



Livre

2012

Published version

Open Access

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

L'exercice du droit de préemption immobilier au regard du droit privé

Rubido, José-Miguel

How to cite

RUBIDO, José-Miguel. L'exercice du droit de préemption immobilier au regard du droit privé. Genève : Schulthess, 2012. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:83218>

José-Miguel Rubido

L'exercice du droit de
préemption immobilier
au regard du droit privé



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess §
ÉDITIONS ROMANDES

CG
Collection
Genevoise

José-Miguel Rubido

L'exercice du droit de préemption immobilier
au regard du droit privé



José-Miguel Rubido

L'exercice du droit de
préemption immobilier
au regard du droit privé



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2012

Thèse n° 829 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

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

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2012

ISBN 978-3-7255-6548-1

ISBN Collection genevoise: 1661-8963

www.schulthess.com

*A Sabine,
A nos enfants*

Remerciements

Avant d'exprimer ma reconnaissance, je tenais à adresser un clin d'œil à mon épouse, Sabine, et à nos enfants. Leur soutien indéfectible et la joie qu'ils m'apportent m'ont permis d'arriver au bout. Cette thèse est la nôtre. Je la leur dédie !

Mes remerciements vont tout d'abord à mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Bénédicte Foëx. Il a su me suivre tout au long de ma réflexion, sans jamais rien m'imposer. Il a toujours fait preuve de rigueur et d'honnêteté, m'incitant ainsi à me remettre constamment en question.

A ces lignes, j'associe également les membres de la commission de soutenance, Messieurs les Professeurs Nicolas Jeandin, Sylvain Marchand et Paul-Henri Steinauer, ainsi que Monsieur le Professeur Christian Bovet, doyen de la Faculté de droit de Genève, qui l'a présidée. Leurs observations, lors de la soutenance, m'ont permis d'affiner ma réflexion.

Mes pensées vont également à Madame la Professeure Margareta Baddeley et à Monsieur le Professeur honoraire Martin Stettler, qui m'ont fait confiance et m'ont toujours encouragé. Un soutien précieux !

L'écriture d'une thèse ne peut se faire sans une relecture minutieuse. Elle a été effectuée par mon assistante à l'Etude, Madame Maria Nomblot. Patiemment, elle a lu toute la thèse cherchant la ponctuation manquante, ou l'accent mal placé. Elle a effectué ce travail avec rigueur et constance. Je lui exprime ici toute ma gratitude.

Finalement, je souhaiterais partager cette thèse avec tous ceux qui ont su dissiper ou relativiser mes doutes, simplement par leur écoute attentive et leur bonne humeur, en particulier, mes parents, ma famille, mes amis et mes collègues, notamment Mesdames Virginie Jaquery et Micaela Vaerini Jensen, ainsi que Messieurs Jean-Frédéric Maraïa, Aurélien Stettler, et Joël Veuve.

A tous, merci !

Genève, mai 2012
José-Miguel Rubido

Table des matières

REMERCIEMENTS	VII
TABLE DES MATIÈRES.....	IX
ABRÉVIATIONS.....	XIX
BIBLIOGRAPHIE.....	XXIII
INTRODUCTION	1
A. NOTIONS DE BASE.....	3
I. Définition, nature et conditions d'exercice du droit de préemption.....	3
a) Définition.....	3
b) Nature du droit de préemption	3
1. Généralités	3
2. Distinction entre le droit de préemption légal et conventionnel	4
c) Conditions d'exercice du droit de préemption.....	5
1. La modification des cas de préemption prévus par la loi.....	5
2. L'annotation au Registre foncier du droit de préemption conventionnel et de la suppression ou de la modification du droit de préemption légal.....	7
2.1 L'annotation au Registre foncier du droit de préemption conventionnel.....	7
2.2 L'annotation au Registre foncier de la suppression ou de la modification du droit de préemption légal.....	8
2.2.1 La portée de l'annotation.....	8
2.2.2 Les intervenants à la suppression ou à la modification du droit de préemption.....	9
2.2.3 L'objet de l'annotation	10
2.2.3.1 L'annotation de la suppression ou de la modification du droit de préemption du copropriétaire	12
2.2.3.2 L'annotation de la suppression ou de la modification du droit de préemption du superficiel ou du superficiaire	13
2.2.3.3 Le droit de superficiel non immatriculé au Registre foncier	14
2.2.4 Synthèse	15
d) La forme du pacte de préemption	17

1.	Les conditions d'exercice du droit de préemption soumises à la forme authentique	17
1.1	La protection du propriétaire grevé.....	17
1.2	La protection du préempteur.....	20
1.3	La modification du pacte de préemption.....	21
2.	Le prix doit-il être déterminé ou déterminable ?	21
II.	L'objet du droit de préemption.....	24
a)	Le bien-fonds	24
b)	Le droit distinct et permanent immatriculé au Registre foncier	24
c)	La part de copropriété	26
1.	La part de copropriété ordinaire	26
2.	La part de copropriété d'une propriété par étages	26
d)	L'entreprise et l'immeuble agricoles au regard de la LDFR.....	27
1.	L'entreprise agricole.....	27
1.1	Ensemble d'immeubles, de bâtiments et d'installations.....	27
1.2	L'unité	28
1.3	L'usage agricole	28
1.4	L'unité de main-d'œuvre standard.....	28
2.	L'entreprise mixte.....	29
3.	L'entreprise affermée par parcelles.....	29
4.	Autres types d'entreprises.....	30
4.1	Aliénation d'une participation majoritaire à une personne morale.....	30
4.2	Aliénation d'une entreprise horticole.....	32
III.	La titularité du droit	34
a)	La cessibilité et la transmissibilité du droit de préemption.....	34
b)	La reprise du droit de préemption et la stipulation pour autrui.....	35
1.	La reprise du droit de préemption.....	35
2.	La stipulation pour autrui	36
c)	La propriété collective	39
1.	La communauté héréditaire	39
1.1	La cessibilité du droit de préemption conventionnel dans le cadre du partage successoral.....	40
1.2	La reprise du droit de préemption conventionnel dans le cadre du partage successoral.....	40
1.3	Le droit de préemption légal dans le cadre du partage successoral	41
2.	La société simple.....	41

2.1	La cessibilité du droit de préemption conventionnel dans le cadre de la dissolution de la société simple.....	41
2.2	La reprise du droit de préemption conventionnel dans le cadre de la dissolution de la société simple.....	43
2.3	Le droit de préemption légal dans le cadre de la dissolution de la société simple	43
3.	L'indivision.....	43
3.1	La cessibilité du droit de préemption conventionnel dans le cadre de la dissolution de l'indivision	44
3.2	La reprise du droit de préemption conventionnel dans le cadre de la dissolution de l'indivision	45
3.3	Le droit de préemption légal dans le cadre de la dissolution de l'indivision.....	45
4.	La communauté de biens.....	45
4.1	La cessibilité du droit de préemption conventionnel dans le cadre de la dissolution du régime matrimonial.....	46
4.2	La reprise du droit de préemption conventionnel dans le cadre de la dissolution du régime matrimonial.....	46
4.3	Le droit de préemption légal dans le cadre de la dissolution du régime matrimonial.....	46
5.	La communauté des copropriétaires ordinaires et de la propriété par étages	47
d)	Le droit de préemption des parents, du fermier et des copropriétaires au regard de la LDFR.....	49
1.	La titularité du droit.....	50
1.1	Le descendant, les frères et sœurs ou leur enfant	50
1.2	Le fermier.....	52
1.3	Le copropriétaire.....	54
2.	L'exploitant à titre personnel.....	54
2.1	La définition objective de l'exploitant à titre personnel.....	54
2.2	La définition subjective de l'exploitant à titre personnel.....	55
2.3	Les qualités du conjoint ou d'une tierce personne	55
2.4	L'exploitation par une personne morale	56
3.	Le conjoint et les père et mère.....	56
IV.	La valeur de rendement et ses correctifs	59
a)	Généralités.....	59
b)	L'augmentation de la valeur de rendement.....	59
c)	L'interdiction d'aliéner et le droit de réméré de l'aliénateur.....	60
1.	L'interdiction d'aliéner	60
2.	Le droit de réméré de l'aliénateur	61
d)	Le droit au gain	63

1.	Définition, nature, étendue et exigibilité du droit au gain	63
2.	Le montant et la garantie du droit au gain	63
B.	LES CAS DE PRÉEMPTION	65
I.	Les actes dans lesquels les parties ont un lien particulier entre elles.....	66
a)	La vente entre parents	66
1.	Le conjoint, le partenaire ou l’allié.....	67
2.	Le concubinage	67
3.	Le rôle de l’officier public et la liberté contractuelle	68
b)	La donation	69
c)	L’entretien et la rente viagère.....	72
II.	Les actes dans lesquels l’aliénateur ne reçoit pas de contreprestation pécuniaire.....	75
a)	La dation en paiement.....	75
b)	L’échange.....	75
III.	Les actes fondés sur le droit des sociétés.....	79
a)	L’apport et la reprise d’un immeuble	79
b)	La fusion, la transformation et la scission d’une société	80
c)	Le transfert de patrimoine	80
d)	La liquidation d’une société	82
e)	La vente des droits sur une société immobilière	83
IV.	Autres cas de préemption.....	86
a)	La vente partielle de l’immeuble grevé d’un droit de préemption.....	86
b)	La vente conjointe de plusieurs immeubles.....	87
c)	La promesse de vendre et le pacte d’emption	88
d)	La constitution d’un droit de superficie	88
e)	La vente d’un immeuble grevé partiellement d’un droit de superficie	90
V.	Les cas de préemption au regard de la LDFR.....	91
a)	L’apport à une communauté de biens, à une société, à une société coopérative ou à une autre corporation au sens de l’art. 43 lit. a LDFR	91
b)	Le transfert à titre gratuit au sens de l’art. 43 lit. b LDFR.....	92

c)	L'aliénation à un autre parent ou conjoint au sens de l'art. 43 lit. c LDFR.....	93
d)	L'applicabilité de l'art. 43 LDFR au droit de préemption sur les parts de copropriété.....	93
C.	L'EXERCICE DU DROIT DE PRÉEMPTION.....	95
I.	La notification.....	95
a)	L'auteur de la notification.....	95
1.	La propriété collective.....	95
2.	Le Conservateur du Registre foncier, l'officier public, l'acquéreur du bien, et la tierce personne.....	96
2.1	Le Conservateur du Registre foncier et l'officier public.....	96
2.2	L'acquéreur du bien.....	97
2.3	La tierce personne.....	97
b)	Le destinataire de la notification.....	98
1.	La personne du préempteur.....	98
2.	Le chef ou l'exploitant de l'indivision, l'exécuteur testamentaire, le représentant de la communauté héréditaire, et le liquidateur officiel.....	98
3.	L'administrateur d'office.....	99
4.	L'absence du préempteur.....	99
5.	L'administrateur de la communauté des copropriétaires d'une propriété par étages.....	100
c)	Le moment de la notification.....	100
d)	La forme de la notification.....	100
e)	L'étendue de la notification.....	101
1.	Le contenu de l'acte de vente immobilière.....	101
2.	Les limites de la notification au regard de l'art. 216d al. 1 CO.....	103
3.	Les autres renseignements complémentaires.....	107
f)	Le défaut de notification.....	108
1.	Le droit de préemption légal.....	109
2.	Le droit de préemption conventionnel.....	109
3.	La protection du vendeur, voire du tiers acquéreur.....	110
g)	Le rôle de l'officier public.....	111
II.	La déclaration du préempteur.....	112
a)	L'auteur de la déclaration.....	112
1.	La personne du préempteur.....	112

2.	Le chef ou l'exploitant de l'indivision, l'exécuteur testamentaire, le représentant de la communauté héréditaire, le liquidateur officiel.....	112
3.	L'administrateur d'office.....	113
4.	L'administrateur d'une communauté des copropriétaires d'une propriété par étages.....	113
b)	La forme de la déclaration.....	114
c)	Le contenu de la déclaration.....	118
III.	L'objet du droit.....	121
1.	La vente partielle de l'immeuble grevé du droit de préemption.....	121
2.	La vente conjointe de plusieurs immeubles.....	122
3.	Le cas particulier du droit de superficie.....	123
3.1	La délimitation du droit de préemption du superficiaire.....	123
3.2	Le droit de préemption du superficiaire en cas de vente de la totalité du fonds grevé.....	125
3.3	Le droit du superficiant en cas de vente d'une ou plusieurs quotes-parts de copropriété par étages.....	126
4.	L'aliénation de l'entreprise agricole, voire de l'immeuble agricole, et la cession de participations majoritaires à une personne morale au regard de la LDFR.....	128
4.1	L'aliénation de l'entreprise agricole, voire de l'immeuble agricole....	128
4.2	La cession de participations majoritaires à une personne morale.....	129
IV.	Le prix.....	131
a)	L'erreur essentielle quant au prix.....	131
b)	L'abus de droit quant au prix convenu entre le vendeur et l'acquéreur.....	135
c)	L'absence de valeur dans l'acte d'aliénation.....	135
1.	La donation mixte.....	136
2.	L'échange.....	138
d)	La valeur du bien préempté au regard de la LDFR.....	139
1.	Absence d'autorisation relative à la vente entre le vendeur et le tiers acquéreur.....	140
2.	L'exercice du droit de préemption du fermier en cas de vente à un conjoint, père ou mère.....	141
3.	L'augmentation du prix de reprise au regard de la LDFR.....	142
D.	LA SITUATION DU PRÉEMPTEUR APRÈS L'EXERCICE DU DROIT DE PRÉEMPTION.....	145
I.	La nature du pacte de préemption.....	145

