la valeur du critère de distinction. Le but dogmatique de la limitation est d'éviter que le droit de propriété ne soit vidé de sa substance. Si les droits de superficie ayant l'aspect d'une servitude foncière ou d'une servitude personnelle au sens de l'art. 781 CCS ne peuvent mettre en danger le droit de propriété, le droit de superficie distinct ne menace pas forcément sa substance. Son contenu peut être relativement limité. La méthode de l'avant-projet de la loi sur le droit de superficie, recourant à une clause générale, se serait mieux adaptée aux buts poursuivis. Seul le droit de superficie privant le propriétaire foncier de l'usage de son fonds en entier ou pour une partie importante devait avoir une durée limitée⁴.

L'art. 779 I al. 2 CCS permet de prolonger le droit de superficie en tout temps pour une durée maximum de cent ans. Il n'est pas nécessaire d'attendre la fin de l'écoulement de la durée prévue. Il est ainsi possible de prolonger le droit de superficie chaque année en ayant toujours devant soi une période de cent ans.

¹ Brandenburger, pp. 63s; Leemann, 779, 43; Klöti, p. 51.

² Cf. p. 107.

³ Art. 7 al. 2 ch. 2 ORF. En Autriche, la limite inférieure est de 30 ans.

⁴ Art. 779 quater AP-LDS.

CINQUIÈME PARTIE

Les effets du droit de superficie

DEFINITION

Les effets du droit de superficie représentent l'aspect dynamique de ce droit. Il s'agit des transformations opérées par l'octroi d'un droit de superficie, des changements subis par les différentes personnes ou éléments des divers rapports juridiques préexistants à la naissance du droit. Étudier les effets du droit de superficie, c'est étudier un moment dans le temps, un passage.

Chapitre 1. *Le principe de l'accession*

Le principe de l'accession et le droit de superficie sont intimement liés. On ne peut comprendre les effets du second sans se référer au premier.

L'existence et la place de l'art. 675 CCS dans la systématique de notre Code prouvent l'importance de ce principe dans le mécanisme du droit de superficie. Cela est particulièrement visible depuis l'adoption de la loi sur le droit de superficie qui ne modifie en rien l'ordonnance du Code quant à la place de l'art. 675 CCS. Elle complète l'art. 779 CCS, car le droit de superficie est une servitude, et sa réglementation est dominée par le droit des servitudes. Mais elle n'intègre pas la règle posée à l'art. 675 CCS, trop intimement liée à celles sur la propriété pour en être dissociée. En tant qu'exception au principe de l'accession, elle est exposée juste après la règle générale.

Selon le principe de l'accession¹, certains biens, unis à d'autres (parties principales) dans des circonstances déterminées, en suivent le sort juridique et perdent leur capacité indépendante d'objet de droit.

La loi détermine les circonstances dans lesquelles l'accession, qui a toujours pour effet d'unir le sort juridique de deux biens, s'applique. Les cas les plus fréquents sont ceux des art. 642 et 667 CCS². L'art. 642 CCS énonce le principe de l'accession pour les parties intégrantes³. L'art. 667 al. 2 CCS dit que les constructions, les plantations et les sources sont soumises à l'accession, qu'elles remplissent les conditions pour être parties intégrantes ou non. En ce qui concerne ces trois catégories de biens,

¹ Hasb, 642, 5; 667, 13, 18; Meier-Hayoz, 642, 24, 33, 38; 667, 1, 5, 6, 33, 34, 35, 36; Nenenschwander, p. 50; Rossel et Menzha, II, pp. 337ss.; Wieland, I, p. 36.

² Nous verrons aux pages suivantes celui de l'art. 675 CCS.

³ Concernant les conditions de la partie intégrante, cf. art. 642 al. 2 CCS et les commentaires qui s'y rapportent.

l'art. 667 al. 2 CCS est plus large que l'art. 642 CCS. Ainsi, si la notion d'accession est souvent en relation avec celle de partie intégrante, l'une ne recouvre pas l'autre. L'accession est une règle valable pour de nombreux rapports entre deux biens différents, dont font partie ceux invoqués à l'art. 642 CCS. Elle régit un lien. L'hypothèse de la partie intégrante n'est qu'un cas d'existence de ce lien.

Le principe de l'accession doit être compris dans un sens large. Il ne s'agit pas seulement de la propriété, mais aussi de tous les autres droits réels qui portent sur les objets énumérés. L'accession a un caractère impératif¹ et les parties ne peuvent y déroger par convention. Seule la loi est en mesure de prévoir des exceptions. Elle le fait, après l'avoir annoncé en posant le principe², dans la suite du chapitre consacré aux effets de la propriété foncière. Les voici :

- les démarcations communes (art. 670 CCS),
- les constructions empiétant sur le fonds d'autrui (art. 674 CCS),
- le droit de superficie (art. 675 CCS),
- les condnites et canaux (art. 676 CCS).

Chapitre 2. *La description des effets du droit de superficie*

Afin d'exposer le plus clairement possible les effets du droit de superficie, nous allons diviser ce chapitre en trois tableaux présentant la situation des liens juridiques avant la constitution du droit de superficie, sous le régime du droit de superficie, après l'extinction du droit de superficie.

Premier tableau. — *La situation avant la constitution du droit de superficie ou les effets de la propriété foncière*³.

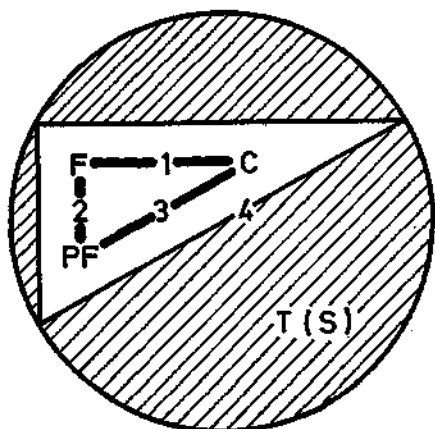
Les personnes et les choses liées entre elles d'une manière déterminante sont :

¹ Cela est la cause d'une des différences fondamentales entre le droit suisse et le droit français.

² Art. 667 al. 2 CCS : « Elle comprend, sous réserve des restrictions légales, ... ».

³ Il faut entendre cette expression dans un sens large, soit les effets de la propriété sur les immeubles de l'art. 655 CCS (y compris le droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier), en tenant compte des remarques faites au sujet du droit de superficie au deuxième degré (pp. 170 ss.).

- le propriétaire foncier (PF),
- le fonds (F),
- la construction (C),
- les tiers (T), dont fait partie le futur superficiaire.



1. Le lien fonds-construction.

Le lien entre le fonds et la construction est régi par l'art. 667 CCS qui énonce le principe de l'accession. En vertu de cette disposition, la construction et le fonds ne forment juridiquement qu'un seul objet de propriété, bien que, en fait, ils se présentent comme des biens distincts. Ils ont un sort juridique commun.

2. Le lien propriétaire foncier-fonds.

Le lien entre le propriétaire foncier et le fonds est un droit de propriété.

3. Le lien propriétaire foncier-construction.

En vertu de l'art. 667 CCS, le lien entre le propriétaire foncier et la construction est aussi un lien de propriété. Non seulement il a la même nature que le précédent, mais c'est le même puisque, juridiquement, il porte sur le même objet.

4. Rapport de ces liens avec les tiers.

Etant des liens réels, ils sont opposables aux tiers.

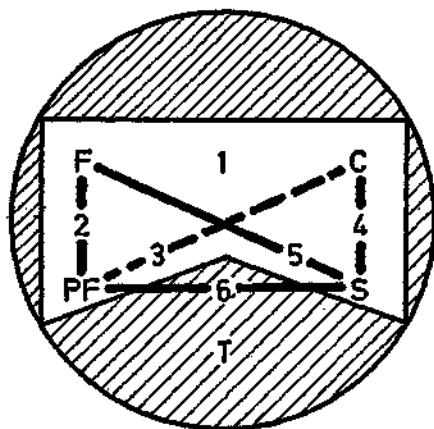
La loi crée donc un complexe harmonieux de liens très forts, qu'en principe personne ne peut détruire sans le consentement du propriétaire foncier.

Deuxième tableau. — *Les effets du droit de superficie.*

Le droit de superficie a pour effet principal de rompre l'harmonie des liens noués par le CCS pour la propriété foncière et d'introduire une personne supplémentaire :

— le superficiaire (S).

A un ordre juridique général, il va substituer un nouvel ordre juridique, exceptionnel.



1. Le lien fonds-construction.

Le lien juridique unissant le fonds à la construction est brisé. C'est l'effet le plus important du droit de superficie, celui qui conditionne tous les autres, que le fonds soit construit ou non. En d'autres termes, le droit de superficie se présente comme une exception au principe de l'accession. Il suspend le statut de partie intégrante de la construction. Il sépare la destinée commune de ces deux biens. L'art. 675 CCS rompt la fusion juridique opérée par les art. 667 et 642 CCS. Il revient en quelque sorte aux apparences matérielles. Cette coupure a une grande influence sur les autres liens réels.

2. *Le lien propriétaire foncier-fonds.*

La nature de ce lien, droit de propriété, reste la même. Par contre, sa quantité est limitée à deux points de vue :

- a) *Du point de vue de l'objet.* — Le droit de propriété du propriétaire foncier ne porte plus que sur le fonds, c'est-à-dire sur l'une des parties provenant de la rupture du lien fonds-construction.
- b) *Du point de vue de l'exercice.* — Le propriétaire foncier est fortement limité dans l'exercice de son droit. Selon le contrat de superficie, il doit tolérer que le superficiaire construise sur tout son fonds, ou sur une partie. Il lui reste cependant la faculté d'aliéner son immeuble, d'exercer un contrôle sur le superficiaire grâce à l'institution du droit de retour et d'importants avantages économiques (rente du droit de superficie). Ainsi, l'octroi d'un droit de superficie est une manière de faire fructifier son bien.

3. *Le lien propriétaire foncier-construction.*

Le lien unissant le propriétaire foncier à la construction en vertu du principe de l'accession est rompu¹.

4. *Le lien superficiaire-construction.*

Le lien entre le superficiaire et la construction est un droit de propriété.

5. *Le lien superficiaire-fonds.*

Le superficiaire est lié au fonds par un droit réel, à savoir une servitude². Tout droit de superficie, en Suisse, est une servitude.

6. *Le lien superficiaire-propriétaire foncier.*

Ce lien, personnel, est créé par le contrat de superficie.

¹ En fait, il est parfois remplacé par un autre lien qui lie également le propriétaire foncier à la construction (c'est ce qui distingue ce lien de celui existant entre le fonds et la construction, rompu dans tous les cas et ne pouvant plus exister tant que dure le droit de superficie). Il s'agit de l'hypothèse où le propriétaire foncier crée un droit de superficie dont il est bénéficiaire. Cela est possible en vertu des art. 733 et 735 CCS. Les qualités de propriétaire foncier et de superficiaire sont réunies dans la même personne. Ce lien n'est cependant pas le même qu'auparavant. Il s'agit d'un droit de propriété portant sur un objet bien déterminé : la construction.

² Le problème du droit de superficie en tant que servitude a été étudié dans la troisième partie (pp. 70 ss.).

7. *Rapport de ces liens avec les tiers.*

Les liens 1 à 5 sont des liens réels, opposables à tous.

Le lien 6 est un lien personnel n'engageant que les parties au contrat de superficie.

Troisième tableau. — *Les effets de l'extinction du droit de superficie.*

L'extinction du droit de superficie¹ a pour effet de tout faire rentrer dans l'ordre, c'est-à-dire de revenir à la situation juridique décrite dans le premier tableau. Elle fait renaître le principe de l'accession entre le fonds et la construction² et disparaître le superficiaire de la scène. Les objets de propriété distincts sont de nouveau réunis.

Chapitre 3. *Explication de la nature du lien construction-superficiaire*

§ 1. *Le principe.*

Il est unanimement admis que le lien entre la construction et le superficiaire est un droit de propriété³. Comme cela ressort clairement de l'art. 675 CCS, les constructions et autres ouvrages peuvent avoir un propriétaire distinct.

D'après sa situation dans le CCS, l'art. 675 CCS est une exception au principe de l'accession (art. 667 CCS), de même que les servitudes d'empiètement et les constructions mobilières. Les textes identiques des AP et P (« peuvent avoir un propriétaire distinct ») ne font que confirmer cette solution. A l'unisson, les trois textes proclament la volonté du législateur comme étant celle de dissocier la propriété, de créer une exception au principe « superficies solo cedit »⁴.

¹ Quel qu'en soit le mode : expiration du terme, droit de retour, etc.

² Respectivement entre le droit de superficie et la construction, s'il s'agit de l'extinction d'un droit de superficie au deuxième degré.

³ Freimüller, pp. 100ss.; Haab, 675, 8; Leemann, 779, 67s. La nature de ce lien est extrêmement importante. D'elle dépend l'englobement de la construction dans le transfert, la mise en gage, etc., du droit de superficie.

⁴ Voir surtout Mess., p. 64.

§ 2. *Les difficultés de l'explication de ce principe.*

Ce n'est pas la nature de ce lien en tant que telle, mais son explication qui a déjà fait couler beaucoup d'encre. Le problème n'est pas facile. Aussi les opinions divergent-elles fortement et les explications proposées sont-elles nombreuses. Nous en retiendrons deux en raison de leur pertinence.

§ 3. *La théorie de la partie intégrante¹.*

La construction est une partie intégrante du droit de superficie². Cette théorie, soutenue notamment par de nombreux auteurs allemands avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 1919, a été adoptée par cette ordonnance³. En Suisse⁴, on la critique et on la rejette. En effet, si elle peut être admise pour un droit de superficie en tant qu'immeuble, elle ne peut l'être pour les autres⁵.

§ 4. *La théorie de la doctrine dominante⁶.*

La construction est une chose immobilière sans être un immeuble ; en conséquence, elle n'est pas un objet indépendant des trans-

¹ Voici, très sommairement exposées, deux des autres théories les plus souvent soutenues pour expliquer la nature du lien entre la construction et le superficiaire :

1. La construction est une partie accessoire du droit de superficie. C'est la solution du droit autrichien (§ 6 BauRG). Les critiques adressées à la théorie de la partie intégrante valent ici « mutatis mutandis ».

2. La construction est une partie intégrante de l'immeuble et le superficiaire est propriétaire du sol dans le cadre du droit de superficie. Cette théorie est en contradiction avec la loi qui ne prévoit pas une double propriété du sol, a notamment été soutenue par Oertmann, Arch. f. bürger. R. 20, 184 ss. - Wieland, I, p. 629.

² Il ne faut pas confondre la construction en tant que partie intégrante du droit de superficie et les parties intégrantes de la construction.