1.	La théorie de la vente conditionnelle potestative	146
2.	La théorie de l'acte constitutif d'un droit formateur	148
3.	Les conséquences de l'une et l'autre des théories au regard de la situation du préempteur	148
3.1	Les garanties du vendeur	148
3.2	Le bien-fondé de la théorie de l'acte de vente	149
3.2.1	La garantie contre l'éviction	150
3.2.2	La garantie quant aux défauts de la chose promise	150
i.	Le droit de préemption non limitatif	150
ii.	Le droit de préemption limitatif	151
3.2.3	Conclusion	152
3.3	Le bien-fondé de la théorie de l'acte constitutif	153
II.	Le transfert de propriété	155
a)	Le droit de préemption conventionnel non annoté au Registre foncier	155
b)	Le droit de préemption conventionnel annoté au Registre foncier ou le droit de préemption légal	155
III.	Les rapports entre le préempteur, le vendeur et le tiers acquéreur	157
a)	La diminution de valeur de l'immeuble	157
b)	L'augmentation de la valeur de l'immeuble	158
c)	Les charges et profits engendrés par l'immeuble	159
E.	LA SITUATION DU PRÉEMPTEUR AVANT LA RÉALISATION DU CAS DE PRÉEMPTION	161
a)	La déclaration unilatérale du préempteur d'exercer, ou de renoncer, à l'exercice de son droit, antérieurement à la réalisation du cas de préemption	161
1.	La déclaration unilatérale du préempteur d'exercer son droit	161
2.	La déclaration unilatérale du préempteur de renoncer à l'exercice de son droit	162
b)	La clause contractuelle stipulant la déclaration d'exercice, ou la renonciation à l'exercice du préempteur, antérieurement à la réalisation d'un cas de préemption	165
c)	La vente future exclue des cas de préemption	166
1.	Qualification de la convention	166
2.	Le contenu de la convention	169
3.	Bien-fondé de la convention de modification	170

F.	LE RANG DU DROIT DE PRÉEMPTION	173
I.	Le concours entre des droits de préemption conventionnels....	173
a)	Le droit de préemption conventionnel non annoté au Registre foncier	173
b)	Le droit de préemption conventionnel annoté au Registre foncier	176
II.	Le concours entre un droit de préemption conventionnel et un droit légal.....	177
III.	Le concours entre deux ou plusieurs droits de préemption légaux identiques	178
a)	Les droits de préemption du copropriétaire et du superficiaire ou du superficiant au sens de l’art. 682 CC.....	178
1.	Le droit de préemption du copropriétaire	178
2.	Le droit de préemption du superficiant	179
3.	Le droit de préemption du superficiaire	180
b)	Les droits de préemption sur un immeuble agricole au regard de la LDFR.....	182
IV.	Le concours entre deux ou plusieurs droits de préemption légaux différents.....	184
a)	Le concours entre deux ou plusieurs droits de préemption légaux prévus dans le CC	184
1.	Le superficiaire en concours avec les copropriétaires du fonds grevé	185
2.	Le superficiant en concours avec les copropriétaires du droit de superficie.....	186
3.	Le droit de superficie soumis au régime de la propriété par étages.....	186
b)	Le concours entre deux ou plusieurs droits de préemption légaux prévus dans la LDFR	188
c)	Le concours entre deux ou plusieurs droits de préemption légaux prévus dans le CC et dans la LDFR.....	189
V.	Le concours avec les autres droits légaux d’acquisition prioritaire.....	191
VI.	Le concours avec les autres droits portés au Registre foncier ...	192
VII.	Le concours entre le droit de préemption relevant du droit public et celui relevant du droit privé	195

G.	L'EXERCICE DU DROIT DE PRÉEMPTION AU REGARD DE LA POURSUITE POUR DETTES ET LA FAILLITE	197
I.	Le droit du préempteur dans le cadre d'une procédure de réalisation forcée	198
II.	L'exercice du droit de préemption sur un immeuble durant la procédure de réalisation forcée.....	200
a)	Les discussions doctrinales relatives à la jurisprudence du Tribunal fédéral	201
b)	Le pouvoir de disposer du débiteur au regard du droit sur l'exécution forcée.....	203
1.	L'étendue de l'art. 96 LP	203
2.	L'étendue de l'art. 204 LP	206
c)	Les effets de l'exercice du droit d'emption et de son annotation au Registre foncier dans le cadre du droit de l'exécution forcée.....	209
d)	L'application par analogie au droit de préemption.....	211
III.	La vente de gré à gré et le délai d'exercice du droit de préemption.....	215
a)	La vente de gré à gré comme cas de préemption.....	215
b)	Le délai d'exercice du droit de préemption au regard de la vente de gré à gré	215
IV.	L'exercice du droit de préemption au regard de la LDFR.....	219
a)	La valeur de rendement au regard de la vente aux enchères....	219
b)	L'examen des conditions matérielles de la LDFR au regard de la vente aux enchères	221
V.	Synthèse.....	224
a)	L'exercice du droit d'emption dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée	224
b)	La protection de l'annotation du droit conventionnel.....	225
c)	L'application par analogie au droit de préemption.....	225
d)	La vente de gré à gré et le délai d'exercice du droit de préemption.....	225
e)	L'exercice du droit de préemption au regard de la LDFR	226
	CONCLUSION	227

Abréviations

a	:	ancien (précise qu'il s'agit d'une version de texte de loi qui n'est plus en vigueur)
al.	:	alinéa
art.	:	article
ATF	:	Arrêt du Tribunal Fédéral
BaK	:	Commentaire bâlois
BeK	:	Commentaire bernois
BlschK	:	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BN	:	Der Bernische Notar
CC	:	Code civil suisse
CDA	:	Communication de droit agraire
ch.	:	chiffre
CO	:	Code des obligations suisse
CoRo	:	Commentaire romand
CP	:	Code pénal suisse
CPC	:	Code de procédure civil suisse
Ed.	:	édition
etc.	:	et caetera
FF	:	Feuille fédérale de la Confédération suisse
FJS	:	Fiche Juridique Suisse
JdT	:	Journal des Tribunaux
JN	:	Journées juridiques à l'attention des notaires
LALDFR	:	Loi genevoise d'application de la loi fédérale sur le droit foncier rural
LBFA	:	Loi fédérale sur le bail à ferme agricole du 4 octobre 1985
LCA	:	Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908
LDE	:	Loi genevoise sur les droits d'enregistrement du 9 octobre 1969
LDFR	:	Loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991

LP	:	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889
LPR	:	Loi fédérale sur le maintien de la propriété rurale du 12 juin 1951
Lfus	:	Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003
LPart	:	Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe du 18 juin 2004
let.	:	lettre
NB	:	Le Notaire Bernois
n.	:	note de bas de page
nt.	:	non traduit
No	:	numéro
OAOF	:	Ordonnance du Tribunal fédéral sur l'administration des offices de faillite
ORFI	:	Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles
ORF	:	Ordonnance sur le Registre foncier du 23 septembre 2011
OTerm	:	Ordonnance du Conseil fédéral sur la terminologie agricole et la reconnaissance des formes d'exploitation du 7 décembre 1998
par.	:	paragraphe
PJA	:	Pratique juridique actuelle
RLALDFR	:	Règlement d'exécution de la loi genevoise d'application de la loi fédérale sur le droit foncier rural
RDS	:	Revue de droit suisse
RNRF	:	Revue suisse du Notariat et du Registre foncier
RO	:	Recueil officiel des lois fédérales
RS	:	Recueil systématique de droit fédéral
RSJB	:	Revue de la société des juristes bernois
SchKG	:	Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
ss	:	suivants
st	:	suivant
XX	:	

TF	:	Tribunal fédéral				
ZüK	:	Commentaire zurichois				
ZZZ	:	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht				

Bibliographie

Doctrine

- AMONN K./WALTHER F., *Grundriss des Schuldbetreibungs-und Konkursrechts*, 4ème éd., Berne 2008 (Cité : AMONN/WALTHER)
- BADDELEY M., *L'indivision de famille*, in *Mélanges à l'occasion du centenaire de l'Association des Notaires Vaudois*, Zürich 2005 (Cité : BADDELEY, *L'indivision*)
- BAHAR R., in *Commentaire Lfus*, Zürich 2005 (Cité : CoLfus-BAHAR)
- BALLIF A., *Le droit de superficie, Eléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés*, thèse, Lausanne 2004 (Cité : BALLIF)
- BANDLI C., *Le droit foncier rural*, in *Commentaire de la Loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991*, Brugg, 1998 (Cité : Co-LDFR-BANDLI)
- BEELER B., *Bäuerliches Erbrecht gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht BGG vom 4 Oktober 1991*, thèse, Zürich 1998 (Cité : BEELER)
- BINZ-GEHRING D., *Das gesetzliche Vorkaufsrecht im schweizerische Recht*, thèse, Berne 1975 (Cité : BINZ-GEHRING)
- BÖSCH R., in *Commentaire bâlois, Zivilgesetzbuch II*, Bâle 2011 (Cité : BaK-BÖSCH)
- BRÜCKNER CH., *Schweizerisches Beurkundungsrecht*, Zürich 1993, (Cité : BRÜCKNER, *Beurkundungsrecht*)
- BRÜCKNER CH., *Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufsrechts*, in Koller (éd.) *Der Grundstückkauf*, Berne 2001 (Cité : BRÜCKNER, *Verwandte*)
- BRUNNER R. M., *Kaufrechte an Grundstücken*, thèse, Berne 1998 (Cité : BRUNNER)
- BUGNON A., *Le droit de préemption agricole*, thèse, Lausanne 1991 (Cité : BUGNON)
- CAVIN P., *Vente, échange et donation*, *Traité de droit privé suisse*, Volume VII/a, Fribourg 1978 (Cité : CAVIN)
- CHAIX F., in *Commentaire romand, Code des obligations II*, Bâle 2008 (Cité : CoRo-CHAIX)
- COLOMBARA A., *L'annotation au Registre foncier et la réalisation forcée des immeubles*, thèse, Lausanne 1992 (Cité : COLOMBARA)
- DEFAGO GAUDIN V., *L'immeuble dans la LP : indisponibilité et gérance légale*, thèse, Genève 2006 (Cité : DEFAGO GAUDIN)

- DESCHENAUX H., *Le registre foncier*, in *Traité de droit privé suisse*, Vol. 5 T II/I, Fribourg 1983 (Cité : DESCHENAUX)
- DESCHENAUX H./STEINAUER P.-H./ BADDELEY M., *Les effets du mariage*, 2ème éd., Berne 2009 (Cité : DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY)
- DE GOTTRAUX N., in *Commentaire romand, Poursuite et faillite*, Bâle 2005 (Cité : CoRo-DE GOTTRAUX)
- DONZALLAZ Y., *Le commentaire de la Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le nouveau droit foncier rural*, Sion 1993 (Cité : DONZALLAZ, *Commentaire*)
- DONZALLAZ Y., *Pratique et jurisprudence de droit foncier rural (1994-1998)*, Sion 1999, (Cité : DONZALLAZ, *Pratique*)
- DONZALLAZ Y., *Traité de droit agraire suisse : droit public et droit privé*, Tome 2, Berne 2006 (Cité : DONZALLAZ, *Traité*)
- DOSIOS PROBST S., *La loi sur le droit foncier rural : objet et conditions du droit à l'attribution dans une succession ab intestat*, thèse, Lausanne 2002 (CITÉ : DOSIOS-PROBST)
- EMERY C., *Le droit de préemption en droit foncier rural*, thèse, Lausanne 2005 (Cité : EMERY)
- ENDER T., *Baurecht, Quellenrecht, andere Dienstbarkeiten, Grundlasten*, in *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Zürich 2001 (Cité : ENDER)
- ENGEL P., *Les contrats de droit suisse*, 2ème éd., Berne 2000 (Cité : ENGEL, *Les contrats*)
- ENGEL P., *Traité des obligations en droit suisse*, 2ème éd., Berne 1997 (Cité : ENGEL, *Traité des obligations*)
- FOËX B., *La nouvelle réglementation des droits de préemption, d'emption et de réméré dans le CC/CO*, in *SJ 1994*, p. 381 ss (Cité : FOËX, *SJ 1994*)
- FOËX B., in *Commentaire romand, Code des obligations I*, Bâle 2003 (Cité : CoRo-FOËX)
- FOËX B., in *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II*, Bâle 1998 (Cité : SchKG II-FOËX)
- FOËX B., *Ordre et effets de la saisie*, FJS No 986, Genève 2001 (Cité : FOËX, *FJS*)
- FOËX B., *Quelques questions pratiques relatives aux droits de préemption du CC/CO*, in *RNRF 2007* p. 1 ss (Cité : FOËX, *Quelques questions*)
- FOËX B., *Comment éviter l'exercice du droit de préemption*, in *Not@lex 2010*, p. 77 ss (Cité : FOËX, *NOT@LEX 2010*)
- FRIEDRICH H.-P., *Praktische Fragen im Zusammenhang mit der Begründung von Stockwerkeigentum*, in *RNRF 1966* p. 321 ss (Cité : FRIEDRICH, *RNRF 1966*)

- GHANDCHI L., *Das gesetzliche Vorkaufsrecht im Bauerechtsverhältnis. art. 682 Abs 2 ZGB*, thèse, Zürich 1999 (Cité : GHANDCHI)
- GIGER H., *Der Grundstückkauf*, Commentaire bernois, T. VI, Berne 1997 (Cité : BeK-GIGER)
- GILLIÉRON J., *La liberté de disposer à cause de mort au regard de la loi fédérale sur le droit foncier rural*, thèse, Fribourg 2004 (Cité : GILLIERON)
- GILLIERON P.-R., *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne 2000 (Cité : GILLIERON COMMENTAIRE)
- GILLIERON P.-R., *Les droits inscrits ou annotés au Registre foncier opposables aux créanciers du débiteur dans l'exécution forcée*, in RDS 1984 p. 549 ss (Cité : GILLIERON RDS 1984)
- GILLIERON P.-R., *Note à propos de l'ATF 114/1988 III 18*, in JdT 1990 II p. 60 ss (Cité : GILLIERON NOTE 1990)
- GILLIERON P.-R., *Note à propos de l'ATF 115/1989 III 65*, in JdT 1991 II p. 134 ss (Cité : GILLIERON NOTE 1991)
- GILLIERON P.-R., *Note à propos de l'ATF 119/1993 III 124*, in JdT 1996 II p. 53 ss (Cité : GILLIERON NOTE 1996)
- GILLIERON P.-R., *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 4^{ème} éd., Bâle 2005 (Cité : GILLIERON LP)
- GIROUD R., in *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, SchKG II, Bâle 1998 (Cité : SchKG II-GIROUD)
- GRISONI J.-B., *Les conceptions française et suisse de la publicité foncière et leurs effets*, thèse, Lausanne 1990 (Cité : GRISONI)
- GUGGENHEIM D., in *Commentaire romand, Code des obligations I*, Bâle 2003 (Cité : CoRo-GUGGENHEIM)
- GUINAND J./STETTLER M./LEUBA A., *Droit civil, Successions (art. 457-640 CC)*, 6^{ème} éd., Fribourg 2005 (Cité : GUINAND/STETTLER/LEUBA)
- HAAB R./SIMONIUS A./SCHERRER W./ZOBL D., *Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1 Abt. Das Eigentum, art. 641-729 ZGB*, Commentaire Zürichoïse, T. IV, éd., Zürich 1977 (Cité : ZüK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL)
- HÄUSERMANN M./STÖCKLI K./FEUZ A., *art. 133 à 143b LP*, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Bâle 1998 (Cité : SchKG- HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ)
- HAUSHER H./AEBI-MÜLLER R., in *Commentaire bâlois, Zivilgesetzbuch I*, Bâle 2006 (Cité : BaK-HAUSHER/AEBI-MÜLLER)

- HAUSHER H./REUSSER R./GEISER T., *Das Familienrecht –Das Eherecht – Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen – art. 159-180 ZGB*, Commentaire bernois, T. II/1/2, 3^{ème} éd., Berne 1999 (Cité : BeK- HAUSHER/REUSSER/ GEISER)
- HENNY J.-M., *Restrictions de droit public dans les rapports juridiques concernant les entreprises et les immeubles agricoles*, in *Le nouveau droit foncier rural*, Journée juridique à l'attention des notaires, Fribourg 1993 (Cité : HENNY, JN)
- HENNY J.-M., *Le droit foncier rural*, in *Commentaire de la Loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991*, Brugg, 1998, (Cité : Co-LDFR-HENNY)
- HENNY J.-M., *Questions choisies en matières de droit foncier rural*, in *RNRF 2006* p. 237 ss (Cité : HENNY, RNRF 2006)
- HESS U., in *Commentaire bâlois, Obligationenrecht I*, Bâle 2007 (Cité : BaK-HESS)
- HOFER E., *Le droit foncier rural*, in *Commentaire de la loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991*, Brugg 1998 (Cité : Co-LDFR-HOFER)
- HONSELL H., in *Commentaire bâlois, Obligationenrecht I*, Bâle 2007 (Cité : BaK-HONSELL)
- HOTZ R., *Le droit foncier rural*, in *Commentaire de la Loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991*, Brugg, 1998, (Cité : Co-LDFR-HOTZ)
- HUNZIKER M., *Das Veräußerungsverbot und das Kaufrecht der Miterben im bäuerlichen Erbrecht*, thèse, Zürich 1997, (Cité : HUNZIKER)
- HUX TH., *Die Anwendbarkeit des Auftragsrechts auf die Willensvollstreckung, die Erbschaftsverwaltung, Erbschaftsliquidation und die Erbenvertretung*, thèse, Zürich 1985, (Cité : HUX)
- ISLER P., *Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung*, thèse, Berne 1973 (Cité : ISLER)
- ISLER P./CONSTANTINI R., in *Commentaire bâlois, Zivilgesetzbuch II*, Bâle 2011 (Cité : BaK-ISLER)
- JAEGER C./WALDER H. U./KULL T./KOTTMANN M., *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol I et II, Zürich 2006 (Cité : SchKG No Vol-JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN)
- JEANDIN N./SABETI Y., in *Commentaire romand, Poursuite et faillite*, Bâle 2005 (Cité : CoRo-JEANDIN/SABETI)
- JENT-SORENSEN I., *Die Tragweite von art. 204 Abs. 1 nach geltendem und revidiertem SchKG*, in *BlschK 1995*, p. 41 ss (Cité : JENT-SORENSEN, BlschK 1995)
- KELLER P.-M., *Neubauten in der Landwirtschaftszone*, thèse, Zürich 1987 (Cité : KELLER)

- KOLLER A., *Grundstückskauf mit falscher Flächenangabe*, in RNRF 1997 p. 1 ss (Cité : KOLLER)
- LAIM H., in *Commentaire bâlois, Zivilgesetzbuch II*, Bâle 2011 (Cité : BaK-LAIM)
- LEBRECHT A. E., in *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II*, Bâle 1998 (Cité : SchKG II-LEBRECHT)
- LEEMANN H., *Sachenrecht, 1. Abt (art. 641-729 ZGB)*, *Commentaire bernois, T IV*, 2ème éd., Berne 1920 (Cité : BeK-LEEMANN)
- LEUENBERGER CH., *Abschluss des Grundstückkaufvertrages*, in *Der Grundstückkauf*, 2ème éd., Saint-Gall 2001, (Cité : LEUENBERGER)
- LIVER P., *Sachenrecht*, in RSJB 1968, p. 417 ss (Cité : LIVER)
- LORANDI F., *Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, thèse, Saint-Gall 1994 (Cité : LORANDI)
- LORANDI F., *Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung (art. 298 Abs. 2 SchKG)*, in ZZZ 2004, p. 73 ss (Cité : LORANDI, ZZZ 2004)
- MARCHAND S., *La procédure d'instrumentation : Droits réels*, in *La procédure d'instrumentation des actes authentiques*, Bâle Zürich Genève 2007, (Cité : MARCHAND)
- MARCHAND S., *La procédure concordataire*, in FJS No 24, Genève 2004, (Cité : MARCHAND, *La procédure concordataire*)
- MARCHAND S., *Poursuite pour dettes et faillite, Du palais de justice à la salle des ventes*, Genève, Zürich, Bâle 2008, (Cité : MARCHAND, *Poursuite*)
- MEIER R., *Das Neue Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht- vier Neuerungen und drei Auslegungsfragen*, in PJA 1994, p. 139 ss (Cité : MEIER, PJA 1994)
- MEIER-HAYOZ A., *Der Vorkaufsfall*, in RNRF 1964, p. 361 (Cité : MEIER-HAYOZ, *Vorkaufsfall*)
- MEIER-HAYOZ A., *Das Grundeigentum II*, *Commentaire bernois, T. IV/1/3*, 3ème éd., Berne 1975 (Cité : BeK-MEIER-HAYOZ)
- MEIER-HAYOZ A./ REY H., *Das Stockwerkeigentum, art. 712a - 712t ZGB*, *Commentaire bernois, T. IV/1/5*, Berne 1988 (Cité : BeK-MEIER-HAYOZ/REY)
- MEYER TH., *Der Gewinnanspruch der Miterben im bäuerlichen Bodenrecht (art. 28 ff. BGBB)*, thèse, Fribourg 2004 (Cité : MEYER)
- MOOSER M., *Les actes de disposition*, in *La propriété par étages. Fondements théoriques et questions pratiques (M. Hottelier et B. Foëx éd.)*, Genève 2003 (Cité : MOOSER)

- MOOSER M., P., *Le droit notarial en Suisse*, Berne 2005 (Cité : MOOSER, *Le droit notarial*)
- MÜLLER M., *Die Bestimmungen über die Zwangsverwertung von landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken nach BGBB*, in BLSchK 1995 p. 81 ss (Cité : MÜLLER, *Die Bestimmungen*)
- MÜLLER M., *Die Regelung der Vorkaufsrecht nach ZGB/OR und BGBB*, in BN 1994 p. 221 ss (Cité : MÜLLER, *Die Regelung*)
- MUTTI C., *Gesetzliche und vertragliche Vorkaufsrechte in der Zwangsverwertung*, in IWR 1998 p. 29 ss (Cité : MUTTI)
- NEUKOMM W./CZTETTLER A., *Le droit successoral paysan du Code civil suisse*, Brugg 1983, (Cité : NEUKOMM/CZTETTLER)
- NOELPP C., *Eine Studie zur rechtlichen Erfassung des vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufrechts*, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Bâle et Francfort sur le Main 1987 (cité : NOELPP)
- OSER H./SCHOENENBERGER W., *Obligationrecht, art. 184-418 OR, 2. A, Commentaire Zürichoïse*, T. V, 2^{ème} éd., Zürich 1936 (Cité : ZÜK-OSER/SCHOENENBERGER)
- PAQUIER-BOINAY C., *Le contrat de bail à ferme agricole : conclusion et droit de préaffermage*, thèse, Lausanne 1991 (Cité : PAQUIER-BOINAY)
- PETER H., *La cession du contrôle d'une société est-elle un « cas de préemption » au sens de l'art. 216c al. 1 CO ?*, in Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zürich 2008 (Cité : PETER, *La cession*)
- PETER H., *Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Berne 2010 (Cité : PETER, *LP annotée*)
- PFÄFFLI R., *Neuerungen im Immobiliarsachenrecht und beim Grundstückkauf*, in NB 1992, p. 457 ss (Cité : PFÄFFLI, NB 1992)
- PFÄFFLI R., *Vorkaufsrecht an Grundstücken : Grundsätze und Ausübungsverfahren*, in Jusletter du 19 avril 2004 (Cité : PFÄFFLI, JUSLETTER 2004)
- PIOTET D., *La discrète révision du droit des servitudes (usufruit, superficie) et la réintroduction en Suisse de la superficie des plantations et du bail emphytéotique : un retour vers le futur du domaine utile ?*, in RDS 2004 I p. 343 ss (Cité : PIOTET, RDS 2004)
- PIOTET D., in *Commentaire romand, Poursuite et faillite*, Bâle 2005 (Cité : CoRo-PIOTET)
- PIOTET P., *Droit successoral*, in *Traité de droit privé suisse*, T. IV, Fribourg 1975 (Cité : PIOTET, *Traité*)

- PROBST TH., in Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2003 (Cité : CoRo-PROBST)
- RECORDON P.-A, in Commentaire romand, Code des obligations II, Bâle 2008 (Cité : CoRo-RECORDON)
- REY H./STREBEL L., in Commentaire bâlois, Zivilgesetzbuch II, Bâle 2011 (Cité : BaK-REY)
- REY H., *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, 3ème éd, Berne 2007 (Cité : REY, *Sachenrecht*)
- REY H., *Die Neuregelung der Vorkaufsrechte in ihren Grundzügen*, in RDS 1994 I 39 (Cité : REY, *Neuregelung*)
- ROBERTO V., *Teilrevision des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts*, in Recht 1993 p. 172 ss (Cité : ROBERTO, *Teilrevision*)
- ROMY I., in Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2003 (Cité : CoRo-ROMY CO I)
- ROMY I., in Commentaire romand, Poursuite et faillite, Bâle 2005 (Cité : CoRo-ROMY)
- RUF P., *Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf*, in RNRF 1997, p. 361 (Cité : RUF)
- SCHAUFELBERGER P.-C./KELLER LUSCHER K., in Commentaire bâlois, Zivilgesetzbuch II, Bâle 2011 (Cité : BaK-SCHAUFELBERGER)
- SCHMID J., *Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen. Ausgewählte bundesrechtliche Probleme*, thèse, Fribourg 1988 (Cité : SCHMID)
- SCHMID J., in Commentaire bâlois, Zivilgesetzbuch II, Bâle 2011 (Cité : BaK-SCHMID)
- SCHMID-TSCHIRREN C., *Im Spannungsfeld von Eigentümer- und Pächterinteresse*, in CDA 1998, p. 41 (Cité : SCHMID-TSCHIRREN)
- SCHNEEBERGER P., *Questions pratiques et controversées relatives au droit de préemption conventionnel et au droit de préemption legal des copropriétaires*, in RNRF 1994, p. 284 ss (Cité : SCHNEEBERGER)
- SCHÖBI F., *Die Revision des Kaufs-, des Vorkaufs- und des Rückkaufsrecht*, in PJA 5/1992 p. 567 ss (Cité : SCHÖBI)
- SCHUMACHER R., *Die Haftung des Grundstückverkäufers*, in *Der Grundstückkauf*, 2ème éd., Saint-Gall 2001, (Cité : SCHUMACHER)
- SCHWANDER I., in Commentaire bâlois, Zivilgesetzbuch II, Bâle 2011 (Cité : BaK-SCHWANDER)