³ § 12 ErbbVO. Cette théorie paraît quelque peu bizarre à certains auteurs allemands. Cf. Ingenstau, § 12 ErbbVO, 1. Elle le serait si l'« Erbbaurecht » n'était qu'un droit, mais c'est aussi un immeuble (§ 11 ErbbVO) et en conséquence, il peut avoir des parties intégrantes.

⁴ Cette théorie est soutenue par Nenenschwander, p. 50 : « Die auf Grund eines Baurechts erstellte Baute ist nicht Bestandteil des Grundstücks, sondern « Bestandteil » der Dienstbarkeit, da sie deren rechtliches Schicksal teilt ».

⁵ Si l'on raisonne en partant de la notion de la partie intégrante telle qu'elle est définie à l'art. 642 CCS, alors cette théorie doit être repoussée, car il ne peut exister un lien matériel entre la construction et le droit de superficie (qu'il soit immeuble ou non). C'est pour cette raison globale qu'il faut repousser cette théorie aussi bien pour les droits de superficie immeubles que pour les droits de superficie non immeubles.

⁶ Brandenburger, pp. 82s.; Freimüller, pp. 100ss.; Haab, 675, 8; Leemann, 779, 68; Pilet, pp. 127ss.

actions immobilières. Elle ne peut être l'objet de telles transactions que par le droit de superficie. Ce faisant, la propriété sur la construction est au droit de superficie ce que la propriété sur la construction est à la propriété sur l'immeuble. Tous deux représentent une unité indissoluble. La seule différence est qu'au lieu d'une propriété unitaire nous avons deux droits (droit de superficie et propriété de la construction), c'est-à-dire un complexe patrimonial traité comme un droit. En tant que droit principal, le droit de superficie est déterminant pour le traitement de ce complexe. La situation est analogue à celle des droits liés à la propriété sur un immeuble.

§ 5. Critique de ces deux théories.

Ces deux théories ne sont pas opposées. Elles sont même assez proches. Celle de la partie intégrante est précise, allant jusqu'à donner un nom au rapport considéré. Celle de la doctrine dominante est plus prudente. Elle décrit plutôt qu'elle ne nomme. La seconde nous paraît tout à fait conforme à la réalité quant à ce qu'elle s'applique à déterminer. Mais elle est incomplète. La première est allée jusqu'au bout, mais elle se heurte, en Suisse, à l'objection de la corporalité de la partie principale, et ne peut être admise comme telle. C'est cependant en approfondissant la théorie dominante dans le sens de la théorie de la partie intégrante que l'on arrivera à la solution la plus satisfaisante.

§ 6. L'accession comme solution au problème.

L'art. 675 CCS fait du droit de superficie la condition de la propriété particulière sur la construction. La seconde ne peut exister sans le premier. Il en découle qu'il n'y a pas moyen de les séparer et que seul le superficiaire peut être le propriétaire des constructions¹. Quelle est la nature de ce lien si étroit² mis par la loi³ comme condition à la propriété particulière? — C'est justement ce à quoi la doctrine dominante ne répond pas, et ce à quoi la théorie de la partie intégrante répond inexactement en ce qui concerne le droit suisse.

Nous pensons que la solution se trouve simplement dans l'ac-

¹ Freimüller, p. 102; Pilet, p. 128.

² Haab, 675, 8 : la propriété sur la construction est une prérogative inhérente au droit de superficie, indissolublement liée avec lui.

³ Pilet, p. 128.

cession. Le droit de superficie a pour effet de briser ce principe entre le fonds et la construction ; il doit aussi avoir pour effet de le faire renaître entre la construction et le droit de superficie¹. Il faut considérer que le texte de l'art. 675 CCS « peuvent avoir un propriétaire distinct » signifie un propriétaire distinct de celui de l'immeuble servant, mais le même que celui du droit de superficie, en vertu du principe de l'accession. L'art. 675 CCS, comme les art. 642 et 667 CCS, prévoit un cas d'accession. Donner à ce lien le nom d'accession (selon l'art. 667 CCS) ne va pas à l'encontre de la théorie dominante. Cela la précise. Il n'y a pas de ralliement à la théorie de la partie intégrante. Comme nous l'avons vu, la notion d'accession est différente de celle de la partie intégrante, elle est purement juridique.

En résumé, le droit de superficie rompt l'accession entre le bien-fonds et la construction pour l'établir par un autre lien de même nature entre la construction et le droit de superficie.

Chapitre 4. *Naissance et fin de la propriété particulière sur la construction*²

Une servitude peut être créée sans qu'un droit de propriété lui soit lié, par contre l'existence d'une servitude conditionne celle de la propriété particulière. Il faut distinguer deux cas :

1. *Droit de superficie sur un fonds non bâti.* — La propriété du superficiaire sur la construction apparaît avec l'édification de la construction. Elle naît originairement, grâce au jeu de l'accession au droit de superficie.

2. *Droit de superficie sur un fonds bâti.* — La propriété du superficiaire sur la construction naît au moment de la création du droit de superficie. Il s'agit d'une acquisition de propriété par accession au droit de superficie, de nature dérivée.

La propriété particulière sur la construction dure le temps du droit de superficie, après quoi l'édifice retourne au propriétaire foncier. Elle s'éteint avant la fin du droit de superficie en cas de destruction de la construction.

¹ C'est dans ce sens que nous comprenons les références à l'accession faites par Freimüller, p. 103.

² Freimüller, p. 103.

Il est impossible de renoncer à la propriété sur la construction sans renoncer en même temps au droit de superficie. La construction ne peut être sans maître. Elle n'est pas susceptible d'être occupée.

Chapitre 5. *Rapport entre propriété et servitude*

Il est une objection à la nature du droit de superficie suisse qui nous est souvent venue à l'esprit et que nous aimerions essayer de réfuter. Comment se fait-il qu'une servitude (un droit de superficie) puisse avoir pour conséquence d'accorder à son titulaire un droit de propriété? En d'autres termes, comment se fait-il qu'un droit réel restreint puisse donner naissance à un droit réel complet? Cette objection provient de la considération de toute l'opération d'un point de vue peu favorable.

Le droit de superficie ne crée pas un droit de propriété. Ou bien le droit de propriété sur la construction n'existait pas au moment de l'octroi du droit de superficie, et il n'existera pas par le fait même de l'octroi du droit de superficie, ou il existait et continue d'exister en tant que tel. Ce qui change, c'est le titulaire, grâce à une modification de l'objet de la propriété par la rupture de l'accession.

C'est la loi qui donne un propriétaire distinct aux constructions, et non le droit de superficie. Ce dernier n'est qu'un moyen de savoir qu'il y a un propriétaire distinct. Il est en quelque sorte la preuve de cette propriété distincte. Mais il n'en est pas la cause première.

Chapitre 6. *La propriété sur la construction*

La doctrine est unanime à qualifier de droit de propriété le droit du superficiaire sur la construction¹. Actuellement, le droit de superficie est légalement limité à cent ans en tant que droit distinct (art. 779 I CCS). Par conséquent, le droit de propriété du superficiaire sur la construction est soumis au même terme. Le superficiaire ne peut disposer de la construction en tant que telle. Il doit toujours disposer en même temps du droit de super-

¹ Voir aussi : ATF 89 I 268s., JT 1964 I 205s.; ATF 90 I 255, JT 1965 I 515.

ficie. Ces limitations sont-elles compatibles avec les caractères fondamentaux du droit de propriété ?

1. En ce qui concerne l'aliénabilité, il n'y a pas de problème. La construction en tant que telle n'est jamais un objet distinct des transactions immobilières. Elle suit le sort soit d'un fonds, soit d'un droit de superficie. Ce lien par l'accession ne l'empêchant pas dans un cas d'être soumise à un droit de propriété, ne doit pas l'empêcher dans l'autre non plus.

2. Le problème de la durée est plus délicat. Le CCS ne se prononce pas à ce sujet. Les auteurs suisses, dans leur description des caractéristiques du droit de propriété, ne mentionnent pas la perpétuité¹. Ils insistent par contre sur le caractère absolu et complet du droit. Tout droit de propriété peut être transféré sans perdre ses caractères. L'aliénabilité en est même un. Le fait pour le moment du transfert d'être prévu à l'avance change-t-il la nature du droit ? — Nous ne le pensons pas. Entre le moment de l'octroi du droit de superficie et son extinction, le superficiaire peut en disposer. Il peut même déroquer la construction. Cela sera peut-être en contradiction avec certaines clauses contractuelles du contrat de superficie. Mais il ne s'agit pas de la nature réelle du droit. Le superficiaire sera peut-être pénalisé par la diminution de l'indemnité qui lui est due à la fin du droit de superficie pour les constructions (art. 779 c à 779 e CCS). Mais son droit de disposition n'est pas touché dans son essence.

Le droit suisse connaît d'autres cas de propriété temporaire :
— la substitution fidéicommissaire²,
— le droit de réméré³.

D'ailleurs, l'art. 641 CCS lui-même prévoit des limites au droit de propriété. Celle de l'art. 779 l CCS doit être considérée comme une limite légale au droit de propriété sur la construction.

¹ Notons qu'en France, où le caractère de perpétuité est affirmé, ce qui signifie qu'en principe le droit de propriété n'est pas limité dans sa durée, il existe des cas de propriété temporaire : vente ou donation avec transfert de propriété retardé, droit de superficie, propriété intellectuelle (Dalloz, Encyclopédie juridique, IV, pp. 284s.; Marty-Raynaud, p. 60).

² Art. 488-492 CCS; Escher, *Das Erbrecht*, 3^e éd., Zurich 1959, comm. à ces art., spécialement 488-493, 3; 491, 4.

³ Art. 216 al. 2 CO.

SIXIÈME PARTIE

L'objet du droit de superficie

DEFINITION

L'objet d'un droit est ce sur quoi porte le droit, ce sur quoi le titulaire du droit exerce sa prérogative juridique, ce dont il retire l'avantage que l'institution a en vue¹. Il peut influencer la nature juridique du droit².

Plan de cette partie

Comme cela ressort expressément de la loi (art. 779 al. 1 CCS), les biens-fonds sont l'objet du droit de superficie. En pratique, cette hypothèse représente le cas le plus fréquent de droit de superficie (chapitre 1).

Y a-t-il d'autres objets au droit de superficie? Le texte en langue allemande de l'art. 779 al. 1 CCS, la doctrine et la pratique l'affirment. Ils seront examinés au chapitre 3. Mais auparavant, il est nécessaire de considérer d'une manière générale quels sont les objets des droits réels, plus particulièrement de se demander si des droits, tels que ceux énumérés à l'art. 655 CCS, peuvent l'être. Cette analyse, ainsi que celle de la nature juridique des droits réels, intimement liée à leur objet, formeront la matière du chapitre 2.

Pour terminer, un chapitre sera consacré à un objet très particulier du droit de superficie, soit au droit de superficie lui-même en tant qu'objet d'un droit de superficie au deuxième degré (chapitre 4).

Chapitre 1. *Les biens-fonds*

Le CCS (art. 779 al. 1 CCS) désigne expressément les biens-fonds en tant qu'objets du droit de superficie³.

§ 1. *Construction et objet.*

Contrairement à l'opinion de la doctrine dominante, plusieurs auteurs affirment que l'objet du droit de superficie est la construction⁴. Cela est évidemment insoutenable⁵. La construction

¹ Dans ce sens, cf. Edmond Picard, *Le droit pur*, Paris 1920, pp. 59 et 71ss.; selon Ernest Roguin, *La règle de droit*, Lausanne 1889, p. 201, l'objet est la chose « à l'occasion de laquelle le droit se déploie ».

² Voir la différence entre l'objet du droit de superficie suisse et l'objet du droit de superficie français, pp. 16, 61ss.

³ Cf. pp. 168 s.

⁴ Cette divergence n'est qu'apparente. En effet, dans la plupart des cas, seul le sens donné au mot « objet » diffère, qui est souvent employé au lieu de contenu.

⁵ Haab, 675, 7.

fait partie du contenu du droit de superficie¹. Le droit de superficie, en tant que servitude, représente une charge pour le bien-fonds.

En France, par contre, la jurisprudence et la doctrine² sont unanimes à faire porter le droit de superficie sur la construction, soit expressément, soit par le fait qu'en tant que droit de propriété il porte directement sur les constructions et les plantations.

§ 2. *Fonds privé et fonds public.*

Comme cela résulte des termes généraux de la loi, l'objet du droit de superficie peut aussi bien consister en un fonds du domaine privé qu'en un fonds du domaine public³. Mais certains droits étrangers sont plus restrictifs à cet égard⁴.

§ 3. *Fonds bâti ou terrain nu.*

Contrairement à d'autres législations⁵, le CCS englobe aussi bien l'hypothèse du terrain déjà bâti que celle du terrain à bâtir.

§ 4. *L'immatriculation du bien-fonds grevé.*

Les biens-fonds sont, par leur nature même, objets de la propriété foncière. Ils sont des immeubles, indépendamment de toute immatriculation au registre foncier, qui est cependant la règle générale. Cette immatriculation a-t-elle des conséquences pratiques sur la constitution du droit de superficie ? Du fait que le droit de superficie a besoin d'une inscription au registre foncier pour sa constitution (art. 731 al. 1 et 746 al. 1 CCS), est-il possi-

¹ Cf. pp. 119 ss.

² Cf. pp. 16, 61 ss.

³ Leemann, 779, 15.

⁴ En Autriche, par exemple, les personnes privées ne peuvent constituer des droits de superficie sur leurs immeubles; seuls les fonds de personnes qui, par leur nature, ont à remplir des tâches sociales (État, communes, associations d'intérêt général) peuvent être l'objet de droits de superficie (§ 2 BanRG). Le but d'une telle limitation est d'empêcher l'emploi du droit de superficie à des fins d'une nouvelle forme de spéculation foncière. Ce système a séduit un certain nombre de parlementaires suisses. Le Conseiller national Werner Schmid a proposé d'introduire dans la loi sur le droit de superficie un article disant que : « Le droit de superficie ne peut être constitué que sur la propriété publique ». Pour les discussions que cette proposition a suscitées, et des suggestions analogues, cf. : Bull. stén. CN 1964, 368ss., CE 1964, 325ss.

⁵ France, Allemagne.

ble de l'établir sur un bien-fonds n'ayant pas de feuillet au registre foncier ?

Il n'y a pas de problème lorsque le bien-fonds est immatriculé au registre foncier. Ou bien, voie normale, le droit de superficie est constitué par son inscription au registre foncier (art. 730 al. 1 CCS), ou bien il est constitué sans inscription dans les cas de l'art. 656 al. 2 CCS, auquel renvoie l'art. 731 al. 2 CCS¹, ou de l'art. 731 al. 3 CCS (prescription acquisitive).