- SIMONIUS P./SUTTER TH., *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1995 (Cité : SIMONIUS/SUTTER I)
- SIMONIUS P./SUTTER TH., *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1990 (Cité : SIMONIUS/SUTTER II)
- SUTTER TH., *Einige Überlegungen zum Vorkaufsrecht*, in RSJ 1985 p. 277 ss (Cité : SUTTER)
- STAEHELIN A., *Probleme aus dem Grenzbereich zwischen Privat- und Zwangsvollstreckungsrecht*, Bâle/Stuttgart, 1968, (Cité : STAEHELIN)
- STALDER B., *Le droit foncier rural*, in Commentaire de la Loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991, Brugg, 1998, (Cité : Co-LDFR-STALDER)
- STALDER B., *Die Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Behandlung unerwünschter Handänderungen im bäuerlichen Bodenrecht*, thèse, Berne 1993 (Cité : STALDER, *Handänderungen*)
- STEINAUER P.-H., *L'article 473 du Code civil*, in RNRF 2003, p. 351 (Cité : STEINAUER, *L'usufruit*)
- STEINAUER P.-H., *Le droit au gain selon le nouveau droit foncier rural*, in RDS 1994, p. 11 ss (Cité : STEINAUER, *Le droit au gain*)
- STEINAUER P.-H., *Les droits réels*, Tome 1, 4ème éd., Berne 2007 (Cité : STEINAUER, *Les droits réels I*)
- STEINAUER P.-H., *Les droits réels*, Tome 2, 4ème éd., Berne 2012 (Cité : STEINAUER, *Les droits réels II*)
- STEINAUER P.-H., *Les droits réels*, Tome 3, 3ème éd., Berne 2003 (Cité : STEINAUER, *Les droits réels III*)
- STEINAUER P.-H., *Le droit des successions*, Berne 2006 (Cité : STEINAUER, *Les successions*)
- STEINAUER P.-H., *La nouvelle réglementation du droit de préemption*, in RNRF 1992, p. 1 ss (Cité : STEINAUER, *Le droit de préemption*)
- STEINAUER P.-H., *La renonciation au droit de préemption ou à l'exercice de ce droit*, in Jusletter du 12 mars 2007 (Cité : STEINAUER, *La renonciation*)
- STOFFEL W./CHABLOZ I., *Voies d'exécution*, 2ème éd. Berne 2010, (Cité : STOFFEL/CHABLOZ)
- STUDER B./HOFER E., *Le droit du bail à ferme agricole*, Brugg 1988, (Cité : STUDER/HOFER, *Le droit du bail*)
- STUDER B., *Le droit foncier rural*, Commentaire de la Loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991, Brugg 1998 (Cité : Co-LDFR-STUDER)

- STUDER B., *Privatrechtliche Vorschriften über die Veräusserung landwirtschaftlicher Grundstücke und Gewerbe*, in PJA 1993, p. 1075 (Cité : STUDER PJA 1993)
- TERCIER P./FAVRE P., *Les contrats spéciaux*, 4^{ème} éd., Zürich 2009 (Cité : TERCIER, *Les contrats*)
- TERCIER P., *Précis de droit des obligations*, 4^{ème} éd., Zürich 2009 (Cité : TERCIER, *Le droit des obligations*)
- TEVINI DU PASQUIER S., *Code des obligations I*, Commentaire romand, Bâle 2003 (Cité : CoRo-TEVINI DU PASQUIER)
- THEVENOZ L., *Code des obligations I*, Commentaire romand, Bâle 2003 (Cité : CoRo-THEVENOZ)
- TUOR P./ PICENONI V., *Das Erbrecht, Der Erbgang*, Commentaire bernois, T. III/2, 2^{ème} éd., Berne 1964 (Cité : BeK- TUOR/PICENONI)
- TUOR P./SCHNYDER B./SCHMID J./RUMO-JUNGO A., *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13^{ème} éd., Zürich/Bâle/Genève 2009 (Cité : TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO)
- VALLAT D., *L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs et l'exécution forcée*, thèse, Lausanne 1998 (Cité : VALLAT)
- VAN DE SANDT C., *L'acte de disposition*, thèse, Fribourg 2000 (Cité : VAN DE SANDT)
- VAUCHER G., *Les droits de préemption, d'emption et de réméré du Code civil suisse en matière immobilière*, thèse, Lausanne 1916 (Cité : VAUCHER)
- VENTURI S., in Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2003 (Cité : CoRo-VENTURI)
- VOLLENWEIDER P., *Pfandverwertung beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung*, thèse, Zürich 1993 (Cité : VOLLENWEIDER)
- VOLLMAR A., *art. 297 et 298 LP*, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bâle 1998 (Cité : SchKG-VOLLMAR)
- VON SEGESSER A., *Stockwerkeigentum an Baurechtsparzellen*, thèse, Bâle 1997 (Cité : VON SEGESSER)
- WEBER R. H., *Die Stockwerkeigentümergeinschaft*, thèse, Zürich 1979 (Cité : WEBER)
- WERMELINGER A., *La propriété par étages. Commentaire des articles 712a à 712t du Code civil suisse*, 2^{ème} éd., Fribourg 2008 (Cité : WERMELINGER)
- WIEDERKEHR A., *Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miteigentümers*, thèse, Zürich 1936 (Cité : WIEDERKEHR)
- WOHLFART H., in Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Bâle 1998 (Cité : SchKG II-WOHLFART)

WOLF S., *Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft*, Berne 2004 (Cité : WOLF)

Textes législatifs

- *Code civil suisse du 10 décembre 1907* (= CC ; RS 210)
- *Code des obligations suisse du 30 mars 1911* (= CO ; RS 220)
- *Code pénal suisse du 21 décembre 1937* (= CP ; RS 311.0)
- *Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008* (= CPC ; RS 272)
- *Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908* (= LCA ; RS 221.229.1)
- *Loi fédérale sur le bail à ferme agricole du 4 octobre 1985* (= LBFA ; RS 221.213.2)
- *Loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991* (= LDFR ; RS 211.412.11)
- *Loi fédérale sur le maintien de la propriété foncière rurale du 12 juin 1951* (= aLPR ; RO 1952, p. 415)
- *Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003* (= Lfus ; RS 221.301)
- *Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe du 18 juin 2004* (= LPart ; RS 211.231)
- *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889* (LP ; RS 281.1)
- *Ordonnance du Tribunal fédéral sur l'administration des offices de la faillite du 13 juillet 1911* (= OAOF ; RS 281.32)
- *Ordonnance sur le Registre foncier du 23 septembre 2011* (= ORF ; RS 211.432.1)
- *Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles du 23 avril 1920* (= ORFI ; RS 281.42)
- *Ordonnance du Conseil fédéral sur la terminologie agricole et la reconnaissance des formes d'exploitation du 7 décembre 1998* (= OTerm ; RS 910.91)
- *Loi genevoise sur les droits d'enregistrement du 9 octobre 1969* (= LDE ; D 3 30)
- *Loi genevoise sur le notariat du 25 novembre 1988* (= LNot ; E 6 05)
- *Loi genevoise d'application de la loi fédérale sur le droit foncier rural du 16 décembre 1993* (= LALDFR ; M 1 10)
- *Règlement d'exécution de la loi genevoise d'application de la loi fédérale sur le droit foncier rural du 26 janvier 1994* (= RLALDFR ; M 1 10.01)

Texte officiel

Message du Conseil fédéral à l'appui du projet de loi fédérale sur le droit foncier rural, et de la loi fédérale sur la révision partielle du code civil (droits réels immobiliers) et du code des obligations (vente d'immeuble), FF 1988 III p. 889, (cité : Message).

INTRODUCTION

Le 1^{er} janvier 1994 est entrée en vigueur la Loi fédérale sur le droit foncier rural¹, ainsi que la révision partielle du code civil et du code des obligations², relative notamment à la nouvelle réglementation sur le droit de préemption, d'emption et de réméré.

Cette nouvelle avait pour but de codifier la jurisprudence et les usages admis en la matière. Dès lors, après dix-huit ans d'application, la question se pose si la réglementation relative au droit de préemption, d'emption et de réméré répond encore aux difficultés qui peuvent surgir lors de l'exercice du droit, compte tenu de l'évolution juridique, économique et sociale.

Notre analyse portera sur le droit de préemption, dont l'exercice nous semble présenter plus de difficultés, de par sa nature, à l'exclusion du droit d'emption et de réméré. A ce sujet, il y a lieu de distinguer les droits de préemption qui portent sur un objet mobilier et ceux qui portent sur un immeuble. Par ailleurs, la loi distingue les droits conventionnels et les droits légaux, qu'il y a lieu encore de subdiviser selon que le droit relève du droit privé ou du droit public.

Compte tenu de l'étendue de la matière, notre thèse portera sur l'exercice du droit de préemption immobilier, conventionnel ou légal, exclusivement au regard du droit privé. Nous examinerons donc l'application des art. 681 ss CC et art. 216 ss CO, ainsi que des droits de préemption légaux des parents et du fermier au regard de la LDFR.

Nous nous intéresserons à mettre en évidence les difficultés que peut engendrer l'exercice d'un droit de préemption portant sur un immeuble, légal au conventionnel, au regard du droit privé, et les réponses que la loi apporte à ce sujet.

Notamment, quels sont les critères permettant de définir un cas de préemption ? Quel rôle joue la forme authentique non seulement lors de la constitution du droit de préemption conventionnel, mais également au moment de la déclaration d'exercice de ce dernier, ou encore en cas de renonciation de l'exercice ? Quelle est la portée de l'annotation du droit conventionnel au Registre foncier, en particulier au regard du droit sur l'exécution forcée ? Quels sont les droits du préempteur au regard de la poursuite pour dettes et la faillite, que le droit soit légal ou conventionnel, qu'il ait été exercé ou pas ? Finalement, comment départager plusieurs droits, légaux ou conventionnels, qui s'exerceraient simultanément ?

¹ RS 211.412.11.

² FF 1988 III p. 889.

Pour aborder ces questions, qui sont exemplatives, nous proposons tout d'abord de rappeler certaines notions (A). Nous analyserons ensuite les différents cas de préemption qui pourraient survenir (B), ainsi que les étapes qui conduisent à l'exercice du droit de préemption (C), de la notification du cas de préemption à la déclaration d'exercice du droit. Nous nous arrêterons, par ailleurs, sur la situation du préempteur tant après l'exercice du droit (D), qu'avant (E), ainsi qu'en cas de concours de plusieurs droits (F). Nous examinerons finalement le droit de préemption au regard de la poursuite pour dettes et la faillite (G).

A. NOTIONS DE BASE

I. Définition, nature et conditions d'exercice du droit de préemption

a) Définition

Les droits de préemption, d'emption et de réméré sont régis par les articles 681 1 à 682a CC et 216    216e CO. La loi ne définit pas expressément ces droits. Elle ne vise par ailleurs que les droits immobiliers³, qui font l'objet de notre travail.

Il ressort toutefois de la doctrine⁴ que le droit d'emption permet à son bénéficiaire d'exiger le transfert de propriété d'un immeuble, sur simple déclaration unilatérale, moyennant le paiement du prix et aux modalités convenues. Le droit de réméré n'est rien d'autre qu'un droit d'emption en faveur du vendeur, en ce sens que suite à une vente, l'acheteur s'engage à revendre le bien acquis au vendeur, si ce dernier en fait la demande, moyennant le paiement du prix et les modalités convenues. Quant au droit de préemption, auquel nous nous intéressons plus particulièrement, il confère au bénéficiaire la possibilité de demander le transfert de propriété, moyennant le paiement du prix et aux modalités convenues, à la condition que le bien soit ali  n  ⁵.

b) Nature du droit de préemption

1. Généralités

Selon le Tribunal f  d  ral⁶, le droit de préemption, tout comme le droit d'emption et de réméré, est un droit d'acquisition conditionnel. Il est personnel dans la mesure où son bénéficiaire n'a aucune maîtrise directe sur la chose grevée. Il s'agit d'un droit formateur puisqu'il permet à son titulaire d'exiger unilatéralement le transfert de propriété. 3

³ Selon le Conseil fédéral, ils s'appliquent par analogie également aux biens mobiliers (*Message*, p. 1014). Cette application au droit mobilier est toutefois critiqu  e en doctrine (Fo  x, SJ 1994, p. 392).