Le cas du bien-fonds non immatriculé au registre foncier est plus compliqué. En vertu de l'art. 968 CCS², un droit de superficie ne peut pas être constitué par inscription au registre foncier sur un bien-fonds non immatriculé. En conséquence, il sera préliminairement nécessaire d'immatriculer le bien-fonds au registre foncier, ce qui est prévu à l'art. 944 al. 1 CCS³.

Un droit de superficie peut-il être constitué sur un bien-fonds non immatriculé au registre foncier par un des modes ne nécessitant pas d'inscription au registre foncier ? — Il n'y a pas d'empêchement en ce qui concerne l'art. 656 al. 2 CCS. Au sujet de la prescription acquisitive, il faut distinguer la prescription ordinaire de la prescription extraordinaire. La prescription ordinaire est exclue par définition, puisqu'il s'agit d'un bien-fonds immatriculé au registre foncier en faveur d'une personne désignée comme propriétaire sans cause légitime. Par contre, rien ne s'oppose à l'acquisition par prescription extraordinaire d'un droit de superficie sur un bien-fonds non immatriculé au registre foncier comme cela ressort expressément de l'art. 662 al. 1 CCS⁴.

§ 5. Une partie d'un bien-fonds.

On ne peut grever d'un droit de superficie une partie seulement d'un bien-fonds sans modifier la nature de ce dernier. Le

1 En conséquence, lorsque la constitution d'un droit de superficie se fonde sur une occupation, une succession, une expropriation, une exécution forcée ou un jugement, l'inscription au registre foncier n'a qu'une valeur déclarative, non plus constitutive. Le titulaire jouit du droit avant son inscription. Cependant, la portée pratique de cette disposition est limitée par la fin de l'art. 656 al. 2 CCS qui prévoit que le superficiaire n'en peut disposer dans le registre foncier qu'après que cette formalité a été remplie. Ainsi, le superficiaire peut jouir de son droit, mais il ne peut en disposer d'une manière qui nécessite le recours à une procédure du registre foncier.

2 « Les servitudes sont inscrites et radiées aux feuillets du fonds dominant et du fonds servant ».

3 Leemann, 779, 15.

4 Leemann, 731, 34.

droit de superficie porte toujours sur le bien-fonds dans sa totalité¹. En effet, une partie d'un immeuble n'est pas un objet des droits réels². Par contre, il est possible de diviser le bien-fonds dans le sens désiré, d'immatriculer au registre foncier la partie en question en tant qu'immeuble indépendant, et de grever cette partie, ou plus exactement ce nouvel immeuble, d'un droit de superficie³.

Une autre manière de procéder permet en général de réaliser le but proposé : grever le bien-fonds dans son entier d'un droit de superficie en précisant que ce dernier ne s'exercera que sur une partie déterminée de celui-là⁴. Le droit de superficie ne sera pas limité quant à son objet, mais seulement quant à son exercice. Les limites de l'exercice du droit seront portées sur le plan du registre foncier⁵. La loi exprime clairement cette possibilité en permettant la modification de l'endroit de l'exercice de la servitude lorsqu'elle ne s'exerce que sur une partie du fonds servant (art. 742 CCS) et, dans le cas de la division du fonds dominant, la radiation de la servitude quant aux nouveaux fonds auxquels elle ne profite pas (art. 743 CCS)⁶. Cela est particulièrement utile quand le propriétaire foncier veut grever son bien-fonds de plusieurs droits de superficie.

En cas d'exécution forcée contre le fonds, le superficiaire dont le droit doit être radié (art. 812 CCS ; art. 141 al. 3 LP) participe au produit de la réalisation de tout l'immeuble (non pas au produit de la réalisation de l'endroit réservé à l'exercice de son droit⁷).

§ 6. *Pluralité de droits de superficie sur un même fonds.*

Plusieurs droits de superficie peuvent porter sur le même immeuble conformément aux règles générales des servitudes. Il sera bon de déterminer exactement où se déroulera l'exercice de ces différents droits.

¹ Haab, 675, 7.

² Liver, 730, 24.

³ Haab, 675, 7; Leemann, 779, 18.

⁴ Haab, 675, 7; Leemann, 779, 18; Liver, 730, 24.

⁵ Haab, 675, 7; Leemann, 779, 28.

⁶ Voir aussi : art. 744 CCS; art. 86 al. 3 ORF.

⁷ Haab, 675, 7.

§ 7. *Droit de superficie sur plusieurs fonds*¹.

Pas plus que les parties d'un bien-fonds, plusieurs biens-fonds ne peuvent être l'objet d'une seule et même servitude. Il est nécessaire de constituer autant de servitudes qu'il y a d'immeubles². Cela pour la raison déjà que deux ou plusieurs immeubles considérés comme un tout ne sont pas l'objet de droits réels.

Il faut rapprocher de ce principe l'art. 7 al. 3 ORF. Les droits distincts et permanents inscrits comme servitudes à la fois sur plusieurs immeubles situés dans divers arrondissements peuvent être immatriculés dans l'arrondissement indiqué par l'autorité de surveillance compétente³. Cet article paraît à première vue autoriser un droit de superficie sur plusieurs immeubles. En réalité, il s'agit de plusieurs droits de superficie appartenant au même titulaire sur plusieurs immeubles. L'inscription unique au registre foncier dans un arrondissement est un cas de feuillet collectif selon l'art. 947 CCS⁴.

§ 8. *Droit de superficie sur son propre fonds*.

Contrairement au droit romain⁵, le droit suisse admet les servitudes sur son propre fonds⁶. Le droit de superficie ne fait pas exception à la règle. En effet, l'art. 733 CCS lui est applicable.

§ 9. *Les biens-fonds qui ne peuvent être l'objet d'un droit de superficie*.

Il y a une exception à la règle selon laquelle les biens-fonds sont par excellence l'objet du droit de superficie. Elle provient du contenu du droit de superficie. Les biens-fonds sur lesquels il est impossible de construire pour une raison naturelle (falaise,

¹ Cette hypothèse doit être distinguée de celle d'une construction se trouvant sur plusieurs fonds. Les problèmes liés à cette situation particulière sont examinés aux pp. 128 s.

² Liver, 730, 28.

³ Leemann, 779, 32.

⁴ Homberger, 943, 14.

⁵ Gandemet, p. 968; Genty, p. 5; Girard, p. 383; Huvelin, p. 552; Leage, p. 210; Lee, p. 169; May, p. 235; Maynz, p. 806; Melville, p. 269.

⁶ Art. 733, 735 CCS; Gmür, pp. 128ss.; Huber, *Die Eigentümerdienstbarkeit, ein Beitrag zu ihrer Rechtfertigung*, Festschrift der jnr. Fakultät Bern für Fitting, 1902; Huber, *Zum schweizerischen Sachenrecht*, pp. 74ss.; Leemann, 730-918, 2; 730-744, 5; 733, 15ss.; Liver, Einl. 1, 28ss.; 733, 37.

etc.) ou juridique (interdiction absolue de bâtir) ne peuvent faire l'objet d'un droit de superficie¹.

Chapitre 2. *L'objet des droits réels*

Section 1. L'OBJET DES DROITS RÉELS SELON LA DOCTRINE DOMINANTE

§ 1. *La conception de la doctrine dominante.*

L'objet des droits réels est la chose corporelle, individualisée, impersonnelle et susceptible d'appropriation².

Bien que, selon cette définition, les « res incorporales » ne soient pas des objets de droits réels, la loi en énumère un certain nombre en tant que tels : art. 655, 713, 745, 773 ss., 919 al. 2 CCS³. Mais elles n'en deviennent pas pour autant des choses au sens juridique. Le droit les grevant n'est pas un droit réel⁴ et la domination qu'elles subissent n'est pas une domination sur une chose. Cette apparente mise sur pied d'égalité n'a pour conséquence que l'application analogique du droit des choses et la création d'un droit absolu analogue aux droits réels.

§ 2. *Critique de la conception dominante.*

Cette explication selon laquelle les droits réels ne portent que sur les choses corporelles a peu d'arguments en sa faveur.

1. Dans le titre du livre IV du CCS, « Des droits réels », « Sachenrecht », les termes « réel » et « Sache » font immédiatement penser à un élément matériel⁵.

¹ Scherrer, p. 6; Haab, dans son commentaire (675, 7), emploie le terme « Baugrundstück ». Il ne s'explique pas sur la signification exacte de ce terme, mais nous pensons qu'il faut entendre « immeuble susceptible d'être bâti ».

² Haab, Einl. 19, 21, 22, 40; Meier-Hayoz, ST, 59, 61, 120, 126; Nennschwander, pp. 8ss.; Oftinger, 899, 5.

³ Le concept de la chose se laisse déduire des dispositions du CCS (Meier-Hayoz, ST, 58). Il en va de même pour celui de l'objet. La chose n'est pas seule à la base du droit suisse des droits réels (contra : Meier-Hayoz, ST, 58).

⁴ Rossel et Mentha, III, p. 28.

⁵ BGB : « Sachenrecht »; ABGB : « Du droit des choses ». Mais CCfr. : « Des biens, et des différentes modifications de la propriété ». Il semble cependant que même dans la doctrine suisse-allemande il faille distinguer les concepts « Sache » et « Sachenrecht », en ce sens que « das Sachenrecht » ne serait pas uniquement « das Recht der Sachen ». Cf. Liebermann, p. 55 : « Im Sachenrecht unterscheiden wir nicht nur dingliche Rechte, womit wir Bechte an

2. La *tradition* supporte cette conception de l'objet corporel¹.

Par contre, plus nombreux et plus pertinents sont ceux qui s'y opposent.

1. *La loi*. Le texte du CCS contredit la solution de la doctrine dominante. C'est un argument décisif².
2. *Complexité*. Cette conception se caractérise par une complexité peu commune. Elle tourne autour du pot, au lieu d'appeler les choses par leur nom. Si elle permet de le faire, elle impose une réserve mentale (il faut toujours se rappeler que sous le terme employé se cache le jeu subtil de l'analogie)³.
3. *L'interprétation des dispositions claires*. Cet argument surgit de l'opposition des deux précédents.
4. *Méthode*. Pour définir les concepts de chose et d'objet des droits réels, la doctrine dominante se réfère à des critères extérieurs à la loi. Elle s'applique à définir l'objet des droits réels, ou plus souvent encore la chose, — car elle ne distingue pas entre les deux notions —, à partir d'un concept abstrait, une sorte de sentiment naturel. Elle admet comme une pétition de principe que la chose ne peut être que corporelle, étant entendu qu'elle la considère comme le seul objet possible des droits réels. Elle n'explique jamais les raisons de cette seule possibilité. Cette manière artificielle de procéder est contraire au texte du CCS et aux directives du législateur⁴.

§ 3. *Raison, conséquence et remède*.

La raison de la position de la doctrine dominante est la tyrannie exercée par le concept matériel de la chose⁵. Elle est

körperlichen Sachen bezeichnen, sondern aufsteigend zu einem Oberbegriff absolute Rechte, die auch unkörperliche Dinge zum Objekt ihrer Berechtigung haben können». Il semble clair que les concepts de la langue française « droits réels » et « chose » sont plus facilement dissociables. Au sujet de ces titres de livre, le législateur ne s'est pas expliqué. Il n'a pas non plus donné de définition.

¹ Spécialement la doctrine du droit commun et le droit allemand. Cf. Savigny, I, pp. 338ss. Cf. aussi : Meier-Hayoz, ST, 61; Haab, Einl. 20.

² Pour plus de détails, voir pp. 163 ss.

³ Pour un bel exemple de cette attitude, cf. Meier-Hayoz, ST, 126.

⁴ Voir p. 165.

⁵ Le concept de chose est purement juridique (Haab, Einl. 19). Il n'a pas à s'identifier avec celui du langage commun, bien qu'il se recouvre dans une large mesure avec lui (Neuenschwander, p. 8).

telle qu'elle empêche tout effort d'abstraction et provoque une grande confusion dans la terminologie de certaines notions fondamentales des droits réels. Les auteurs ne veulent pas distinguer le concept de la chose de celui de l'objet des droits réels, estimant qu'ils se recouvrent. Ils en arrivent alors au raisonnement suivant : La chose est l'objet des droits réels. Si la loi en énumère d'autres, ils ne sont pas des choses. Ils ne sont soumis au droit des choses que par analogie. Ils ne sont pas de vrais objets des droits réels.

Cette référence continuelle à la notion de chose comme critère de l'objet des droits réels est donc une fausse manœuvre originelle. Réagir contre cette tyrannie en s'abstrayant de la matière et considérer séparément la notion de chose et celle d'objet des droits réels sont les seuls moyens d'arriver à une connaissance dépourvue de tout préjugé de ces notions fondamentales.

Nous ne nous attarderons pas à définir la chose. Une telle démarche sortirait du cadre de notre travail¹. Par contre, nous tenterons de déterminer l'objet des droits réels tel qu'il ressort du CCS². Comme celui de la chose, le concept d'objet est pure-

¹ En effet, si l'on confronte la doctrine et le texte du CCS, on remarque que, théoriquement, les objets suivants peuvent être donnés aux droits réels :

1. Les choses

a) corporelles (conception de la doctrine dominante),

b) corporelles et incorporelles. Ce concept de chose n'est pas admis par la doctrine.

2. Les choses corporelles et des droits.

Les hypothèses 1 b et 2 reviennent au même matériellement. Mais la terminologie est respectée dans le cas 2, c'est pourquoi nous nous bornerons à examiner si, à côté des choses selon le concept traditionnel que nous adoptons ici, les droits réels peuvent avoir d'autres objets en droit suisse (Mot. IV, p. 24).

² C'est l'attitude qui consiste à mettre l'accent sur la loi. Il y a d'autres manières, plus logiques et conséquentes, d'expliquer la contradiction entre la définition de la doctrine et le texte du CCS :

a) On peut mettre l'accent sur la théorie, soit sur la chose et son caractère corporel, et tirer les conséquences extrêmes de ce raisonnement :

Certains objets de droit du livre IV du CCS ne sont pas des choses. Les droits réels ne portant que sur des choses, les droits portant sur ces objets particuliers ne sont pas des droits réels (Rossel et Mentha, II p. 290).

Cette thèse admettant que le livre IV du CCS contient d'autres droits que des droits réels est insoutenable. En fait, elle n'a jamais été développée pour elle-même. Elle contredit l'économie générale de la loi. Nulle part, dans le CO, il n'est question des usufruits sur les créances ou des droits de gage sur les créances et autres droits. Il n'est pas dit dans le CCS que ces droits ne doivent pas être considérés comme des droits réels. Au contraire, le titre général du livre IV est « Des droits réels ». Parmi ceux-ci, il y a les servitudes, dont fait partie l'usufruit, ainsi que l'usufruit sur les créances, et les gages mobiliers comprenant le droit de gage sur les créances et

ment juridique. Il peut se recouvrir avec celui de chose¹, mais ne le fait pas nécessairement, auquel cas il faut les distinguer soigneusement.