⁴ ENGEL, *Les contrats*, p. 100    102. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 127, No 1695, p. 138, No 1717, p. 140, No 1719. TERCIER, *Les contrats*, p. 166 No 1108, p. 168, Nos 1120 et 1125.

⁵ Fo  x, NOT@LEX 2010, p. 78. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 140, No 1719.

⁶ ATF 126 III 421 = SJ 2001 I 99.

2. Distinction entre le droit de préemption légal et conventionnel

- ⁴ Le droit de préemption peut résulter directement de la loi⁷, ou au contraire être convenu par pacte de préemption⁸, sous réserve d'un éventuel legs⁹. Le droit de préemption légal peut être exercé dès que les conditions prévues par la loi sont réalisées¹⁰. Au contraire, le droit de préemption conventionnel est soumis au principe de la liberté contractuelle. La motivation pour un propriétaire de conférer un tel droit conventionnel peut être diverse ; la plupart du temps il sera accordé moyennant une rémunération¹¹. Il y a toutefois lieu de remarquer que la liberté des contractants est limitée. Notamment, le droit conventionnel ne peut pas être constitué et annoté au Registre foncier pour une durée supérieure à 25 ans (art. 216a CO), ce qui n'est pas le cas du droit légal qui est illimité dans le temps.
- ⁵ Demeure finalement réservé le droit de préemption du copropriétaire d'une propriété par étages. En effet, en tant que droit conventionnel, ce dernier peut être annoté au Registre foncier (art. 712c al. 1 CC), ne peut pas être exercé en cas de réalisation forcée (art. 51 al. 1 et 73g al. 3 ORFI), et peut être supprimé ou modifié en la simple forme écrite¹², contrairement au droit de préemption légal (art. 681 al. 1 et art. 681b al. 1 CC). En revanche, ni le droit ni son annotation au Registre foncier ne sont limités à une durée maximale de 25 ans¹³, contrairement au droit de préemption conventionnel. Le droit de préemption du propriétaire d'étages est donc hybride, se rapprochant sur certains aspects du droit de préemption légal, et sur d'autres du droit de préemption conventionnel.

⁷ Art. 682, art. 42 ss LDFR. Dans ce cas, le droit de préemption légal sera régi par les dispositions spéciales du CC et de la LDFR ainsi que par les dispositions générales des art. 681 et ss CC. Nous excluons du présent travail les droits de préemption légaux de droit public.

⁸ Dans cette hypothèse, le droit de préemption conventionnel sera régi par le pacte de préemption et par les art. 216 ss CO. Il y a lieu d'ailleurs de distinguer entre la nature du droit de préemption, et la nature du pacte de préemption qui donne naissance au droit de préemption conventionnel. Ainsi, le Tribunal fédéral a qualifié le droit de préemption de droit d'acquisition conditionnelle (ATF 126 III 421 = SJ 2001 I 99), et le pacte de préemption de vente conditionnelle (ATF 121 III 212 = JdT 1998 I 159). La nature du pacte de préemption est controversée en doctrine, (voir notamment Foëx, SJ 1994, p. 387. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 128, No 1696a). Nous analyserons cette controverse ultérieurement (voir infra No 561 ss). Cependant, à ce stade, nous pouvons d'ores et déjà préciser que nous rejoignons le Tribunal fédéral quant à la nature du droit de préemption que nous qualifions de droit d'acquisition conditionnel. Nous ne partageons toutefois pas le point de vue du Tribunal fédéral quant à la nature du pacte de préemption. Selon nous, le pacte de préemption est un contrat constitutif d'un droit formateur.

⁹ STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 141, No 1720a.

¹⁰ Tel sera le cas du copropriétaire si une part de copropriété est cédée, du superficiant, voire du superficiaire (art. 682 CC), ainsi que du parent exploitant à titre personnel, du fermier, ou du copropriétaire d'une entreprise agricole (art. 42 ss LDFR).

¹¹ Il sera ainsi appelé droit de préemption conventionnel à titre onéreux.

¹² STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 338, No 1220a.

¹³ *Message*, p. 1016. ATF 126 III 421 = SJ 2001 I 101. Contra : Foëx, SJ 1994, p. 403.

c) Conditions d'exercice du droit de préemption

Pour pouvoir exercer son droit, le préempteur doit savoir dans quelles circonstances il peut l'exercer (cas de préemption), à quelle valeur (prix), les droits et obligations qu'il reprend, ainsi que les modalités de l'exercice de son droit (délai, forme de la déclaration, etc.). En matière de droit de préemption légal, ces conditions d'exercice sont définies par la loi, sauf convention contraire des parties. Inversement, les conditions d'exercice du droit de préemption conventionnel sont définies par le pacte de préemption ; et la loi ne s'applique qu'en cas d'absence d'accord exprès des parties. Dans les deux cas, il y a lieu de s'intéresser aux limites de la liberté contractuelle des parties (1). Nous nous attarderons ensuite sur l'annotation au Registre foncier tant du droit de préemption conventionnel que de la suppression ou de la modification du droit légal (2).

1. La modification des cas de préemption prévus par la loi

A la lecture de la loi¹⁴, le droit de préemption ne peut s'exercer qu'à la condition que le bien fasse l'objet d'une vente ou tout acte équivalant économiquement à une vente. La question se pose toutefois si l'exercice du droit de préemption ne peut avoir lieu qu'en cas de vente, ou s'il peut être étendu à d'autres situations, voire limité¹⁵. Selon B. FOEX, U. HESS, H. PETER et P. TERCIER, l'article 216c al. 1 CO est de droit dispositif, de sorte que l'on peut librement convenir de l'extension ou de la restriction des cas de préemption¹⁶. B. FOËX¹⁷ précise néanmoins que « CO 216c I étant de droit dispositif, les parties peuvent étendre les cas dans lesquels le droit de préemption pourra être exercé¹⁸ ; ainsi elles peuvent par exemple convenir que le droit pourra être invoqué en cas de donation, ou de vente entre parents. Les parties ne peuvent cependant pas ériger en cas de préemption les trois situations visées à l'al. 2, cette disposition étant quant à elle de droit impératif ». Nous pensons effectivement que l'article 216c al. 1 CO est de droit dispositif, de sorte que les parties sont libres d'étendre, voire de limiter les cas de préemption. Quant au caractère impératif de l'article 216c al. 2 CO, nous sommes d'avis qu'il y a lieu

¹⁴ Art. 216c al. 1 CO, applicable par analogie également au droit de préemption légal (art. 681 al. 1 CC).

¹⁵ Tel sera le cas si, par exemple, il est convenu que le droit de préemption ne pourra s'exercer qu'en cas de vente à un groupe déterminé de personnes, voire ne pourra pas être exercé lors d'une situation particulière.

¹⁶ FOËX, SJ 1994, p. 405. BaK-HESS No 13 ad art. 216c. PETER, *La cession*, p. 368. TERCIER, *Les contrats*, p. 170 No 1139.

¹⁷ CoRo-FoËX, No 16 ad. art. 216c.

¹⁸ Le même principe s'applique au droit de préemption du copropriétaire d'une propriété par étages, en tant que droit hybride. Voir supra No 5. Voir également BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 521, BaK-HESS No 13 ad art. 216c, GHANDCHI, p. 208.

de distinguer entre la réalisation forcée ainsi que l'exécution d'une tâche publique, et l'attribution à un héritier dans le partage.

8 En effet, l'article 216c al. 1 CC est de droit privé, et ne poursuit aucun but d'intérêt public, de sorte qu'il n'a aucun caractère impératif. Les parties peuvent donc y déroger. En revanche, la réalisation forcée, ainsi que l'acquisition pour l'exécution d'une tâche publique, qui sont des situations expressément exclues à l'al. 2¹⁹ de cette disposition, sont des mesures prises dans l'intérêt public. Stipuler conventionnellement que ces dernières constituent une condition pour l'exercice du droit de préemption, et ainsi évincer le but poursuivi par l'Etat, n'est pas admissible. Cette exclusion légale est de droit impératif, et les parties ne sauraient y déroger d'un commun accord.

9 Quant à l'attribution à un héritier dans le partage, qui est le troisième cas de préemption, expressément exclu par la loi, nous pensons qu'il y a lieu de distinguer si le cas de préemption a été convenu par le de cujus, ou par ses héritiers qui sont restés en indivision, soit en communauté héréditaire (art. 602 al. 1 CC).

10 En effet, le partage permet à chaque héritier de mettre fin à l'indivision. Ce droit ne peut lui être retiré ni par le de cujus ni par ses cohéritiers (art. 604 CC). Or, en stipulant conventionnellement que l'attribution à un héritier dans le partage constitue un cas de préemption, le de cujus contraint ses héritiers soit à maintenir l'indivision, soit à risquer de devoir aliéner le bien, en cas d'attribution dans le partage, ce qui n'est pas admissible au regard du droit successoral.

11 En revanche, les héritiers, qui ont maintenu la communauté héréditaire, sont libres de stipuler que le partage constituera un cas de préemption. Ils conviennent ainsi de demeurer dans l'indivision, au risque de devoir aliéner le bien en cas de partage, ce qui est admissible au regard du droit successoral (art. 604 al. 1 CC)²⁰. Dès lors, nous sommes d'avis que l'exclusion du partage comme cas de préemption est de droit semi-impératif, dans la mesure où les héritiers ne peuvent pas se le voir imposer, tout en étant libres de le stipuler d'un commun accord.

¹⁹ Il y a lieu de remarquer que la réalisation forcée est un cas de préemption admis pour le droit légal dans les limites prévues à l'art. 681 al. 1 CC.

²⁰ Demeurent par ailleurs réservés les art. 25 ss LDFR. En effet, ces derniers confèrent un droit légal d'emption aux parents du défunt qui ne viennent pas à la succession. Les héritiers ne peuvent pas déroger à la loi, en stipulant un droit de préemption conventionnel qui supprimerait ou limiterait l'exercice du droit d'emption légal des parents.

2. *L'annotation au Registre foncier du droit de préemption conventionnel et de la suppression ou de la modification du droit de préemption légal*

2.1 *L'annotation au Registre foncier du droit de préemption conventionnel*

Selon Ch. BRÜCKNER²¹, le pacte qui aggrave la situation du préempteur ne peut pas être annoté au Registre foncier. Ce dernier reconnaît un *numerus clausus* des cas de préemption qui peuvent être annotés au Registre foncier, et distingue les effets contractuels du droit, de ses effets réels. Nous ne partageons pas ce point de vue, à l'instar de B. Foëx²².

En effet, avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, la distinction était faite entre la durée du droit de préemption qui engageait les parties au pacte, et la durée de l'annotation du droit au Registre foncier. En prévoyant que tant le droit que son annotation au Registre foncier sont limités à 25 ans (art. 216a CO), le législateur a souhaité supprimer cette distinction. Il n'appartient pas au praticien de la réintroduire, d'autant plus si cette distinction est critiquable au regard du principe de la sécurité du droit.

Par ailleurs, l'annotation a pour but de conférer au droit des effets réels²³ ; elle n'a aucune incidence quant à la licéité de ce dernier. Dès lors, nous ne voyons pas pourquoi, une clause contractuelle, qui modifie les conditions d'exercice du droit de préemption, pourrait être opposée à l'aliénateur cocontractant, et pas à tout nouvel acquéreur du bien, objet du droit. En effet, si nous admettons qu'une telle clause est valable au regard de la loi, et donc opposable à l'aliénateur, nous ne voyons pas pourquoi elle ne pourrait pas être annotée au Registre foncier, et ainsi être revendiquée à l'encontre de tout acquéreur de l'immeuble. Ainsi, soit le droit conventionnel est valable au regard de la loi (art. 216c CO), de sorte qu'il lie les parties, et peut ainsi être annoté au Registre foncier, afin d'être opposé à tout tiers acquéreur du bien, objet du droit ; soit il ne l'est pas, il ne lie donc pas les parties et son annotation est exclue. Ce principe s'applique également aux modifications convenues quant à l'exercice du droit légal qui peuvent être annotées au Registre foncier (art. 681b al. 1 CC).

²¹ BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 521.

²² CoRo-Foëx, No 18 ad art. 216c CO.

²³ L'annotation du droit de préemption confère non seulement la priorité sur les droits postérieurement acquis sur l'immeuble (effet typique de l'annotation), mais également le rend propter rem, et le rattache ainsi à la propriété de l'immeuble. art. 959 al. 2 CC. Voir également STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 222, Nos 799 ss.

2.2 *L'annotation au Registre foncier de la suppression ou de la modification du droit de préemption légal*

- 15 Se pose la question des effets de l'annotation au Registre foncier de la suppression ou de la modification du droit de préemption légal, tant pour le droit du copropriétaire que pour celui du superficiel ou du superficiaire (art. 681b CC). En particulier, qui doit consentir à la suppression ou à la modification du droit de préemption ?
- 16 Par ailleurs, concernant le droit de préemption légal du copropriétaire, sa suppression ou sa modification doit-elle être annotée sur toutes les parts de copropriété concernées, ou uniquement sur le fonds faisant l'objet de la copropriété ?
- 17 Quant au droit de superficie, l'annotation doit-elle être effectuée uniquement sur l'immeuble grevé si la modification ou la suppression ne concerne que le superficiel, voire sur le droit de superficie, si elle ne concerne que le superficiaire ? Au contraire, l'annotation doit-elle être effectuée tant sur le droit de superficie que sur le fonds grevé, même si elle porte uniquement sur l'un d'eux ?
- 18 Finalement, pour le droit de superficie, l'annotation de la suppression ou de la modification peut-elle toujours avoir lieu si le droit n'est pas immatriculé au Registre foncier ?
- 19 Pour répondre à ces questions, nous sommes d'avis qu'il y a lieu d'examiner la portée de l'annotation (2.2.1). Nous déterminerons ensuite qui doit consentir à l'annotation de la suppression ou à la modification du droit de préemption (2.2.2). Nous analyserons par ailleurs l'objet de l'annotation (2.2.3), tant au regard du droit de préemption du copropriétaire (2.2.3.1) que celui du superficiel ou du superficiaire (2.2.3.2), que le droit soit immatriculé en droit distinct et permanent ou pas (2.2.3.3). Nous terminerons par une synthèse (2.2.4).

2.2.1 La portée de l'annotation

- 20 Le Registre foncier a pour but d'informer sur « l'état des droits en relation avec les immeubles » (art. 942 al. 1 CC)²⁴. Il est public de sorte que « nul ne peut se prévaloir de ce qu'il n'a pas connu une inscription portée au Registre foncier » en vertu de l'art. 970 al. 4 CC. Il bénéficie de la foi publique au sens de l'art. 973 al. 1 CC. Ainsi, sous réserve de l'al. 2 de cette disposition, chacun « peut se fier aux énonciations du Registre foncier »²⁵.
- 21 La publicité du Registre foncier s'étend non seulement à la propriété au sens de l'art. 970 al. 2 CC, mais également à tout autre droit (inscription,

²⁴ STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 146, No 525.

²⁵ STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 248, No 539.

annotation, mention)²⁶ si la personne justifie d'un intérêt légitime en vertu de l'art. 970 al. 1 CC. L'intérêt peut être juridique, économique²⁷, scientifique, personnel ou familial²⁸.

En matière d'annotation, le principe de la foi publique ne s'applique pas²⁹. En effet, « celui qui acquiert un droit personnel en relation avec l'immeuble [...] n'est pas protégé dans l'acquisition de ce droit. Il en est ainsi même si le droit personnel est annoté »³⁰.

Ainsi, la portée juridique de l'annotation « se limite, de façon générale, à rendre le droit ou la restriction annotés opposables à tout droit postérieurement inscrit, ou/et de rattacher propter rem à un immeuble la qualité de partie à un rapport juridique »³¹. Deux effets sont donc reconnus à l'annotation : la restriction du pouvoir de disposer dans la mesure où elle rend opposable le droit personnel annoté à tous droits acquis sur l'immeuble postérieurement à l'annotation (art. 959 al. 2 CC) ; et le rattachement propter rem qui contraint tout tiers acquéreur de l'immeuble à reprendre le rapport juridique qui a fait l'objet de l'annotation³².

Néanmoins, selon H. DESCHENAUX et P.-H. STEINAUER, l'annotation de la suppression ou de la modification du droit de préemption est dite atypique en ce sens que seul l'effet propter rem s'applique à elle³³. Ainsi, l'annotation de la suppression ou de la modification du droit de préemption permet que les engagements stipulés dans la convention lient tout nouveau tiers acquéreur de l'immeuble. Elle ne rend toutefois pas la suppression ou la modification opposable à tout droit postérieurement inscrit.

2.2.2 Les intervenants à la suppression ou à la modification du droit de préemption

Il y a lieu de déterminer les personnes qui doivent donner leur accord quant à la convention de suppression ou de modification du droit de préemption légal, annotée au Registre foncier. Nous illustrerons nos propos par l'exemple suivant :

Un droit de superficie est constitué en faveur de S sur la parcelle X, propriété de P. X fait l'objet d'un gage immobilier en faveur de C, inscrit au Registre foncier postérieurement au droit de superficie. P souhaite renoncer à

²⁶ STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 164, No 583b

²⁷ ATF 117 II 151 = JdT 1993 I 16.

²⁸ ATF 111 II 48 = JdT 1986 I 192, ATF 109 II 208 = JdT 1984 I 366.

²⁹ COLOMBARA, p. 124 No 170 et p. 130 No 177.

³⁰ ATF 90/1964 II 393/402 = JdT 1965 I 597/604. STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 254, No 928.

³¹ GRISONI, p. 148.

³² STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 220 ss, Nos 801 ss.

³³ DESCHENAUX, p. 561. STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 223, No 815.

son droit de préemption du superficiel. Qui doit intervenir à la convention ? C doit-il donner son accord ?

27 Ainsi, dans cet exemple, la suppression du droit de préemption prive le superficiel d'un droit personnel. En annotant la convention au Registre foncier, le propriétaire de l'immeuble ne crée pas un droit sur l'immeuble qui pourrait léser d'autres droits inscrits. Il renonce simplement à un droit personnel légal, voire il le modifie. Dès lors, juridiquement il ne lèse pas le droit de C qui s'étend sur l'immeuble et non pas sur la personne du propriétaire.

28 Néanmoins, il y a lieu d'admettre que l'annotation de la suppression du droit de préemption pourrait constituer une moins-value pour l'immeuble, dans la mesure où le droit de préemption du superficiel n'existe plus. Par ailleurs, de par son annotation au Registre foncier, la convention s'applique à tout nouvel acquéreur de l'immeuble. En cas de réalisation forcée, le créancier gagiste pourrait être lésé. A ce titre, si le droit de gage est antérieur à l'annotation de la suppression du droit de préemption, l'accord de C serait souhaitable, selon nous, afin d'éviter une éventuelle procédure de double mise à prix au sens des art. 812 al. 2 CC et 142 LP par analogie.

29 En revanche, nous ne pensons pas que l'accord de titulaires d'autres droits inscrits (servitudes, charges foncières) ou annotés au Registre foncier antérieurement à l'annotation de la suppression ou de la modification du droit de préemption, soit nécessaire. En effet, en convenant de la suppression, voire de la modification, et en l'annotant au Registre foncier, le propriétaire de l'immeuble ne crée pas un droit qui pourrait léser d'autres droits sur l'immeuble. Il renonce simplement à un droit légal personnel, voire il le modifie.

2.2.3 L'objet de l'annotation

30 Compte tenu de la portée de l'annotation en matière de suppression ou modification du droit de préemption légal, la question se pose de déterminer sur quel immeuble l'annotation doit avoir lieu.

31 En effet, tout droit de préemption légal a un sujet passif et un sujet actif. Le premier est le propriétaire de l'immeuble (part de copropriété, droit de superficie ou parcelle de base) grevé du droit de préemption légal modifié ou supprimé ; alors que le second est le propriétaire de l'immeuble qui bénéficie du droit de préemption légal modifié ou supprimé.

32 Il est évident que par souci d'information, il serait judicieux d'annoter la suppression ou la modification du droit de préemption sur les deux immeubles (sujets actif et passif). En effet, dans le cadre par exemple d'un droit de superficie, tant les futurs propriétaires du droit de superficie, qui bénéficient du droit de préemption modifié ou supprimé (sujets actifs), que les

futurs propriétaires de l'immeuble grevé (sujets passifs), ont avantage à être informés. Ce même intérêt se retrouve en cas de copropriété. Ainsi, non seulement le futur copropriétaire de la part de copropriété, qui bénéficie du droit de préemption modifié ou supprimé (sujet actif), doit être informé, mais également ses autres futurs copropriétaires (sujets passifs) ont tout avantage à l'être.

Néanmoins, l'information est-elle vraiment le rôle de l'annotation ?³³ Compte tenu de l'effet atypique de l'annotation de la suppression ou de modification du droit de préemption légal, seul l'effet propter rem s'applique à elle. Ainsi, l'annotation rend opposable la convention aux tiers³⁴. Or, à qui doivent être opposés les engagements pris dans la convention de suppression ou de modification du droit de préemption ?

Nous pensons que la convention de suppression ou de modification doit être opposée à la partie (ou à ses successeurs) pour qui la convention aggrave sa situation. L'opposabilité de la convention n'est pas nécessaire à l'égard de la partie qui voit sa situation s'améliorer grâce à la convention. En effet, quel serait l'acquéreur qui refuserait l'application d'une convention qui lui serait favorable ?

Prenons l'exemple suivant : X est une parcelle appartenant à A, B et C, à parts égales entre eux. A signe une convention de modification de son droit légal de préemption de copropriétaire, annotée au Registre foncier, et aux termes de laquelle il est stipulé qu'il pourra exercer son droit de préemption dans un délai de 30 jours dès la communication du cas de préemption, mais au plus tard 2 ans dès l'inscription du nouveau propriétaire au Registre foncier, en dérogation à l'art. 681a al. 2 CC. Cette convention est annotée sur la part de copropriété de A.³⁵

Postérieurement, A vend sa part de copropriété à D, sans que B et C³⁶ n'exercent leur droit de préemption légal du copropriétaire. Quelques mois plus tard, B vend également sa part de copropriété à T. A l'occasion de cette aliénation, D déclare exercer son droit de préemption légal du copropriétaire 40 jours après la notification du cas de préemption. Il ne le peut pas compte tenu de la convention de modification du droit de préemption conclue par A. L'annotation de la convention sur la part de copropriété de D permet de lui opposer cette convention. Quant à T, la question de l'opposabilité de la convention ne se pose pas. En effet, la convention de modification lui est favorable : en lieu et place d'un délai légal de 3 mois (art. 681a al. 2 CC), la convention réduit le délai d'exercice à 30 jours. L'annotation de la convention de modification sur la part de copropriété de B n'est pas nécessaire.

Autre est la question si la convention de modification porte le délai d'exercice du droit à 5 mois, en lieu et place du délai légal de 3 mois (art. 681a³⁷

³⁴ DESCHENAU, p. 561. STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 223, No 815. STEINAUER, *La renonciation*, No 27.

al. 2 CC). Dans un tel cas de figure, la convention aggrave la situation de B et C, en faveur de A. L'annotation de la convention devrait avoir lieu sur les parts de copropriété de B et C, à l'exclusion de la part de copropriété de A. En effet, l'annotation de la convention sur la part de copropriété de B permet de lui opposer cette convention au moment de la vente à T. Quant à D, la question de l'opposabilité de la convention ne se pose pas. En effet, la convention de modification lui est favorable.

38 Nous sommes donc d'avis que l'annotation de la suppression ou de la modification du droit de préemption doit avoir lieu uniquement sur l'immeuble, dont le propriétaire voit sa situation s'aggraver par la convention de modification ou de suppression.

39 Quant à l'information, même si l'annotation de la convention de suppression, voire de modification, n'a pas lieu sur l'immeuble dont le propriétaire voit sa situation s'améliorer grâce à la convention, nous pensons que tout tiers acquéreur dudit immeuble pourra être informé de la convention de suppression, voire de modification, en consultant au Registre foncier le feuillet de l'immeuble dont le propriétaire voit sa situation s'aggraver à cause de la convention, et sur lequel l'annotation a eu lieu.

40 En effet, en justifiant de son intérêt légitime, toute personne a le droit de consulter le Registre foncier, en vertu de l'art. 970 al. 2 CC. Or, tout nouvel acquéreur a manifestement un intérêt économique à savoir s'il existe une suppression ou une modification de droit de préemption légal grevant son immeuble, ce qui constitue un intérêt légitime³⁵. Sur cette base, toute personne qui devient propriétaire d'un immeuble objet d'un droit de préemption légal pourrait demander à consulter au Registre foncier toute éventuelle suppression ou modification du droit de préemption annotée sur l'immeuble qui est bénéficiaire ou grevé du droit de préemption.

2.2.3.1 L'annotation de la suppression ou de la modification du droit de préemption du copropriétaire

41 Concernant le droit de préemption des copropriétaires, la suppression ou la modification du droit de préemption devra, selon nous, être annotée sur toutes les parts de copropriété dont les propriétaires voient leur situation s'aggraver par la convention de suppression ou de modification. Demeure réservée la situation où toutes les parts de copropriété sont concernées par la suppression ou la modification du droit de préemption, alors qu'aucune d'elles n'a fait l'objet de l'ouverture d'un feuillet au Registre foncier. Dans cette dernière hypothèse, nous sommes d'avis que la suppression ou la modification du droit sera annotée sur le feuillet de l'immeuble faisant l'objet du régime de la copropriété.

³⁵ ATF 117 II 151 = JdT 1993 I 16.