Section 2. L'OBJET DES DROITS REELS SELON LE CCS

§ 1. La théorie.

Pour définir l'objet des droits réels, le CCS ne procède pas par l'énoncé d'une règle générale², mais par énumération. A plusieurs reprises, il indique l'objet précis des droits réels qu'il est en train de décrire. Outre les choses corporelles, ils sont :

- Les immeubles (art. 655, 730, 745, 796 CCS).
- Les forces naturelles susceptibles d'appropriation (art. 713 CCS).
- Les droits (art. 745, 899 CCS)³.
- Les créances (art. 773, 899 CCS)³.
- Les patrimoines (art. 745 CCS).

autres droits du chapitre 2 au même titre que ceux énumérés dans les chapitres 1 et 3 ss.

b) On peut aussi mettre en question la définition de la chose. Il serait possible de rechercher si le concept de chose du CCS n'englobe pas aussi des biens immatériels comme en droit autrichien (§§ 291, 292 ABGB). Nous ne le ferons pas. Non seulement cela serait vouloir renverser des conceptions quasi inébranlables, mais encore cela serait inutile dans le cadre de ce travail.

¹ En droit autrichien, chose et objet de droits réels sont deux concepts identiques (Klang, II, p. 1).

² Il ne définit pas non plus la chose d'une manière générale.

³ Les efforts de la doctrine pour expliquer la classification de ces deux éléments, et par extension de certains immeubles, parmi les objets de droits réels, sont significatifs de l'opposition entre ses conceptions et celles du CCS.

La doctrine dominante admet que selon le CCS l'usufruit sur les créances est un vrai usufruit (Leemann, 774, 2; à notre avis, si c'est un vrai usufruit, il doit être un droit réel) et que le droit de gage sur les créances et autres droits est, d'après le CCS toujours, aussi un droit réel, c'est-à-dire un droit de domination directe, comme l'usufruit sur les droits (Leemann, 899ss., 3).

L'objet du droit n'est pas une chose, mais un droit (Leemann, 774, 3; 899ss., 2; Wieland, I, p. 6), une créance (Chuard, p. 27). Il s'agit donc d'un droit sur un droit, comme dans la doctrine allemande (Leemann, 774, 3; pour un résumé des diverses théories des droits sur des droits, cf. Liebermann, pp. 53ss.; aussi: Haab, Einl. 41; Oftinger, 899, 5; von Tuhr, II, § 98, p. 757).

C'est ici que la doctrine ne peut plus supporter la paraphrase du CCS, et qu'elle se croit obligée de compliquer la situation. Elle constate (Leemann, 899ss., 3):

« Dans les deux cas, il y a une *anomalie* en ce sens que les objets du droit sont des biens incorporels, alors que le droit des choses ne comprend d'ordinaire que les droits sur des objets corporels » (traduction).

Alors, elle estime que cette charge réelle ne l'est qu'au sens figuré, car la chose en tant que substrat manque de la domination corporelle et visible

Le CCS ne pourrait s'exprimer plus clairement. Il n'est pas question d'analogie, mais d'objet tout court. L'un n'est pas privilégié par rapport à l'autre. Tous sont sur le même pied.

La loi se distingue radicalement de la conception dominante. C'est un fait dont il faut tenir compte. Nous concluons alors que ces divers éléments sont les objets des droits réels et nous disons avec Oftinger¹ :

« Le droit réel n'est pas seulement, pour le CCS, un droit absolu sur une chose, — la prétention contraire représente une pétition de principe —, mais bien un droit absolu sur une chose ou un autre objet traité comme une chose » (traduction).

Ainsi est clarifié le rapport entre l'objet des droits réels et la chose. Les droits réels ont pour objet :

1. Les choses.
2. D'autres biens.

Les autres biens ne sont pas des choses, mais ils sont traités comme elles parce qu'ils sont des objets de droits réels, comme les choses elles-mêmes.

§ 2. Justification de cette théorie.

1. La méthode énumérative du CCS est conforme :

A. Aux grands principes des droits réels et notamment au « *numerus clausus* ». — Seuls les droits réels prévus par la loi peuvent être constitués. Seul le contenu prévu par la loi peut être adopté. Il en découle que seuls les objets de droits réels prévus par la loi peuvent être utilisés². Sinon, des droits réels que le

de l'extérieur (Leemann, 774, 3; 899ss., 3; Wieland, I, p. 6; Meier-Hayoz, ST, 61; c'est là qu'il y a une confusion avec la possession, car la domination directe ne nécessite pas une domination corporelle visible de l'extérieur). Il ne s'agira que d'une application analogique des normes des droits réels (Meier-Hayoz, ST, 126; Chuard, pp. 27ss., avec citations et mention des diverses théories). Comme nous le verrons par la suite, cette manière analogique de voir les choses n'est qu'un détour qui ne sert à rien. Les droits sur les droits du livre IV du CCS sont des droits réels à part entière (Oftinger, 899, 6). Le droit de l'exécution forcée confirme cette thèse. Le titulaire d'un droit réel a un droit exclusif, primant les autres créanciers. Or, c'est notamment le cas pour le créancier gagiste (art. 151 et 37 LP; Hans Fritzsche, *Schuldbeitreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Zurich 1967, I, p. 329; Wieland, I, pp. 2 et 6).

¹ 899, 5.

² Voir aussi l'argument de la sécurité des transactions et des moyens de l'obtenir (Mot. IV, p. 14).

législateur n'a pas voulu permettre pourraient être créés. Il se devait de les énumérer avec précision.

B. *Aux directives du législateur.* — Le CCS ne consacre pas un chapitre aux biens en général¹. Il ne définit pas la chose et ses propriétés². Il laisse cette tâche à la science, à la doctrine³. Cependant, il donne des indications précises et précieuses⁴. Il limite à l'extrême la liberté en énumérant strictement ce qui peut être l'objet des droits réels. Cela et rien d'autre, mais tout cela. Les considérations suivantes parlent également en faveur de notre théorie.

2. *La systématique du CCS et du CO.*

L'objet des droits réels, défini largement, respecte la systématique du CCS et du CO⁵.

3. *L'interprétation de dispositions claires.*

Il est un principe fondamental en matière d'interprétation : il ne faut interpréter que ce qui a besoin de l'être. Les dispositions du CCS déterminant l'objet des droits réels ne pourraient être plus claires et plus précises. Parlant d'elles-mêmes, elles ne doivent pas être interprétées. Le législateur s'exprime nettement à ce sujet⁶.

4. *La méthode.*

Notre méthode, concrète, repose directement et essentiellement sur la loi. Ce faisant, elle la trouve suffisamment explicite pour ne pas avoir recours à l'interprétation et surtout pas à l'analogie, qui est le procédé classique pour combler les lacunes du droit.

¹ Mot. IV, p. 9.

² Mot. I, p. 20, IV, p. 24.

³ Mot. I, pp. 20 s.

⁴ Mot. IV, p. 14 : « L'objet du droit des choses est de conférer aux droits réels ces caractères éminemment précis et parfaitement reconnaissables... ». « Il faut qu'ils inspirent une pleine sécurité et qu'en outre ils aient cette mobilité... » ; « Plus que partout ailleurs, il importe d'avoir ici une organisation simple, claire, pratique et facilement intelligible ». Mot. IV, p. 15 : « ... dans le droit des choses... » « il est indispensable que le juge ait sous la main des textes... » « impératifs qui excluent toute liberté d'appréciation ».

⁵ Cf. note 2 a) pp. 162 s.

⁶ Mot. IV, p. 15, voir note 4 in fine.

5. *Droit comparé*¹.

La théorie proposée n'a rien d'excentrique. Elle a été adoptée par d'autres systèmes juridiques. En effet, si certains pays ont adopté un concept étroit d'objet des droits réels², d'autres se sont ralliés à des vues larges³. Le cas de l'Autriche est le plus clair⁴. Le concept de chose du droit autrichien contient en plus des choses corporelles des droits et des actions⁵. Son avantage est que les droits sur les droits s'incorporent sans autre dans le système des droits réels, dont la réglementation apparaît non systématique en liaison avec un concept plus étroit de la chose. Une partie des codes cantonaux avaient choisi le concept français ou autrichien⁶.

6. *La compatibilité de la lettre du CCS avec le concept de droit réel.*

Le concept de droit réel n'est pas défini dans le CCS. Il a fait l'objet de nombreuses controverses dans la doctrine. La question qui se pose est celle de savoir si les droits réels du CCS peuvent par définition avoir pour objets ceux que nous avons énumérés plus haut.

- a) *Le droit réel selon la doctrine dominante.* — Le droit réel porte sur une chose, procure une domination directe sur son objet et est opposable à chacun.
- b) *Rapport entre ces deux éléments*⁷. — On s'est souvent demandé si ces deux éléments représentaient deux caractères distincts ou, plutôt, s'il s'agissait de deux aspects d'un même phénomène, et, dans ce cas, lequel était fondamental. Il y a eu de nombreuses fluctuations à ce sujet, les uns admettant l'indépen-

¹ Cf. notamment : Oftinger, 899, 5.

² Cf. Allemagne.

³ Pour le droit romain : Monier, I, pp. 341s.; Girard, p. 273. Droit français : art. 516, 517, 527 CCfr. Le mot bien ne désigne pas seulement des choses, il s'étend aussi aux droits (Dalloz, Encyclopédie juridique, I, p. 447 n. 1). Voir aussi : Oftinger, 899, 5; Dalloz, Encyclopédie juridique, I, p. 448 n. 17 : « Les biens peuvent être divisés en biens corporels et biens incorporels, selon qu'ils ont ou non une existence matérielle ».

⁴ §§ 291, 292, 298 ABGB.

⁵ Klang, II, p. 1. L'énergie électrique est considérée comme une chose corporelle (Klang, II, p. 9).

⁶ Huber, SPR, III, pp. 8 ss.

⁷ Haab, Einl. 51.

dance, les autres la dépendance soit en faveur de l'opposabilité, soit en faveur de la domination directe. La dernière conception semble être à la mode de nos jours¹. Nous pensons cependant que l'opposabilité absolue est véritablement la caractéristique des droits réels².

- c) *La domination directe.* — La domination directe est une notion difficile à expliquer. Ce rapport direct sur la chose, critiqué en tant que tel parce que le droit n'établit des rapports qu'entre les personnes, est toujours caractérisé par rapport à des personnes. La domination est directe parce qu'on peut faire valoir son droit vis-à-vis de tout le monde. Sinon, elle n'est pas directe, parce qu'on n'a un droit que vis-à-vis d'une ou de plusieurs personnes.

La domination directe, facile à concevoir sur un objet mobilier, l'est moins sur un objet immobilier. Par contre, elle l'est aussi bien pour un fonds que pour un droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier à cause du registre foncier précisément.

On peut même se demander s'il n'y a pas une espèce d'assimilation plus ou moins consciente entre la domination directe et la possession, qui requiert une *maîtrise effective* (art. 919 al. 1 CCS). La maîtrise effective de l'art. 919 al. 1 CCS est une notion plus étroite que celle de domination directe des droits réels. Pour certains auteurs, la possession est un droit réel³. En conséquence, la maîtrise effective de l'art. 919 al. 1 CCS ne peut être qu'un cas particulier de la domination directe. C'est une domination qualifiée.

Quoi qu'il en soit, la domination directe étant une notion purement juridique et intellectuelle, nous ne voyons pas ce qui l'empêche d'exister sur un droit⁴.

¹ Meier-Hayoz, ST, 129 : « Dingliches Recht (oder Sachenrecht im subjektiven Sinne) ist jedes subjektive Recht, welches dem Berechtigten eine mehr oder weniger weitgehende Befugnis zur unmittelbaren Beherrschung einer Sache einräumt und gegenüber jedermann durchgesetzt werden kann ». Cf. aussi : 130 ss.

² § 307 ABGB.

³ Notamment Liver, Einl. 15.

⁴ Dans sa notion de droit réel, le droit autrichien considère comme éléments du droit réel : la domination directe et l'opposabilité absolue. Les droits réels portent aussi sur des choses incorporelles. La domination directe sur un droit n'est donc pas une impossibilité théorique. Pour Haab (Einl. 41), elle se conçoit fort bien.

- d) *L'opposabilité absolue.* — L'opposabilité absolue est très facilement imaginable pour les droits.
- e) *Conclusion.* — Rien ne s'oppose, même en conformité avec la doctrine dominante des droits réels, à ce que l'objet des droits réels soit étendu à d'autres objets que les choses.

Section 3. LA SPECIALITE DE L'OBJET DE CHAQUE DROIT REEL EN PARTICULIER

Les objets des droits réels sont déterminés par le CCS. Mais ils ne sont pas indifféremment objets de n'importe quel droit réel. Il est clair, par exemple, et par définition, que le nantissement ne porte que sur les choses mobilières. Il faut admettre, en vertu des règles générales des droits réels, en particulier de celle du « numerus clausus », que chaque droit réel particulier n'a pour objet que les biens désignés expressément par le CCS.

Chapitre 3. *L'objet du droit de superficie*

Section 1. ELIMINATION EN VERTU DE LA SPECIALITE DE L'OBJET EN GENERAL

Le droit de superficie ne peut avoir pour objet que celui qui lui est attribué par la loi¹. L'art. 779 CCS n'est malheureusement pas clair à ce sujet. Les versions française et italienne parlent de biens-fonds, alors que le texte allemand est plus large et contient le terme immeuble². Les travaux législatifs ne donnent aucun éclaircissement. Nous préférons la version allemande³:

— Elle est plus conforme à l'esprit de la loi. Nulle part l'objet des droits réels n'est limité qu'aux biens-fonds.

¹ Le mot « objet » de la note marginale à l'art. 779 CCS signifie aussi et surtout « contenu ». C'est un exemple du manque de rigueur de la terminologie de notre Code.

² Donc, il s'agit au plus des immeubles. L'art. 731 CCS vient renforcer cette opinion. Si la loi ne contenait aucune précision à ce sujet, il faudrait choisir parmi les objets des différentes servitudes ceux qui conviennent au droit de superficie, les dispositions sur les servitudes étant applicables au droit de superficie.

³ Si l'on s'en tenait aux biens-fonds, les conséquences seraient graves. Outre qu'il n'y aurait plus de problème théorique quant aux droits de superficie portant sur des objets non corporels, la constitution d'un droit de super-

- L'art. 730 CCS parle expressément d'immeuble, or les règles sur les servitudes foncières s'appliquent aussi au droit de superficie.
- La doctrine est unanime à admettre que les immeubles sont les objets du droit de superficie¹.

Section 2. ELIMINATION EN VERTU DU CONTENU DU DROIT DE SUPERFICIE

Le contenu du droit de superficie est d'avoir une construction sur un fonds. Empêche-t-il le droit de superficie de porter sur certains immeubles ?