2.2.3.2 L'annotation de la suppression ou de la modification du droit de préemption du superficiel ou du superficiaire

Quant au droit de superficie, nous ne partageons pas l'opinion de A. BALLIF³⁶,⁴² selon laquelle la convention de suppression ou de modification du droit de préemption doit être annotée tant sur l'immeuble grevé que sur le droit de superficie immatriculé. En particulier nous ne pensons pas que « la réglementation légale à laquelle permet de déroger l'annotation [...] est rattachée propter rem tant du côté passif que du côté actif. Si l'on annotait seulement l'immeuble que la convention greève, en cas de transfert de l'autre immeuble, il faudrait une cession de créance pour que son acquéreur bénéficie des avantages qu'elle contient, puisqu'elle ne serait pas rattachée propter rem à cet immeuble »³⁷.

Selon nous, cet auteur ne distingue pas entre l'effet de l'annotation et le contenu de la convention relative à la suppression ou à la modification du droit de préemption. Ainsi, l'annotation permet un rattachement propter rem de la convention. A ce titre, elle permet de contraindre tout acquéreur de l'immeuble qui voit sa situation s'aggraver par la convention de modification ou de suppression de respecter les engagements stipulés dans la convention³⁸.⁴³

En revanche, la convention permettra de définir le contenu de l'engagement, et de dire, notamment, si ce dernier est en faveur uniquement du cosignataire, ou au contraire également en faveur de tout nouvel acquéreur de l'immeuble qui voit sa situation s'améliorer grâce à la convention de suppression ou de modification. Si tel n'est pas le cas, une cession de créance, soit une modification de la convention, devrait être envisagée, au moment de l'aliénation de l'immeuble, à l'instar de ce qu'affirme A. BALLIF³⁹. Prenons l'exemple suivant :⁴⁴

A est propriétaire de la parcelle X. Il constitue en faveur de B un droit de superficie grevant la parcelle X qui est immatriculé au Registre foncier en un droit distinct et permanent. Par ailleurs, A signe avec B une convention selon laquelle A accepte la suppression du droit de préemption du superficiel uniquement à l'égard de B. Cette convention est annotée sur la parcelle X.⁴⁵

L'annotation de la convention sur la parcelle X permet de l'opposer à tous tiers acquéreur de la parcelle (rattachement propter rem). Quant à l'étendue des engagements pris par A, elle figure dans la convention. En effet, c'est la convention qui précise que l'engagement de A se limite à B. Dans une telle hypothèse, en cas d'aliénation du droit de superficie, une modification de la convention devra avoir lieu aux termes de laquelle A (ou son successeur)⁴⁶

³⁶ BALLIF, p. 197 No 637.

³⁷ BALLIF, p. 196 No 635.

³⁸ DESCHENAUX, p. 561. STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 223, No 815.

³⁹ BALLIF, p. 196 No 635.

convient que la suppression de son droit de préemption s'appliquera également au nouvel acquéreur.

- 47 Ainsi, nous sommes d'avis qu'il y a lieu de distinguer si la convention de suppression ou de modification aggrave la situation du superficiaire et du superficiant, ou au contraire uniquement la situation du superficiaire, voire inversement la situation du superficiant. Dans la première hypothèse, la convention de suppression ou de modification devra, selon nous, être annotée tant sur le fonds grevé du droit de superficie que sur le droit de superficie immatriculé. En revanche dans les deux autres hypothèses, la convention ne devra être annotée que sur le droit de superficie immatriculé, inversement que sur le fonds grevé du droit de superficie.

2.2.3.3 Le droit de superficie non immatriculé au Registre foncier

- 48 Autre est la question de savoir si la convention de suppression ou de modification du droit de préemption du superficiaire peut être annotée même si le droit de superficie n'est pas immatriculé au Registre foncier. En effet, l'article 681b al. 1 CC prévoit que la convention peut être annotée « lorsque le droit de préemption appartient au propriétaire actuel d'un autre immeuble ». Au regard de l'article 655 al. 2 ch. 2 CC, le droit de superficie est un immeuble s'il est constitué en droit distinct et permanent immatriculé au Registre foncier au sens de l'article 655 al. 3 CC. Si tel n'est pas le cas, le Code civil semble donc exclure que soit annotée la convention de suppression ou de modification du droit de préemption du superficiaire.
- 49 Nous ne partageons pas l'opinion de A. BALLIF, selon laquelle « de lege ferenda il serait [...] souhaitable que l'article 682 al. 2 CC soit modifié afin de permettre également l'annotation des modifications du droit de préemption du superficiaire dont le droit de superficie n'est pas immatriculé »⁴⁰.
- 50 En effet, l'annotation permet de contraindre tout propriétaire de l'immeuble faisant l'objet de la suppression ou de la modification à respecter les engagements stipulés dans la convention (effet propter rem)⁴¹. L'effet de l'annotation serait donc utile, que le droit de superficie soit immatriculé ou pas.
- 51 Néanmoins, cette distinction s'explique, selon nous, au regard de la technique tabulaire. Ainsi, une annotation ne peut avoir lieu que si elle porte sur un immeuble au sens de l'article 655 CC. Tel est le cas du droit de superficie s'il est constitué en un droit distinct et permanent immatriculé au Registre foncier (art. 655 al. 2 ch. 2 et al. 3 CC).
- 52 Il est vrai que si le droit de superficie n'est pas immatriculé au Registre foncier, il pourrait y avoir une iniquité entre la convention de suppression ou

⁴⁰ BALLIF, p. 198 No 642.

⁴¹ DESCHENAUX, p. 561. STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 223, No 815.

de modification du droit de préemption du superficiel qui pourrait être annotée sur le fonds grevé, et la convention de suppression ou de modification du droit de préemption du superficiaire qui ne pourrait pas être annotée au Registre foncier puisque le droit de superficie ne serait pas considéré comme un immeuble au sens de l'article 655 al. 2 ch. 2 CC.

Toutefois, cette iniquité est relative, à nos yeux. Tout d'abord, la convention de suppression ou de modification peut porter uniquement sur le droit de préemption du superficiel, et non pas sur celui du superficiaire. Dans une telle hypothèse, ne se pose pas la question de l'annotation de la convention de suppression ou de modification du droit de préemption du superficiaire. ⁵³

Il est vrai que la réciprocité peut être la règle. Ainsi, la convention de suppression ou de modification portera tant sur le droit de préemption du superficiel que celui du superficiaire. Dans une telle hypothèse, l'iniquité est flagrante puisque la convention pourra être annotée sur le fonds grevé, mais pas sur le droit de superficie, s'il n'est pas immatriculé au Registre foncier, conformément à la lettre de l'article 681b al. 1 CC. Ainsi, la convention de cession du droit de superficie devra stipuler soit une reprise de droit soit une stipulation pour autrui, afin que les engagements pris par le cédant envers le superficiel soient opposables au cessionnaire⁴². ⁵⁴

Demeure également réservée la convention de suppression ou de modification qui ne concerne que le droit du superficiaire. Dans une telle hypothèse, l'annotation n'est pas possible si le droit n'est pas immatriculé au Registre foncier en droit distinct et permanent. Ainsi, la convention de cession du droit de superficie devra stipuler soit une reprise de droit soit une stipulation pour autrui, afin que les engagements pris par le cédant envers le superficiel soient opposables au cessionnaire⁴³. ⁵⁵

2.2.4 Synthèse

L'annotation de la suppression ou de la modification du droit de préemption légal est dite atypique en ce sens que seul l'effet propter rem s'applique à elle⁴⁴. A ce titre, elle permet d'opposer la convention de suppression ou de modification à tout tiers acquéreur. ⁵⁶

Par ailleurs, selon nous, il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement des titulaires de servitudes ou charges foncières inscrites antérieurement sur l'immeuble en vue de l'annotation de la modification ou de la suppression du droit de préemption. En revanche, le consentement du créancier gagiste dont le gage est inscrit antérieurement serait souhaitable afin d'éviter une ⁵⁷

⁴² Voir infra Nos 127 ss et 132 ss.

⁴³ Voir infra Nos 127 ss et 132 ss.

⁴⁴ DESCHENAUX, p. 561. STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 223, No 815.

éventuelle double mise à prix en cas de réalisation forcée (art 812 al. 2 CC et 142 LP).

- 58 De plus, nous pensons que l'annotation doit avoir lieu sur l'immeuble dont le propriétaire voit sa situation aggravée par la convention de suppression ou de modification, à l'exclusion de l'immeuble dont le propriétaire voit sa situation s'améliorer par la convention. Ce dernier pourra néanmoins consulter ladite convention annotée au Registre foncier sur l'immeuble dont le propriétaire voit sa situation aggravée, en justifiant d'un intérêt économique, soit légitime au sens de l'art. 970 al. 2 CC⁴⁵.
- 59 Dès lors, concernant le droit de préemption du copropriétaire, nous pensons que l'annotation devra avoir lieu sur chaque part de copropriété dont le propriétaire voit sa situation s'aggraver par la convention de suppression ou de modification du droit de préemption légal.
- 60 Concernant le droit de superficie, nous sommes d'avis qu'il y a lieu de distinguer si la convention de suppression ou de modification aggrave la situation du superficiaire et du superficiant, ou au contraire uniquement la situation du superficiaire, voire inversement la situation du superficiant. Dans la première hypothèse, la convention de suppression ou de modification devra, selon nous, être annotée tant sur le fonds grevé du droit de superficie que sur le droit de superficie immatriculé. En revanche dans les deux autres hypothèses, la convention ne devra être annotée que sur le droit de superficie immatriculé, inversement que sur le fonds grevé du droit de superficie.
- 61 Si le droit de superficie n'est pas immatriculé au Registre foncier, alors que la convention de suppression ou de modification du droit de préemption porte sur le droit du superficiaire, cette dernière ne pourra pas être annotée au Registre foncier. Ainsi, la convention de cession du droit de superficie devra stipuler soit une reprise de droit soit une stipulation pour autrui, afin que les engagements pris par le cédant envers le superficiant soient opposables au cessionnaire⁴⁶.
- 62 Finalement, les engagements pris entre les parties sont contenus dans la convention de modification ou de suppression du droit de préemption. Ainsi, si la modification ou la suppression du droit de préemption n'est stipulée expressément qu'à l'égard du propriétaire de l'immeuble, signataire de la convention, cela signifie qu'en cas d'aliénation de cet immeuble, une cession de créance doit être convenue afin que le nouveau propriétaire de l'immeuble puisse également bénéficier de la modification ou de la suppression du droit de préemption.

⁴⁵ ATF 117 II 151 = JdT 1993 I 16.

⁴⁶ Voir infra Nos 127 ss et 132 ss.

d) La forme du pacte de préemption

Il y a lieu tout d'abord de distinguer entre le droit de préemption légal, et celui qui est conventionnel. En effet, les conditions d'exercice du premier sont définis par la loi. Par ailleurs, l'article 681b al. 1 CC stipule clairement que toute modification des conditions d'exercice du droit de préemption légal doit être passée en la forme authentique. ⁶³

Quant au droit conventionnel, si le pacte de préemption fixe le prix, le pacte est soumis à la forme authentique (art. 216 al. 2 et 3 CC). Deux controverses existent en doctrine à ce sujet. Tout d'abord, la forme authentique s'impose-t-elle uniquement si le prix est fixé à l'avance (pacte de préemption limitatif ou qualifié au sens strict), voire si le pacte de préemption fixe également à l'avance les autres conditions de la préemption (pacte de préemption limité ou qualifié au sens large) ? (1). Ensuite, le prix doit-il être déterminé ou déterminable ? (2) ⁶⁴

1. Les conditions d'exercice du droit de préemption soumises à la forme authentique

1.1 La protection du propriétaire grevé

Selon P. ENGEL, la forme authentique s'impose chaque fois que les conditions de la préemption, notamment le prix, sont déterminées dans le pacte de préemption⁴⁷. Ch. BRÜCKNER, U. HESS, ainsi que P. SIMONIUS et Th. SUTTER⁴⁸, sont plus nuancés dans la mesure où ils admettent que la forme authentique s'impose uniquement si la situation du propriétaire grevé est aggravée par les conditions fixées dans le pacte de préemption. Ces opinions ne sont pas partagées par B. FOËX, qui considère que « la forme authentique est nécessaire dès que le pacte règle à l'avance, en tout ou partie, le prix qui devra être versé par le préempteur »⁴⁹. Telle est l'opinion également de P.-H. STEINAUER, qui estime que la forme authentique est nécessaire si le pacte de préemption est limitatif, savoir si « le prix auquel le préempteur pourra acheter la chose est d'emblée fixé dans le pacte de préemption ».⁵⁰ Ainsi, tant pour B. FOËX que pour P.-H. STEINAUER, la forme authentique s'impose uniquement si le droit est limitatif au sens strict. ⁶⁵

Une disposition légale s'interprète au regard de sa lettre, mais également en vertu de son esprit (art. 1 al. 1 CC). Ce dernier peut se déterminer grâce à une interprétation historique de la norme, en recherchant la volonté du ⁶⁶

⁴⁷ ENGEL, *Traité des obligations*, p. 102. Voir également CAVIN, p. 151.

⁴⁸ BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 521, BaK-HESS No 9 ad art. 216d, SIMONIUS/SUTTER, p. 345 No 6.

⁴⁹ CoRo-FoËX, No 29 ad. art. 216.