1. *Les parts de copropriété d'un immeuble (art. 655 al. 4 CCS).*

Il faut distinguer le bien-fonds et les parts de copropriété. « Le bien-fonds subsiste comme tel et peut rester ou être grevé comme tel »², étant entendu que le concours de tous les copropriétaires est nécessaire pour de tels actes de disposition (art. 648 al. 2 CCS).

Qu'en est-il de la part de copropriété elle-même ? — C'est un immeuble. Au point de vue du registre foncier, elle peut être grevée de droits réels. Qu'en est-il sur le plan du droit matériel ?

Voici une hypothèse dans laquelle le problème pourrait se présenter :

Deux fonds sont contigus. L'un est possédé en copropriété, le second supporte un vaste complexe industriel. Les copropriétaires ne veulent pas se séparer de leur terrain qui se trouve dans une zone en pleine expansion. Ils sont prêts à accorder sur leur fonds un droit de superficie, sauf l'un d'eux qui s'y refuse obstinément. Le droit de superficie est absolument nécessaire au développement futur de l'entreprise. Les copropriétaires, sans le réfractaire, peuvent-ils accorder chacun sur leur part un droit de superficie au propriétaire du terrain industriel, ce dernier espérant

ficie au deuxième degré serait impossible (d'ailleurs, un droit de superficie au deuxième degré ne peut porter sur un bien-fonds).

¹ Freimüller, p. 28; Haab, 675, 7; Leemaun, 779, 15. Notons, par contre, que le texte allemand emploie souvent le terme immeuble à la place du terme bien-fonds du texte français : exemples : art. 730, 744, 779, 780, 781, 782 CCS. Il n'emploie jamais le terme bien-fonds à la place du terme immeuble.

² FF 1962 II 1481.

un changement d'opinion postérieur du dernier copropriétaire ou un changement de copropriétaire ?

Il s'agirait de droits de superficie particuliers, puisqu'ils ne pourraient déployer leurs effets qu'au moment où ils grèveraient chaque part de copropriété. Ces droits de superficie sur des parts abstraites de biens-fonds ne se suffiraient jamais à eux-mêmes. On ne pourrait même pas parler ici de droits de superficie sous condition suspensive, car l'octroi du dernier droit de superficie n'aurait pas pour effet de permettre la réalisation individuelle de chaque droit de superficie, mais bien de créer un consentement général des copropriétaires à l'exercice d'un droit de superficie sur le fonds. Chaque droit de superficie pris individuellement ne porterait jamais sur le fonds dans son entier ni directement, ni indirectement. Une part de copropriété n'est pas objet du droit de superficie¹.

2. *Les mines (art. 655 al. 2 CCS).*

Par mine, il faut entendre la concession minière² selon les uns, une chose corporelle immobilière selon les autres³. Si c'est une chose corporelle, il faut raisonner comme pour les biens-fonds. Si c'est un droit, comme pour le droit de superficie au deuxième degré.

Chapitre 4. *Le droit de superficie au deuxième degré*

Section 1. GENERALITES

Le droit suisse admet l'existence de droits sur les droits. C'est important, car quelle que soit la nature particulière du droit de superficie, il reste toujours une servitude, donc un droit réel restreint.

La question de l'objet du droit de superficie selon l'art. 779 al. 1 CCS est délicate. Nous l'avons tranchée en faveur de la version allemande. En conséquence un droit de superficie peut

¹ Haab, 675, 7; Leemann, 779, 17; Pilet, p. 133.

² Mejer-Hayoz, 655, 54 a.

³ Haab, 655, 26. Nous n'avons pas à prendre position. Aucune des conceptions ne demande un raisonnement spécial. Signalons simplement que dans l'hypothèse de cette seconde manière de voir, il faudrait admettre que l'art. 655 al. 2 ch. 3 CCS rompt le principe de l'accession, faisant du fonds et de la mine des objets distincts de propriété.

porter sur un autre droit de superficie, à condition que ce dernier constitue un immeuble au sens de l'art. 655 CCS¹.

Le droit de superficie au deuxième degré est admis par la jurisprudence² et par la doctrine³; quant à la loi, elle ne le mentionne pas expressément⁴. Cette construction juridique est très intéressante. Elle mérite d'être examinée avec quelques détails.

Section 2. LES ARGUMENTS CONTRE LE DROIT DE SUPERFICIE AU DEUXIEME DEGRE

Les arguments contre le droit de superficie au deuxième degré sont peu nombreux, bien qu'ayant un certain poids. Identiques à ceux invoqués en Allemagne⁵, il ont été abandonnés depuis longtemps en Suisse d'une manière générale.

1. *Incompatibilité d'essence*⁶.

Le droit de superficie, même en tant qu'immeuble, n'a pas la consistance matérielle d'un bien-fonds. Ne possédant pas la substance tangible d'une parcelle de terrain, qui seule peut supporter des constructions, il ne peut être l'objet d'un droit de superficie au deuxième degré.

¹ Haab, 675, 7. De cet avis aussi : Scherrer, pp. 3 s.

² ATF 92 I 539 ss., JT 1968 I 170 ss.

³ Bolla, p. 259 ; Eggen, RSNRF 46 (1965), 285 ; Eggen, SJZ 1962, 248 ; Haab, 675, 7 ; 655, 14 ; Liver, ZBJV 94 (1958), 387 ; Meier-Hayoz, 655, 16, 38. Pilet, pp. 185ss. ; Scherrer, pp. 5ss. ; Stoekli, pp. 40ss. ; von Steiger, p. 100. En Allemagne, par contre, ce problème a été âprement discuté. Les opinions sont encore partagées, bien qu'un fort courant se dessine en faveur du droit de superficie au deuxième degré.

⁴ ATF 92 I 543, JT 1968 I 174. Les travaux législatifs du CCS n'en parlent pas. Par contre, les travaux préparatoires de la loi sur le droit de superficie les mentionnent et les acceptent pour faire face aux besoins de la pratique. Mess. P-LDS (FF 1963 I 1016 s.). Ils ne s'expliquent pas sur les difficultés théoriques que cela représente.

⁵ Pour les arguments contraires au droit de superficie au deuxième degré en Allemagne, cf. Ermann, *Das Untererbbbaurecht*, pp. 214ss. Il les expose et les réfute.

⁶ Brandenburger, p. 97 ; Christen, p. 109.

2. Complexité des rapports juridiques¹.

Le droit de superficie au deuxième degré donne lieu à des rapports juridiques trop compliqués, que ce soit sur le plan matériel ou sur le plan du registre foncier². Brandenburger craint tout spécialement les droits de superficie aux troisième, quatrième, cinquième degré, etc.³.

Section 3. LES ARGUMENTS EN FAVEUR DU DROIT DE SUPERFICIE AU DEUXIEME DEGRE

1. Pratique.

Pour le superficière qui ne peut ou ne veut (pour des raisons qui lui sont personnelles) construire que dans une mesure limitée et qui désire octroyer un nouveau droit de superficie pour le reste, pour les coopératives de construction qui ont obtenu un droit de superficie sur un terrain et désirent elles-mêmes accorder par la suite à leurs sociétaires des droits de superficie sur les maisons qu'elles ont construites⁴, le droit de superficie au deuxième degré répond à un besoin⁵.

Si le droit de superficie au deuxième degré a été peu utilisé dans le passé⁶, il l'est de plus en plus aujourd'hui. Le Tribunal

¹ Brandenburger, p. 97. Cet argument a été violemment combattu. Les complications ne sont pas une excuse. Cf. Pilet, p. 186; Meier-Hayoz, 655, 16; ATF 92 I 545, JT 1968 I 176 : « Il est vrai que des rapports juridiques d'une certaine complexité résulteront de la constitution et de l'immatriculation au Registre foncier de droits de superficie au second degré, mais c'est une conséquence qu'il faut accepter ».

² Homberger, 943, 9, estime qu'un droit de superficie au deuxième degré ne pourrait obtenir l'ouverture d'un feuillet au registre foncier, à cause des complications que cela emporterait. La doctrine dominante est d'un autre avis. Cf. Haab, 655, 6.

³ P. 97.

⁴ Pour ces exemples et d'autres, cf. : Mess. P-LDS (PF 1963 I 1016); Bolla, p. 259; Haab, 675, 7; Scherrer, pp. 7a.; Stoekli, p. 41.

⁵ ATF 92 I 546, JT 1968 I 176. Mais le droit de superficie au deuxième degré n'a pas toujours présenté cet attrait. Il fut un temps où on lui niait toute valeur pratique. Cf. : Pilet, p. 187 : « Passons à de plus important ».

⁶ Pour l'exemple de la fondation Christophe Mérian, cf. Stoekli, p. 41; Scherrer. La société d'exploitation pour la création de Moléson-Village a été mise au bénéfice d'un droit de superficie par la commune de Grayères sur l'ensemble des pâturages nécessaires dans le but qu'elle cède elle-même des droits de superficie au deuxième degré de cinquante-neuf ans pour la construction d'hôtels ou de maisons particulières.

fédéral lui a consacré un arrêt (ATF 92 I 539 ss., JT 1968 I 170 ss.) qui confirme l'intention du législateur¹.

2. *Compatibilité avec le registre foncier.*

La théorie² et la pratique³ admettent qu'il n'y a aucune incompatibilité à ce que les droits de superficie distincts et permanents immatriculés au registre foncier soient grevés de droits réels restreints desquels fait partie le droit de superficie. Cela résulte, entre autres, de l'art. 779 al. 3 CCS.

3. *Droit comparé.*

Le droit de superficie au deuxième degré est de plus en plus admis en Allemagne⁴. Il existe depuis longtemps en Angleterre⁵.

Section 4. L'ANALYSE DES RAPPORTS DU DROIT DE SUPERFICIE AU DEUXIEME DEGRE AVEC LE DROIT DE SUPERFICIE ET LE BIEN-FONDS

L'immatriculation au registre foncier d'un droit de superficie distinct et permanent le rend apte à être grevé de toutes les charges dont un immeuble est capable. C'est la règle générale. Mais cela ne suffit pas. Il faut encore la capacité concrète d'être grevé, qui dépend du contenu du droit à grever (immeuble) et de la chose (substance) à laquelle il se rapporte⁶.

Il faut concéder aux détracteurs du droit de superficie au deuxième degré qu'il crée des rapports juridiques complexes et des problèmes ardu, mais non insolubles. Il vaut la peine d'essayer d'en donner une description, vu l'avenir prometteur de cette institution. Deux points méritent une attention particulière :

¹ Le législateur a pensé qu'il valait mieux ne pas consacrer dans la loi une disposition spéciale au droit de superficie au deuxième degré. « La solution actuelle répondant à un besoin, on ne saurait, par crainte de la voir donner naissance à des situations compliquées considérer comme justifié de prévoir une disposition d'exception » (Mess. P-LDS (FF 1963 I 1017)).

² Eggen, RSNRF 46 (1965), 285; Haab, 655, 6; Scherrer, pp. 5s.; von Steiger, p. 100.

³ ATF 92 I 543, JT 1968 I 174.

⁴ Cf. la doctrine allemande.

⁵ Stoecklin, p. 40 n. 4.

⁶ Haab, 655, 14; Stoecklin, pp. 40s.

1. Les problèmes relatifs au contenu du droit de superficie au deuxième degré.
2. Les problèmes relatifs aux effets du droit de superficie au deuxième degré.

§ 1. *Le contenu du droit de superficie au deuxième degré et sa compatibilité avec le droit de superficie.*

Le contenu du droit de superficie au deuxième degré, comme celui du droit de superficie, est déterminé par l'art. 779 al. 1 CCS. Son objet, par contre, est différent de celui du droit de superficie. Il s'agit d'un bien immatériel au lieu d'un bien matériel. Est-il concevable que le droit d'avoir ou de faire une construction (nécessitant par définition une assiette matérielle) ait pour objet un immeuble, un droit qui n'a rien de matériel? Le droit de superficie au deuxième degré grève le droit de superficie, à savoir le droit d'avoir ou de faire des constructions sur un fonds, dans son entier. Il absorbe en quelque sorte cette faculté. Il est, par conséquent, le droit d'avoir ou de faire une construction sur le droit d'avoir ou de faire une construction sur un fonds, élément matériel aussi bien du droit de superficie que du droit de superficie au deuxième degré. En d'autres termes, le droit de superficie au deuxième degré agit sur le fonds par l'intermédiaire du droit de superficie. C'est à travers ce dernier qu'il atteint l'élément matériel indispensable au support de ses constructions¹.

§ 2. *Les effets du droit de superficie au deuxième degré.*

L'effet principal du droit de superficie est de rompre le principe de l'accession permettant ainsi au fonds et à la construction d'avoir chacun un propriétaire distinct. L'effet du droit de superficie au deuxième degré n'est pas de rompre le principe de l'accession², puisque cela est déjà fait, mais de maintenir cette rupture. Comme le droit de superficie, il permet au fonds et à la construction d'avoir chacun un propriétaire distinct. Quant aux personnes des propriétaires, il s'agit :

¹ Dans le sens de cette théorie, cf. ATF 92 I 544s., JT 1968 I 175s.; Pilet, p. 186.

² Si l'on admet la théorie selon laquelle la construction est partie intégrante du droit de superficie, alors il se produit une rupture de l'accession au droit de superficie.

- Du propriétaire foncier pour le fonds.
- Du superficiaire au deuxième degré pour la construction (si le contenu du droit de superficie au deuxième degré est le même que celui du droit de superficie).
- Du superficiaire pour une construction, du superficiaire au deuxième degré pour l'autre construction (si le contenu du droit de superficie au deuxième degré est restreint, et que le superficiaire conserve le droit d'élever lui-même une construction).

Section 5. QUELQUES PARTICULARITES DU DROIT DE SUPERFICIE AU DEUXIEME DEGRE

§ 1. *La nature juridique.*

Le droit de superficie au deuxième degré est un droit réel, plus particulièrement une servitude¹. S'il est distinct et permanent, il peut être immatriculé au registre foncier et, en conséquence, grevé de droits réels restreints, le cas échéant, d'un droit de superficie. Il s'agira d'un droit de superficie au troisième degré, présentant les mêmes caractères que celui au deuxième degré. Le raisonnement quant au fonctionnement des rapports créés sera le même. Ainsi donc, on peut envisager des droits de superficie à un degré aussi élevé que la pratique l'exigera (droit de superficie au quatrième degré, au cinquième degré, etc.).

§ 2. *L'objet.*

Aussi curieux que cela paraisse, un droit de superficie au deuxième degré ne peut pas porter sur n'importe quel immeuble, mais seulement sur un droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier. Par définition, en effet, pour qu'il soit permis de parler d'un droit de superficie au deuxième degré, l'objet doit être un droit de superficie².

Quant à la personne du propriétaire foncier, elle peut se confondre avec celle du superficiaire au deuxième degré. En d'au-

¹ ATF 92 I 545s., JT 1968 I 176s.

² Le rapport de superficie au deuxième degré est un droit au deuxième degré par rapport à l'objet de son objet, et non par rapport à son objet lui-même. Il s'agit toujours de rapports relatifs.

Tout superficiaire peut évidemment créer sur son propre droit, pour autant qu'il soit un immeuble, un nouveau droit de superficie en sa faveur.

tres termes, les constructions élevées en vertu du droit de superficie au deuxième degré auront pour substance, pour assiette, le fonds appartenant au superficiaire dans les cas suivants :

- a) Le propriétaire constitue en sa faveur un ou plusieurs droits de superficie sur son propre fonds et un ou plusieurs droits de superficie au deuxième degré sur ce ou ces droits de superficie.
- b) Le propriétaire foncier qui a octroyé un droit de superficie à un tiers se fait accorder par ce dernier un droit de superficie au deuxième degré sur le droit de superficie.

Les mêmes remarques valent pour des droits de superficie à des degrés plus éloignés.

§ 3. *Le contenu.*

Le contenu du droit de superficie au deuxième degré est limité à celui du droit de superficie, le superficiaire ne pouvant accorder plus qu'il n'a lui-même reçu¹. Ainsi, au plus, le droit de superficie au deuxième degré pourra-t-il avoir le même contenu que celui du droit de superficie².

§ 4. *Le consentement du propriétaire foncier.*

Contrairement à l'opinion de la doctrine allemande³, le consentement du propriétaire foncier ne conditionne pas l'octroi du droit de superficie au deuxième degré⁴. Le superficiaire a

¹ Pilet, p. 187; Scherrer, p. 8; Stoecklin, p. 40.

² Eggen, RSNRF 46 (1965), 285 n. 32.

³ Ingenstau, § 11 ErbbVO, 9.

⁴ Scherrer, pp. 8s., est d'un autre avis. Il se réfère à l'ATF 72 I 233ss., JT 1947 I 265ss. qui a trait à un droit de superficie dont l'aliénation est soumise à l'approbation préalable du propriétaire foncier (en l'occurrence un canton). Le Tribunal fédéral déclare qu'une telle disposition n'est pas valable, car elle va à l'encontre du caractère distinct du droit de superficie (ATF 72 I 236, JT 1947 I 269). Par contre, si l'approbation elle-même est soumise à certaines conditions (exemple : refus seulement en cas de motifs spécialement importants), alors une telle limitation peut être considérée comme valable. Sans nous prononcer sur cette opinion, nous constatons qu'il y a une différence essentielle entre l'aliénation d'un droit de superficie et son grevage de droits réels restreints. Dans le premier cas, le superficiaire sort des rapports juridiques, un nouveau superficiaire prend sa place et se trouve face au propriétaire foncier. Dans le second cas, le superficiaire reste obligé vis-à-vis du propriétaire foncier. Il est responsable de l'exécution de son contrat de superficie. En conséquence, nous pensons qu'il n'est pas possible de rapprocher les deux cas et de leur appliquer des règles communes. Scherrer, p. 9, propose aussi de se référer aux dispositions du CO sur la sous-location (art. 264 CO). Bien que la situation soit similaire, nous ne pensons pas qu'il soit heureux d'appliquer ici les règles du CO.

toute liberté d'action en ce qui concerne les charges qu'il veut imposer sur son droit de superficie, pour autant qu'il respecte ses obligations vis-à-vis du propriétaire foncier. En effet, le droit de superficie, comme un bien-fonds, peut prendre part aux transactions immobilières¹. « Le titulaire du droit est légitimé en principe d'en disposer librement : le droit de superficie au deuxième degré n'est qu'une conséquence de cette liberté »². Quelle est la valeur d'une clause d'un contrat de superficie limitant le droit du superficiaire de grever son droit de superficie de droits réels restreints ? — Cette clause ne saurait avoir d'effets réels. En effet, le droit de superficie, en tant qu'immeuble, doit pouvoir être grevé de toutes les charges auxquelles le CCS le donne pour objet. Par contre, une telle obligation pourrait avoir des effets personnels.

§ 5. Les prérogatives du superficiaire³.

Le superficiaire, même dans l'hypothèse où le contenu du droit de superficie au deuxième degré est identique à celui du droit de superficie, ne se voit pas privé de toutes ses prérogatives. Il n'est pas seulement une sorte de nu-superficiaire. Il conserve :

- le droit à la rente du droit de superficie au deuxième degré⁴,
- le droit de retour anticipé (art. 779 f à 779 h CCS)⁵,
- le droit de préemption légal sur le droit de superficie au deuxième degré (art. 682 al. 2 CCS)⁶,
- certains droits dérivant de la propriété, mais ne portant pas sur l'usage de la chose⁷.

¹ ATF 52 II 42, JT 1926 I 535.

² Bolla, p. 259, qui cite Liver (Procès-verbal de la commission du Conseil des Etats, p. 13), est de la même opinion.

³ ATF 92 I 548ss., JT 1968 I 178ss.

⁴ Stoecklin, p. 40. Cette rente peut être économiquement très importante.

⁵ Ce qui assure au superficiaire le contrôle du superficiaire au deuxième degré. « Puisque le droit de retour anticipé s'applique aussi entre le propriétaire du sol et le superficiaire, il peut arriver que les raisons justifiant une extinction prématurée du droit de second degré amèneront également celle du droit de superficie » (ATF 92 I 548, JT 1968 I 179).

⁶ Le propriétaire foncier n'a ce droit de préemption légal que sur le droit de superficie.

⁷ Cas d'un trésor trouvé à l'extérieur de la construction, cf. Pilet, p. 157; Meier-Hayez, 643, 12.

§ 6. *Les rapports entre le droit de superficie au deuxième degré et la vente.*

Les prérogatives qui viennent d'être énumérées sont importantes non seulement sur le plan économique, mais aussi sur le plan juridique. Elles empêchent que le droit de superficie au deuxième degré soit assimilé à une vente, ou plus précisément au transfert du droit de superficie¹. Si certains domaines (fiscaux, notamment) se trouvent perturbés, c'est aux lois les régissant à prendre des mesures en adoptant, par exemple, une définition ad hoc pour assimiler une telle opération à la vente.

§ 7. *Les conséquences de l'exécution forcée, notamment en cas de faillite, contre le superficiaire².*

Le droit de superficie ne s'éteint pas automatiquement. Il est soumis, en tant qu'élément du patrimoine, à la réalisation selon les principes du droit des poursuites. Trois possibilités se présentent :

- Le superficiaire au deuxième degré acquiert le droit de superficie. Il devient titulaire d'un droit de superficie sur lequel repose un droit de superficie au deuxième degré dont il est titulaire également. Il s'agit d'un droit de superficie sur son propre immeuble³.
- Le propriétaire foncier acquiert le droit de superficie. Il devient propriétaire d'un fonds grevé d'un droit de superficie dont il est titulaire. C'est l'hypothèse du droit de superficie sur son propre fonds, soit une solution identique au cas précédent.
- Un tiers acquiert le droit de superficie. Seule la personne du titulaire du droit de superficie change.

¹ ATF 92 I 548ss., JT 1968 I 178ss.

² En cas de faillite du superficiaire au deuxième degré, la situation est la même qu'en cas de faillite du superficiaire dans un rapport simple (sans droit de superficie au deuxième degré). Pour plus de détails, cf. Scherrer, pp. 9s.

³ Contrairement à Scherrer qui estime que le droit de superficie au deuxième degré (p. 10) disparaît et qu'il ne subsiste plus qu'un droit de superficie en faveur de l'ex-superficiaire au deuxième degré, nous pensons que les rapports formels subsistent en raison du registre foncier.

ABRÉVIATIONS

AP	Avant-projet (CCS) du Département de Justice et Police, 1900.
AP-LDS	Avant-projet pour la revision des dispositions du CCS sur le droit de superficie.
ASPAN	Association suisse pour le Plan d'Aménagement national.
BauRG	Loi autrichienne sur le droit de superficie du 26 avril 1912.
BGB-RGRK	Reichsgerichtsräte und Bundesrichter, <i>Das Bürgerliche Gesetzbuch</i> .
Commentaire Liver AP-LDS	Rapport concernant la revision des dispositions du CCS sur le droit de superficie et commentaire de l'avant-projet, par M. le Prof. Peter Liver (1960).
ErbVO	Ordonnance allemande sur l'« Erbbaurecht » du 15 janvier 1919.
LBC	Loi française sur le bail à construction du 16 décembre 1964.
Mess.	Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale accompagnant le projet du CCS du 28 mai 1904.
Mess. P-LDS	Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi modifiant les dispositions du CCS et du CO sur le droit de superficie et le transfert des immeubles, du 9 avril 1963.
Mot.	Exposé des motifs de l'avant-projet du Département de Justice et Police, Berne, 1901-1902.
ORF	Ordonnance sur le registre foncier, du 22 février 1910.
P	Projet du CCS du 28 mai 1904.
P-LDS	Projet de loi fédérale revisant les dispositions du CCS et du CO sur le droit de superficie et le transfert des immeubles.

JURISPRUDENCE FÉDÉRALE

ATF 49 III 180,	JT 1924 II 50.
52 II 27,	1926 I 521.
55 II 21,	1929 I 432.
56 III 63,	
68 II 369,	1943 I 466.
72 I 233,	1947 I 265.
82 II 378,	1957 I 175.
85 I 276,	1960 I 281.
85 II 474,	1960 I 265.
86 I 101,	1961 I 28.
87 II 355,	1962 I 354.
88 II 252,	
89 I 253,	1964 I 194.
90 I 252,	1965 I 514.
92 I 343,	1967 I 223.
92 I 539,	1968 I 170.
92 II 227,	1967 I 264.

BIBLIOGRAPHIE

Principaux ouvrages cités ou consultés.

I. Suisse.

1. Ouvrages généraux.

- Brodbeck A. et Daepfen O., *Bundesgerichtspraxis zum Zivilgesetzbuch*, Zurich 1934.
- Curti-Forrer, Eugène, *Commentaire du Code civil suisse* (traduit de l'allemand par Max E. Porret), Neuchâtel 1912.
- Gmür, Rudolf, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, Berne 1965.
- Haab, Robert - Simonius, August - Scherrer, Werner, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, IV, I : *Das Sachenrecht*, Zurich 1929-1958.
- Homburger, A., *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, IV : *Das Sachenrecht*, 3^e section : *Besitz und Grundbuch*, Zurich 1938.
- Huher, Eugen, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*, Bâle 1886-1893.
- Jacottet, Henri, *Le droit civil neuchâtelois*, Neuchâtel 1879.
- Leemann, Hans, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, IV : *Sachenrecht*, 2^e section : *Art. 730-918*, Berne 1925.
- Liver, Peter, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, IV : *Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten* (Art. 730-792), 1^{er} volume : *Die Grunddienstbarkeiten*, 2^e édition, Zurich 1968.
- Meier-Hayoz, Arthur, *Berner Kommentar*, IV : *Das Sachenrecht*, 1^{re} section : *Das Eigentum*, art. 641-654, 4^e éd., Berne 1966.
- Meier-Hayoz, Arthur, *Berner Kommentar*, IV : *Das Sachenrecht*, 1^{re} section : *Das Eigentum*, art. 655-679, 3^e éd., Berne 1961-1963.
- Oftinger, Karl, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, IV : *Das Sachenrecht*, 2^e section : *Die beschränkten dinglichen Rechte*, art. 884-918 : *Das Fahrnispfand*, 2^e éd., Zurich 1952.
- Rossel et Mentha, *Manuel du droit civil suisse*, 2^e éd., Lausanne et Genève 1922.

- Von Tuhr, Andreas, *Partie générale du Code fédéral des obligations* (traduit de l'allemand par Thilo et de Torrenté), Lausanne 1931.
- Tuor, Peter et Schnyder, Bernhard, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 8^e éd., Zurich 1968.
- Wieland, C., *Les droits réels dans le CCS* (traduit de l'allemand par H. Bovay), Paris 1913.

2. Monographies et articles.

- Association suisse pour le Plan d'Aménagement national, *Le droit de superficie d'après le Code civil suisse*, Regio-Verlag, Zurich 1950.
- Bär, Rolf, *Ist die Begründung eines Bau-oder eines Kaufrechts ein Vorkaufsfall?* Not. hern. 1960, 89 ss.
- Bolla, Ferruccio, *Loi fédérale du 19 mars 1965 sur le droit de superficie et le transfert des immeubles*, RSNRF 46 (1965), 257 ss.
- Brandenburger, Otto, *Das Baurecht der Art. 675 und 779 des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Insbesondere seine vertragliche Ausgestaltung in der kommunalen Boden- und Wohnungspolitik*, Thèse, Zurich 1910.
- Bureau fédéral du Registre foncier, *Consultation du 30 mars 1938*, JAAC 12 (1938), 78 (n° 44).
- Christen, Erwin, *Das Baurecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuche vom 10. Dezember 1907*, Thèse, Borna-Leipzig 1909.
- Chuard, Jean, *De l'usufruit des créances en droit civil suisse*, Thèse, Lausanne 1913.
- Deschenaux, Henri, *Les obligations dites réelles*, RSNRF 43 (1962), 282 ss.
- Deschenaux, Henri, *Obligations propter rem*, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, pp. 711 ss.
- Eggen, Gerhard, *Die Revision der Baurechtsdienstbarkeit*, SJZ 1962, 241 ss.
- Eggen, Gerhard, *Das Bundesgesetz vom 19. März 1965 über das Baurecht und den Grundstückverkehr*, RSNRF 46 (1965), 269 ss.
- Eggen, Gerhard, *Grundstückverkehr und Baurecht in intertemporaler Sicht*, RSNRF 48 (1967), 193 ss.
- Freimüller, Hans-Ulrich, *Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte*, Thèse, Berne 1967.

- Friedrich, H.-P., *Zum Inhalte der Nutzungsdienstbarkeiten*, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1963, Bäle 1963.
- Friedrich, H.-P., *Die Neuordnung des Baurechtes im Zivilgesetzbuch*, BJM 1966 Nr. 1, 1 ss.
- Friedrich, H.-P., *Le développement de l'institution du droit de superficie en Suisse*, RSNRF 47 (1966), 193 ss.
- Girsberger, Albrecht, *Die bankgeschäftliche Belehnung von Baurechtsliegenschaften*, Thèse, Berne 1963.
- Guhl, Theo, *Die Verselbständigung der dinglichen Rechte im schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Festgabe E. Huber, Berne 1919, pp. 55 ss.
- Hindermann, Walter-E., *Leitfaden zu Baurecht und Stockwerkeigentum*, Zurich 1965.
- Hitzig, H.F., *Die Grunddienstbarkeit im Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches*, RDS 19 (1900), 353 ss.
- Hitzig, H. F., *Das Baurecht (droit de superficie) im Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches*, RDS 22 (1903), 1 ss.
- Huber, Eugen, *Zum schweizerischen Sachenrecht*, Berne 1914.
- Huber, Eugen, *Avis de droit sur le droit de superficie*, adressé à la ville de Berne le 26 avril / 7 juin 1920.
- Jahresbericht des Notariatsinspektorates an das Obergericht über das Jahr 1950, RSNRF 32 (1951), 291.
- Jörimann, P., *Aus der bündnerischen Praxis in Baurechtsfragen*, 1953.
- Jost, Arthur, *Die Realobligation als Rechtsinstitut*, Berne 1956.
- Karnbach, Hugo, *Die Nutzniessung an Forderungen nach schweizerischem Recht*, Thèse, Zurich 1936.
- Klöti, Emil, *Le droit de superficie du CCS au service de la politique communale foncière et du logement* (traduit de l'allemand par P. Schueeberger et K. Studeli), édité par le département des travaux publics du canton de Genève, service du registre foncier, Genève 1944.
- Liebermann, Richard, *Die sachenrechtliche Nutzniessung*, Thèse, Zurich 1933.
- Liver, Peter, *Ueber die Formen der Begründung und Uebertragung von dinglichen Rechten an Grundstücken*, RSNRF 26 (1945), 121 ss.
- Liver, Peter, *Remarques à propos du travail de l'ASPAN*, ZBJV 89 (1953), 227 ss.
- Liver, Peter, *Die Löschung infolge Unterganges des dinglichen Rechtes*, RSNRF 39 (1958), 321 ss.

- Liver, Peter, *Ueber die Baurechtsdienstbarkeit*, ZBJV 94 (1958), 377 ss.
- Liver, Peter, *Von den Selbständigen und Dauernden Baurechten*, Not. bern. 20 (1959), 41 ss.
- Liver, Peter, *Rapport concernant la revision des dispositions du Code civil sur le droit de superficie et commentaire de l'avant-projet*, Division fédérale de la Justice, 1959.
- Liver, Peter, *Die Realobligation*, RSNRF 43 (1962), 257 ss.
- Liver, Peter, *Rechtsgutachten betreffend die Rückwirkung einer Bestimmung über die Höchstdauer, für welche ein Baurecht begründet werden kann*, adressé au Département fédéral de Justice et Police le 31 juillet 1963.
- Liver, Peter, *Zur Geschichte und Dogmatik des Eigentums an Bäumen auf fremden Boden in der Schweiz*, Festschrift Karl Siegfried Bader, Zurich, Cologne et Graz 1965, pp. 281 ss.
- Mayr von Baldegg, Bernhard, *Die Gegenleistung beim Baurecht*, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Berne 1938.
- Meier-Hayoz, Arthur, *Zum Bodenproblem*, RSNRF 45 (1964), 1 ss.
- Meier-Hayoz, Arthur, *Der Vorkaufsfall*, RSNRF 45 (1964), 257 ss.
- Montchal, Max et Pillet, Pierre, *Le droit de superficie en Suisse notamment en rapport avec la propriété par étages*, Genève 1968.
- Moor, Hans, *Die Bedeutung des Baurechts für die Baugenossenschaften*, RDS 48 (1929), 205 ss.
- Müller, Viktor, *Der Baurechtszins und seine grundpfandrechtliche Sicherung*, Thèse, Zurich 1968.
- Neuenschwander, Urs, *Die Leistungspflichten der Grundeigentümer im französischen Code civil und im schweizerischen ZGB unter besonderer Berücksichtigung des Nachbarrechts*, Thèse, Berne 1966.
- Notaire bernois, *Bauten auf Grund und Boden Dritter*, Not. bern. 1940, 37.
- Notaire bernois, *Baurecht für Alphütte*, Not. bern. 1944, 49.
- Office fédéral du Registre foncier, *Avis de droit du 3 novembre 1967 sur l'engagement de prolonger un droit de superficie distinct*, RSNRF 49 (1968), 104 s.
- Pfister, Heinrich, *Der Inhalt der Dienstbarkeit*, RDS 52 (1933), 325 ss.
- Pilet, Marcel, *Le droit de superficie dans le Code civil suisse*, Thèse, Lausanne 1912.

- Piotet, Paul, *Note sur le droit à la constitution d'une hypothèque légale (art. 837 CC) et sur la servitude de superficie*, JT 1967 I 272 ss.
- Piotet, Paul, Remarques au sujet de la thèse de H.-U. Freimüller, ZBJV 104 (1968), 44 s.
- Plattner, J., *Die Baurechtsdienstbarkeit*, RSNRF 41 (1960), 257 ss.
- Riemer, Hans Michael, *Das Baurecht (Baurechtsdienstbarkeit) des Zivilgesetzbuches und seine Behandlung im Steuerrecht*. Thèse, Zurich 1968.
- Scherrer, Werner, *Avis de droit du 9 novembre 1949 au département de justice du canton de Bâle-Ville*.
- Sieber, Hugo, *L'initiative sur le droit foncier*, Berne 1963.
- Schneeberger, Paul, *L'avant-projet relatif à la révision des dispositions du CCS sur le droit de superficie*, RSNRF 41 (1960), 268 ss.
- Von Steiger, Ed., *Vom Baurecht*, RSNRF 37 (1956), 81 ss.
- Stirnemann, *Anmerkung zum Entscheid des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 28.2.29*, RSNRF 10 (1929), 156 ss.
- Stoecklin, Joseph, *Die Begründung von Baurechten unter Bedingungen und Auflagen sowie Beschränkungen des Inhalts und der Uebertragbarkeit*, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Berne 1956.
- Thilo, Emile-G., *Droit de superficie et droit de mutation*, Revue fiscale 15 (1960), 307 s.
- Tobler, Emil Thomas, *Die dinglichen Rechte des Zivilgesetzbuches dargestellt am Beispiel der Leitungen*, Thèse, Berne 1953.
- Verwaltungsbericht der Justiz-Direktion des Kantons Bern für das Jahr 1947, RSNRF 29 (1948), 288.
- Wild, Walter, *Das Baurecht*, RSNRF 33 (1952), 293 ss.
- Witt, Günther, *Das Baurecht. Eine rechtsvergleichende Betrachtung, insbesondere des schweizerischen und deutschen Baurechts*, Thèse, Bâle 1965.

II. Divers.

- Accarias, C., *Précis de droit romain*, I, 4^e éd., Paris 1886.
- Arminjon, Pierre - Nolde, Baron Boris - Wolff, Martin, *Traité de droit comparé*, Paris 1952.
- Arndts R. v. Arnesberg, *Lehrbuch der Pandekten*, 13^e éd., Stuttgart 1886.

- Aubry et Rau, *Droit civil français*, 7^e éd. par Paul Esmein, II, Paris 1961.
- Barreau, Edouard, *Etude sur le droit de superficie en droit romain et en droit français*, Thèse, Nantes 1889.
- Sandry - Lacantinerie - Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Des hiens, Paris 1905.
- Sanr, Fritz, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 2^e éd., Munich-Berlin 1963.
- Biermann, *Superficies solo cedit*, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 22 (1895), 169 ss.
- Von Blume, *Die Uebertragung des Niessbrauchs*, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 22 (1895), 281 ss.
- Bonfante, Pietro, *Histoire du droit romain*, I, traduction française sur la 3^e éd. par Jean Carrère et François Fournier, Paris 1928.
- Brauer, J. N. Fr., *Erläuterungen über den Code Napoléon und die Grossherzoglich Badische bürgerliche Gesetzgebung*, V, Karlsruhe 1811.
- Bund, Elmar, *Begriff und Einteilung der Servituten im römischen Recht*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanische Abteilung. 73 (86), Weimar 1956.
- Carhonnier, Jean, *Droit civil*, II, I, Paris 1957.
- Chénon, Emile, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, Paris 1923.
- Cheshire, G. C., *The Modern Law of Real Property*, 9^e éd., Londres 1962.
- Colin, Ambroise - Capitant, Henri, *Traité de droit civil*, refondu par Léon Julliot de la Morandière, II, Paris 1959.
- Curti, Arthur, *Englands Privat-und Handelsrecht*, I, Berlin 1927.
- Dalloz, *Encyclopédie juridique. Répertoire de droit civil*, V, Paris 1955.
- Degenkolb, Heinrich, *Platzrecht und Mieth*, Berlin 1867.
- Dekkers, René, *Précis de droit civil belge*, I, Bruxelles 1954.
- Dekkers, René, *Introduction au droit de l'Union soviétique et des Républiques populaires*, Bruxelles 1963.
- De Page, Henri, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, Bruxelles 1953.

- Dernburg, Heinrich, *Die Allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preussens und des Reiches*, I, 4^e éd., Halle 1884.
- Dernburg, Heinrich, *System des Römischen Rechts*, I, 8^e éd., Berlin 1911.
- Eichler, Hermaun, *Institutionen des Sachenrechts. Ein Lehrbuch*, II, 2, Berlin 1960.
- Eliachevitch, Basile - Nolde, Baron Boris - Tager, Paul, *Traité de droit civil et commercial des Soviets*, III, Paris 1930.
- Erman, Walter, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4^e éd., Münster 1967.
- Ermann, Heinrich, *Das Untererbbaurecht*, Archiv für die civilistische Praxis 126 (nouvelle série : 6), 214 ss.
- Förster, Franz - Eccius, M. E., *Preussisches Privatrecht*, III, 6^e éd., Berlin 1892.
- Gaudemet, M., *Cours de droit romain (notes)*, Licence 1^{re} année, Paris 1952-1953.
- Genkin, D. M., *Sowjetisches Zivilrecht*, I, Berlin 1953.
- Genty, M., *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation d'après le droit romain*, Paris 1854.
- Girard, Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Paris 1929.
- Grünberg, Karl, *Bauten auf fremden Grund*, Vienne 1903.
- Grützmann, Paul, *Lehrbuch des Königlich Sächsischen Privatrechts*, I, Leipzig 1887.
- Gschnitzer, Franz, *Sachenrecht*, Vienne-New York 1968.
- Guérin, Louis Lucien, *Du droit de superficie*, Thèse, Paris 1893.
- Günther, Hermann, *Die Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919*, JW 1919, 357 ss.
- Hajje, Antoine, *Etude sur les locations à long terme et perpétuelles*. Thèse, Paris 1926.
- Huvelin, Paul, *Cours élémentaire de droit romain*, I, Paris 1927.
- Ingenstau, Heinz, *Kommentar zur Erbbaurechts-Verordnung*, 3^e éd., Düsseldorf 1964.
- Jörs, Paul - Kunkel, Wolfgang - Wenger, Leopold, *Römisches Privatrecht und Abriss des römischen Zivilprozessrechts*, 3^e éd., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949.
- Josserand, Louis, *Cours de droit civil positif français*, I, 3^e éd., Paris 1938.
- Jousserandot, Louis, *L'Edit perpétuel*, II, Paris 1883.
- Jowitt-Walsh, *The Dictionary of English Law*, II, Londres 1959.

- Julliot de la Morandière, Léon, *Précis de droit civil*, II, Paris 1957.
- Kaser, Max, *Das römische Privatrecht*, Munich 1955-1959.
- Kaser, Max, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 2^e éd., Cologne et Graz 1956.
- Von Keller, Friedrich Ludwig, *Pandekten*, Leipzig 1861.
- Klang, Heinrich - Gschnitzer, Franz, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 2^e éd., Vienne 1954.
- Koch, C. F., *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, I, 7^e éd., Berlin 1878.
- Kohler, J., *Neue Beiträge zum Islamrecht*, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 12 (1897), 1 ss.
- Kreittmayr, W. X. A., *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem*, IV, Munich 1844.
- Larcher, *Des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Thèse, Nancy 1894.
- Laurent, F., *Principes de droit civil*, VIII, Paris-Bruxelles 1887.
- Leage, Richard William, *Roman Private Law*, 3^e éd., Londres 1961.
- Lee, Robert Warden, *The Elements of Roman Law*, 4^e éd., Londres 1956.
- Lepointe, Gabriel, *Droit romain et ancien droit français*, Paris 1958.
- Marty, Gabriel - Raynaud, Pierre, *Droit civil*, II, 2, Paris 1965.
- Masson, Pierre, *Essai sur la conception de l'usufruit en droit romain*, Revue historique de droit français et étranger 13 (1934), 1 ss.
- Maurach, Reinhart, *Handbuch der Sowjetverfassung*, Munich 1955.
- May, Gaston, *Éléments de droit romain*, 18^e éd., Paris 1932.
- Maynz, Charles, *Cours de droit romain*, I, 5^e éd., Paris et Bruxelles 1891.
- Mazeaud, Henri-Léon et Jean, *Leçons de droit civil*, II, 3^e éd., Paris 1966.
- Melville, R. D., *A Manual of the Principles of Roman Law*, 3^e éd., Edinburgh 1921.
- Meynial, Ed., *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes*, Mélanges Fitting, II, Montpellier 1908.
- Monier, Raymond, *Manuel élémentaire de droit romain*, I, 4^e éd., Paris 1943.
- Les Nouvelles, *Droit civil*, III, Bruxelles 1941.
- Ortolan, J., *Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien*, 12^e éd., Paris 1883.

- Ossipow, Paul, *La propriété en droit soviétique*, RDS 65 (1946), 99 ss.
- Onrliac, Paul - de Malafosse, J., *Droit romain et ancien droit. Les biens*, Paris 1961.
- Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 26^e éd., Munich et Berlin 1967.
- Pesl, D., *Das Erbbaurecht. Geschichtlich und wirtschaftlich dargestellt*, Leipzig 1910.
- Petit, Eugène, *Traité élémentaire de droit romain*, 9^e éd., Paris 1925.
- Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, III, 1^{re} et 2^e éd., Berlin 1902.
- Planck - Strecker, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III, 1, 5^e éd., Berlin et Leipzig 1933.
- Planiol, Marcel - Ripert, Georges - Boulanger, Jean, *Traité élémentaire de droit civil*, 1, 4^e éd., Paris 1948.
- Planiol, Marcel - Ripert, Georges - Picard, Maurice, *Traité pratique de droit civil français*, III, 2^e éd., Paris 1952.
- Radcliffe, G. R. Y., *Real Property Law*, 2^e éd., Oxford 1938.
- Regnault, Henry, *Manuel d'Histoire du Droit français*, Paris 1939.
- Reichsgerichtsräte und Bundesrichter, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, III, 2, 11^e éd., Berlin 1963.
- Reinicke, Karl, *Von der Superficies zum Erbbaurechte*, Thèse. Borna-Leipzig 1902.
- Rognin, Ernest, *La Science juridique pure*, III, Paris-Lausanne 1923.
- Romachkine, P., *Principes du droit soviétique*, Moscou.
- Roth, Paul, *Bayrisches Civilrecht*, II, Tübingen 1872.
- Samoje, Sigismund, *Erbbaurecht. Kommentar zu der Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919*, Berlin 1919.
- Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1840.
- Schlossmann, *Ueber den Begriff des Eigentums*, Iherings Jahrbücher 45 (1903), 289 ss.
- Schnitzer, Adolf F., *Vergleichende Rechtslehre*, 2^e éd., Bâle 1961.
- Schultz, Lothar, *Russische Rechtsgeschichte*, Lahr 1951.
- Schulz, Fritz, *Prinzipien des römischen Rechts*, Munich et Leipzig 1934.
- Schulz, Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951.
- Seidl, Erwin, *Römisches Privatrecht*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich 1963.
- Siber, Heinrich, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928.

- Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand, *Das Practische Gemeine Civilrecht*, I, 2^e éd., Leipzig 1860.
- Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand, *Anleitung zum Studium des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen*, Leipzig 1864.
- Soergel - Siebert, *Bürgerliches Gesetzbuch*, IV, 10^e éd., Stuttgart, Berlin, Cologne, Mainz 1968.
- Sobm, Rudolf, *Institutionen*, 16^e éd., Munich et Leipzig 1919.
- Sohm, Rud. - Mitteis, Ludwig - Wenger, Leopold, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts*, 17^e éd., Berlin 1949.
- Stahlhacke, Eugen, *Vorschläge zur Neuordnung des Erbbaurechts*, 2^e éd., Tübingen 1960.
- Staudinger, *Kommentar zum BGB*, III : *Sachenrecht*, 1^{re} partie : §§ 854-1017 par Hans Berg, Joseph Ring et Günther Seufert, Berlin 1956 (11^e éd.).
- Stephen's, *Commentaries on the Laws of England*, I, 2, 21^e éd., Londres 1950.
- Stoyanovitch, K., *Le régime de la propriété en URSS*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris XXI, Paris 1962.
- Vogt, Heinrich, *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts*, Marburg 1950.
- Waechter, Carl Georg von, *Das Superficiar-oder Platzrecht*, 2^e éd., Leipzig 1868.
- Waechter, Carl Georg von, *Pandekten*, II, Partie spéciale, Leipzig 1881.
- Weissenstein, Robert, *Anglo-amerikanisches Rechtswörterbuch*, I, sous « lease », Zurich 1950.
- Westermann, Harry, *Sachenrecht, ein Lehrbuch*, 4^e éd., Karlsruhe 1960.
- Windscheid, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 9^e éd., Francfort/M 1906.
- Wolff, Martin - Raiser, Ludwig, *Sachenrecht. Ein Lehrbuch*, 10^e éd., Tübingen 1957.
- Yiannopoulos, Athanassias N., *Louisiana Civil Law Treatise*, II, St. Paul (Minnesota) 1967.

TABLE DES MATIERES

	Page
Introduction	9
PREMIERE PARTIE. L'UNIVERSALITE DU DROIT DE SUPERFICIE	11
TITRE I. Généralités	13
TITRE II. L'évolution du droit de superficie en Suisse	19
Chapitre 1. Avant le CCS	19
Section 1. Le système des codes cantonaux	19
Section 2. Le droit neuchâtelois	21
Chapitre 2. Le Code civil suisse	22
Section 1. Son élaboration	22
Section 2. Ses insuffisances	22
Section 3. La réaction	23
Section 4. Les remèdes	24
Chapitre 3. La loi fédérale du 19 mars 1965	24
Section 1. L'avant-projet	24
Section 2. Le projet	25
Section 3. Les travaux parlementaires	26
DEUXIEME PARTIE. LA DEFINITION DU DROIT DE SUPERFICIE	29
TITRE I. La définition positive du droit de superficie	31
Chapitre 1. La définition abstraite du droit de superficie	33
Chapitre 2. La définition concrète du droit de superficie en Suisse	33
Section 1. La définition légale	35
Section 2. Les définitions de la doctrine	35
Section 3. Essai d'une nouvelle définition	36
TITRE II. La définition négative du droit de superficie	37
Chapitre 1. Le droit de superficie et le droit de la construction	38
Chapitre 2. Le droit de superficie et la servitude d'empiètement	38
Chapitre 3. Le droit de superficie et le droit à une source	39
Chapitre 4. Le droit de superficie et les « autres servitudes » de l'art. 781 CCS	39
Chapitre 5. Le droit de superficie et la propriété par étages	40
Chapitre 6. Le droit de superficie et l'emphytéose	40
Chapitre 7. Le droit de superficie et le hail	40
Chapitre 8. La constitution d'un droit de superficie et le transfert de propriété	41

TROISIEME PARTIE

LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT DE SUPERFICIE

	45
TITRE I. Généralités	47
Chapitre 1. La détermination de la nature juridique du droit de superficie. Problèmes et solutions	47
Chapitre 2. Le droit de superficie en tant qu'institution de droit public	48
Section 1. Le droit romain	48
Section 2. L'évolution contemporaine	49
Chapitre 3. Le droit de superficie en tant que droit personnel	50
Section 1. L'histoire	50
Section 2. Le droit suisse	51
Chapitre 4. Les liens entre le problème de la nature juridique du droit de superficie et la définition du droit de propriété	51
Chapitre 5. Le droit de propriété	52
Section 1. Le droit de propriété en droit romain	52
§ 1. L'influence de la conception romaine de la propriété	52
§ 2. Les diverses espèces de droit de propriété	52
§ 3. La définition du droit de propriété	53
§ 4. Les éléments caractéristiques de la propriété romaine	53
Section 2. Le droit de propriété au Moyen Age	54
Section 3. Le droit de propriété en droit français	54
Section 4. Le droit de propriété en droit allemand	55
Section 5. Le droit de propriété en droit autrichien, italien et belge	55
Section 6. Le droit de propriété en Suisse	55
Section 7. La définition générale du droit de propriété	57
Chapitre 6. Les rapports théoriquement concevables entre le droit de superficie et le droit de propriété	58
Chapitre 7. Le droit de superficie est un droit de propriété	59
Section 1. Cette théorie en droit romain	59
Section 2. Cette théorie au Moyen Age	60
Section 3. Cette théorie en France	60
§ 1. Le droit positif	60
§ 2. Explication	61
§ 3. Conclusions	64
Section 4. Cette théorie en Autriche	65
Chapitre 8. Le droit de superficie est un droit réel restreint	66
Section 1. Cette solution en droit romain	66
Section 2. Les distinctions contemporaines	66
Chapitre 9. Le droit de superficie est un droit réel restreint « sui generis »	67
Section 1. Cette solution en Allemagne	67
Section 2. Cette solution en Autriche	69
Section 3. Cette solution en Italie	69
Section 4. Cette solution en Belgique	69

Chapitre 10. Le droit de superficie est une forme de droit réel restreint traditionnel	70
Section 1. Cette théorie en droit romain	70
Section 2. Cette théorie en droit suisse	72
Section 3. Cette théorie dans les autres systèmes	72
TITRE II. En Suisse	72
Chapitre I. Sources	73
Section 1. Le CCS	73
Section 2. La jurisprudence	75
Section 3. La doctrine	75
Chapitre 2. Le choix du législateur suisse	76
Section 1. Les raisons de ce choix	76
§ 1. La nature juridique de la servitude en droit suisse	76
§ 1. 1. Généralités	76
§ 1. 2. Méthode de travail	77
§ 1. 3. L'élargissement du concept de servitude dans le CCS	77
§ 1. 4. La définition tirée du CCS	79
a) La méthode externe	79
b) La méthode interne	80
c) Les définitions de la doctrine	81
d) Le choix d'une définition	82
§ 1. 5. Les définitions étrangères	82
§ 2. Le droit de superficie peut-il être incorporé dans le concept de servitude ?	84
§ 2. 1. Les différentes voies d'incorporation du droit de superficie dans le concept de servitude	84
§ 2. 2. Première hypothèse	84
§ 2. 3. Deuxième hypothèse	85
a) La balance des éléments constitutifs du droit de superficies	85
b) L'aliénabilité et la transmissibilité par succession	86
§ 3. Conclusion	88
§ 4. Les conséquences de la nature juridique du droit de superficie	89
Section 2. Le maintien du choix	89
Section 3. La place du droit de superficie dans la systématique des servitudes	90
Chapitre 3. La servitude de superficie	91
Section 1. Le droit de superficie distinct	92
Section 2. Le droit de superficie distinct et permanent	92
Section 3. Le droit de superficie non distinct	93
Chapitre 4. La nature juridique du droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier	94
Section 1. La conception de la doctrine	94
Section 2. La lettre du CCS	95
Section 3. Critique de la théorie de la doctrine	96
Section 4. Défense de la lettre du CCS	96

QUATRIEME PARTIE. LE CONTENU DU DROIT DE SUPERFICIE	103
Chapitre 1. Généralités	105
Section 1. Le contenu des droits réels	105
Section 2. Le contenu des servitudes	105
Section 3. Le principe du « numerus clausus »	106
Section 4. La nature du contenu du droit de superficie et ses éléments	106
Chapitre 2. Le rapport superficiaire	107
Section 1. Définition	107
Section 2. Distinctions	107
Section 3. Le contenu du rapport superficiaire	108
Chapitre 3. Le contenu non réel du rapport superficiaire	109
Section 1. Les rapports obligationnels	109
Section 2. Les obligations réelles	110
§ 1. Définition	110
§ 2. La place des obligations réelles dans le droit suisse	111
§ 3. Les différents types d'obligations réelles	112
§ 4. Les raisons de l'introduction de l'obligation réelle dans le rapport superficiaire	112
§ 5. Nombre et type des obligations réelles du rapport superficiaire	112
Chapitre 4. Le contenu réel du rapport superficiaire ou le contenu du droit de superficie	113
Section 1. Généralités	113
§ 1. Le contenu légal du droit de superficie	113
§ 2. L'autonomie de l'art. 779 al. 1 CCS	114
§ 3. Les effets de l'art. 779 b CCS	115
§ 4. Contenu réel et registre foncier	118
§ 5. Le contenu du droit de superficie de différents types	119
§ 6. La détermination du contenu du droit de superficie	119
Section 2. Analyse du contenu du droit de superficie	119
§ 1. La construction	119
1. Définition	119
2. Les annexes	122
3. Les exceptions	122
3. 1. Les plantes	122
3. 2. Les parties de construction	123
3. 2. A. L'étage d'une maison	124
3. 2. B. La partie de construction	125
3. 2. C. Les constructions reposant sur plusieurs fonds	128
3. 3. Les constructions mobilières	129
4. Ses stipulations à effet réel concernant les constructions	130
5. Les sanctions en cas de violation des stipulations à effet réel	132
5. 1. Le problème	132
5. 2. Les effets sur le mécanisme du droit de superficie	132
5. 3. Les moyens à disposition des parties pour rétablir l'équilibre détérioré par la violation du contenu du droit de superficie	135

A. En cas de violation grave	135
B. En cas de violation légère	135
C. Le droit de retour anticipé	136
6. La nature juridique de la construction	136
§ 2. Le droit d'avoir ou de faire une construction	137
§ 3. La durée du droit de superficie	138
CINQUIÈME PARTIE. LES EFFETS DU DROIT DE SUPERFICIE	139
Chapitre 1. Le principe de l'accession	141
Chapitre 2. La description des effets du droit de superficie	142
Premier tableau. La situation avant la constitution du droit de superficie ou les effets de la propriété foncière	142
Deuxième tableau. Les effets du droit de superficie	144
Troisième tableau. Les effets de l'extinction du droit de superficie	146
Chapitre 3. Explication de la nature du lien construction-superficiaire	146
§ 1. Le principe	146
§ 2. Les difficultés de l'explication de ce principe	147
§ 3. La théorie de la partie intégrante	147
§ 4. La théorie de la doctrine dominante	147
§ 5. Critique de ces deux théories	148
§ 6. L'accession comme solution au problème	148
Chapitre 4. Naissance et fin de la propriété particulière sur la construction	149
Chapitre 5. Rapport entre propriété et servitude	150
Chapitre 6. La propriété sur la construction	150
TITRE VI. L'OBJET DU DROIT DE SUPERFICIE	153
Chapitre 1. Les biens-fonds	155
§ 1. Construction et objet	155
§ 2. Fonds privé et fonds public	156
§ 3. Fonds bâti ou terrain nu	156
§ 4. L'immatriculation du bien-fonds grevé	156
§ 5. Une partie d'un bien-fonds	157
§ 6. Pluralité de droits de superficie sur un même fonds	158
§ 7. Droit de superficie sur plusieurs fonds	159
§ 8. Droit de superficie sur son propre fonds	159
§ 9. Les biens-fonds qui ne peuvent être l'objet d'un droit de superficie	159
Chapitre 2. L'objet des droits réels	160
Section 1. L'objet des droits réels selon la théorie dominante	160
§ 1. La conception de la doctrine dominante	160
§ 2. Critique de la théorie dominante	160
§ 3. Raison, conséquence et remède	161
Section 2. L'objet des droits réels selon le CCS	163
§ 1. La théorie	163
§ 2. Justification de cette théorie	164

Section 3. La spécialité de l'objet de chaque droit réel en particulier	168
Chapitre 3. L'objet du droit de superficie	168
Section 1. Elimination en vertu de la spécialité de l'objet en général	168
Section 2. Elimination en vertu du contenu du droit de superficie	169
Chapitre 4. Le droit de superficie au deuxième degré	170
Section 1. Généralités	170
Section 2. Les arguments contre le droit de superficie au deuxième degré	171
Section 3. Les arguments en faveur du droit de superficie au deuxième degré	172
Section 4. L'analyse des rapports du droit de superficie au deuxième degré avec le droit de superficie et le bien-fonds	173
§ 1. Le contenu du droit de superficie au deuxième degré et sa compatibilité avec le droit de superficie	174
§ 2. Les effets du droit de superficie au deuxième degré	174
Section 5. Quelques particularités du droit de superficie au deuxième degré	175
§ 1. La nature juridique	175
§ 2. L'objet	175
§ 3. Le contenu	176
§ 4. Le consentement du propriétaire foncier	176
§ 5. Les prérogatives du superficiaire	177
§ 6. Les rapports entre le droit de superficie au deuxième degré et la vente	178
§ 7. Les conséquences de l'exécution forcée, notamment en cas de faillite, contre le superficiaire	178
ABREVIATIONS	179
JURISPRUDENCE FEDERALE	181
BIBLIOGRAPHIE	183
TABLE DES MATIERES	193

IMPRIMERIE H. MESSEILLER - NEUCHÂTEL

1969