⁵⁰ STEINAUER, *La renonciation*, No 7.

législateur ; grâce à une interprétation systématique compte tenu du contexte législatif ; ou encore grâce à une interprétation téléologique qui tend à rechercher le but de la loi⁵¹.

67 En l'espèce, la lettre des art. 216 al. 2 et 3 CO n'est pas claire, selon nous. En effet, selon l'al. 2, la forme authentique s'impose notamment aux pactes de préemption portant sur un immeuble. En vertu de l'al. 3, la forme écrite suffit, si le pacte de préemption ne fixe pas d'avance le prix auquel le droit peut être exercé. Ainsi, est-ce que la forme authentique s'impose uniquement si le pacte de préemption fixe d'avance le prix ? Au contraire, doit-on comprendre qu'est soumis à la forme authentique tout pacte de préemption qui porte sur un immeuble, à l'exception de ceux qui ne fixent pas d'avance un prix ? Dans cette dernière hypothèse, peut-on admettre que la forme authentique est étendue à des pactes de préemption qui fixent d'autres conditions de la préemption qui restreignent ou étendent les droits du vendeur ou du préempteur ? Les textes allemand et italien ne semblent pas pouvoir mieux nous éclairer sur ce point. L'interprétation littérale des al. 2 et 3 de l'art. 216 CO ne permet donc pas, selon nous, de délimiter le champ d'application de ces normes. Qu'en est-il de l'esprit de ces dispositions ?

68 Concernant l'interprétation historique des art. 216 al. 2 et 3 CO, le Message⁵² précise que la forme authentique est nécessaire si le droit de préemption est limitatif, savoir si les parties au pacte de préemption fixent le prix que devra payer le préempteur pour exercer son droit, afin de « préserver celui qui est grevé du droit de préemption de devoir consentir une vente à vil prix de son immeuble ». Il rappelle par ailleurs que la forme authentique a pour but de protéger le propriétaire grevé qui accepterait d'avance une vente à vil prix de son immeuble. A priori, la forme authentique devrait s'imposer uniquement si le pacte de préemption fixe le prix auquel le droit doit s'exercer.

69 Néanmoins, le Message justifie la forme écrite du pacte par le fait qu'en pratique certains droits de préemption sont convenus dans des baux à loyer. Doit-on conclure que le législateur a envisagé la forme écrite pour les pactes de préemption qui ne fixent pas le prix uniquement pour éviter de remettre en question la validité des pactes conclus sous l'ancien droit qui ne fixaient pas le prix et qui se trouvent souvent dans des baux à loyer, sous forme écrite ? Si tel est le cas, pourrait-on conclure que l'al. 3 de l'art. 216 CO doit être interprété restrictivement, en tant qu'une exception de l'al. 2 de cette même disposition qui reste la règle ? Une telle conclusion est hâtive, à nos yeux, et ne peut pas être déduite du Message, qui par ailleurs n'examine pas expressément, à notre grand regret, la situation où les parties déterminent d'autres conditions qui restreignent ou étendent les droits du vendeur ou du préempteur. Les travaux préparatoires sont également muets en la matière. Ainsi, l'interprétation

⁵¹ Notamment ATF 112 Ib 465. ATF 100 II 52 = JdT 1975 258.

⁵² *Message*, p. 1014.

historique des al. 2 et 3 de l'art. 216 CO ne nous permet pas de délimiter le champ d'application de ces normes ; tout comme, selon nous, l'interprétation systématique. Reste à examiner l'interprétation téléologique, qui doit être analysée au regard du but poursuivi par la loi.

« La notion de l'acte authentique appartient au droit fédéral »⁵³. Par ailleurs, selon le Tribunal fédéral, « les règles de forme [...] s'interprètent restrictivement, in favorem negotii [...]. Pour la sécurité du droit, on se gardera d'étendre inopportunément le champ d'application des formes légales »⁵⁴. Finalement, selon notre Haute Cour, le droit fédéral soumet le commerce immobilier à la forme authentique « notamment parce qu'il entend préserver les parties de décisions irréflechies, leur faire prendre conscience de la portée de leurs engagements et assurer une expression claire et complète de leur volonté dans l'acte »⁵⁵.

Or, nous sommes d'avis que le propriétaire grevé mériterait une protection particulière tant s'il fixe dans le pacte de préemption le prix auquel le droit pourra être exercé, que s'il accepte de soumettre l'exercice du droit de préemption à une condition qui aggrave sa situation. Tel serait le cas, par exemple, des héritiers, propriétaires d'un immeuble en hoirie, qui grèveraient leur bien d'un droit de préemption conventionnel, en stipulant expressément dans le pacte de préemption que le partage successoral constituerait un cas de préemption⁵⁶. Ainsi, dans une telle hypothèse, nous pensons que les héritiers devraient être informés que le partage n'est pas un cas de préemption, au regard de l'art. 216c al. 2 CC, et qu'en acceptant une telle condition, ils aggravent leur situation. Une telle protection n'est assurée que par la forme authentique. En effet, l'officier public, chargé d'instrumenter l'acte, est tenu d'informer les parties « des engagements qu'elles entendent assumer »⁵⁷. De ce fait, il les préserve de décisions irréflechies et leur fait prendre conscience de la portée de leurs engagements.

Nous ne pouvons pas légitimement admettre que le législateur ait voulu protéger le propriétaire grevé qui convient de fixer à l'avance dans le pacte le prix auquel le droit sera exercé, et non pas celui qui stipule dans le pacte une condition d'exercice du droit qui aggraverait sa situation. D'ailleurs, le Message⁵⁸ justifie la forme écrite du pacte uniquement par le fait qu'en pratique certains droits de préemption sont convenus dans des baux à loyer. Dès lors, à l'instar de Ch. BRÜCKNER, de U. HESS, ainsi que de P. SIMONIUS et

⁵³ CoRo-GUGGENHEIM No 7 ad art. 11 CO.

⁵⁴ ATF 113 II 402 ss = JdT 1988 I 67 ss.

⁵⁵ ATF 99 II 159 ss = JdT 1974 I 66 ss ; ATF 90 II 274 ss = JdT 1974 I 66 ss.

⁵⁶ Voir supra No 11.

⁵⁷ MOOSER, *Le droit notarial*, p. 103 No 233.

⁵⁸ *Message*, p. 1014.

Th. SUTTER⁵⁹, nous pensons que la forme authentique devrait s'imposer chaque fois que la situation du propriétaire grevé est aggravée par des conditions fixées dans le pacte de préemption.

⁷³ Ainsi, nous sommes d'avis que la forme authentique devrait s'étendre, en vertu de l'art. 216 al. 2 et 3 CO, non seulement à tout droit de préemption limitatif au sens strict, savoir lorsque le prix de vente est déterminé d'avance, mais également, à tout droit limitatif au sens large, savoir lorsque les conditions d'exercice du droit de préemption convenues dans le pacte aggravent la situation du propriétaire grevé.

⁷⁴ Nous comprenons le souci de B. FOËX, selon lequel une telle extension de la forme authentique est « un facteur d'insécurité juridique non négligeable »⁶⁰. En effet, en pratique, il est difficile de savoir si une condition convenue dans le pacte aggrave, ou pas, la situation du propriétaire grevé. Néanmoins, cette difficulté existe également avec le prix. En effet, il est souvent difficile, en pratique, de savoir si, dans un pacte de préemption, le prix est déterminé d'avance, ou simplement déterminable. Ainsi, l'insécurité juridique provient, selon nous, de la distinction faite entre le droit limitatif et celui illimité. Cette dernière a été voulue expressément par le législateur, qui l'a justifiée par le fait qu'en pratique le droit de préemption est convenu dans un bail à loyer⁶¹. Nous acceptons donc cette distinction sans toutefois l'approuver.

⁷⁵ En effet, la forme authentique permet de protéger les parties contre des décisions irréfléchies au travers notamment du devoir de conseil et d'information imposé à l'officier public⁶². Or, le droit de préemption est, selon nous, une restriction importante du droit de propriété de l'aliénateur. Nous pensons donc que le législateur aurait dû prévoir la forme authentique pour toute constitution d'un pacte de préemption. Malheureusement, tel n'est pas le cas en vertu de l'art. 216 al. 3 CO. Néanmoins, en cas de doute quant au caractère limitatif d'un droit de préemption, nous sommes d'avis que la forme authentique devrait s'imposer dans l'intérêt du propriétaire grevé.

1.2 *La protection du préempteur*

⁷⁶ Autre est la question de savoir si le préempteur mérite également une protection particulière. Le Message est muet en la matière. Nous ne le pensons pas. En effet, le pacte de préemption confère au préempteur un droit. Ce dernier s'engage à l'exercer aux conditions convenues. Si au moment de la réalisation du cas de préemption, les conditions d'exercice ne lui conviennent plus, il reste libre de ne pas exercer son droit. Nous estimons donc que le

⁵⁹ BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 521, BaK-HESS No 9 ad art. 216d, SIMONIUS/SUTTER, p. 345 No 6.

⁶⁰ CoRo-FoËX, No 29 ad. art. 216. Nous ne partageons pas l'opinion de cet auteur selon laquelle l'extension de la forme authentique sollicite inutilement l'art. 216 al. 3 CO.

⁶¹ *Message*, p. 1014.

⁶² MOOSER, *Le droit notarial*, p. 103 No 233.

préempteur ne mérite pas une protection particulière. Ainsi, si les conditions stipulées dans le pacte aggravent la situation du préempteur, nous ne pensons pas que la forme authentique se justifie. La forme écrite suffit. Tel sera le cas par exemple si les parties décident de limiter les cas de préemption.

En revanche, nous rejoignons l'opinion de B. FOËX⁶³ selon laquelle l'intervention du préempteur est nécessaire dans tous les cas, même dans le cadre d'un droit de préemption illimité soumis à la forme écrite. En effet, le pacte de préemption stipule les conditions auxquelles le droit de préemption sera exercé. Faire intervenir au pacte le préempteur permet d'éviter que ce dernier conteste les conditions au moment de l'exercice du droit.

1.3 *La modification du pacte de préemption*

Enfin, il reste à définir si les conditions d'exercice du droit doivent être stipulées au moment de la constitution, ou si elles peuvent intervenir ultérieurement. La lettre des dispositions 216 al. 2 et 3 CO nous semble équivoque. En effet, elle vise le pacte de préemption. Toutefois, s'agit-il du pacte constitutif du droit, ou également de tout pacte conclu ultérieurement en vue d'une modification des conditions d'exercice ? Nous ne voyons toutefois pas pourquoi le législateur imposerait que les conditions d'exercice du droit conventionnel soient stipulées au moment de sa constitution, alors que les conditions d'exercice du droit de préemption légal peuvent être modifiées à tout moment (art. 681b al. 1 CC). Nous admettons donc une interprétation large de la lettre de la loi.

2. *Le prix doit-il être déterminé ou déterminable ?*

Dans le cadre d'un droit de préemption conventionnel, les parties peuvent convenir, au moment de la signature du pacte constitutif, le prix auquel le droit s'exercera. Dans une telle hypothèse, la loi impose la forme authentique (art. 216 al. 2 CC).

B. FOËX⁶⁴ admet une application restrictive de cette forme, qui devrait s'imposer, selon lui, uniquement si le prix est fixé au moment de la constitution du droit. CH. BRÜCKNER ainsi que U. HESS⁶⁵ considèrent, par ailleurs, que le prix n'a pas besoin d'être déterminé, mais il suffit qu'il soit déterminable. Notre position est beaucoup plus nuancée. Nous sommes d'avis qu'il y a lieu de distinguer entre le prix convenu et ses effets lors de l'exercice du droit de préemption.

⁶³ CoRo-FoËx, No 30 ad. art. 216 CO.

⁶⁴ CoRo-FoËx No 29 ad art. 216 CO.

⁶⁵ BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 521. BaK-Hess No 17 ad art. 216 CO.

- 81 En effet, les parties au pacte de préemption peuvent fixer d'avance le prix. Ils peuvent également convenir de son mode de calcul, de sorte que le prix n'est pas déterminé mais déterminable. Nous pouvons imaginer, par ailleurs, que les parties renvoient à une instance tierce impartiale qui sera chargée, au moment de l'exercice du droit, de déterminer le prix. Ainsi, au moment de la constitution, le prix n'est ni déterminé, ni déterminable, mais simplement soumis à un arbitrage. Finalement, les parties peuvent combiner ces trois modes. Tel sera le cas, par exemple, si les parties désignent un tiers impartial qui sera chargé, selon un mode de calcul convenu, de fixer le prix, lequel ne pourra pas, par ailleurs, être inférieur, voire supérieur, à un prix déterminé.
- 82 Toutefois, nous sommes d'avis, que la forme authentique ne dépend pas tant du prix convenu mais des effets de celui-ci sur la situation du vendeur. En effet, la forme authentique permet de protéger les parties d'engagements irréflechis, en attirant leur attention sur les conséquences de leur acte⁶⁶. Ainsi, à l'instar des autres conditions d'exercice du droit⁶⁷, si le prix convenu, sous quelque forme que ce soit, a pour effet d'aggraver la situation de ce dernier, la forme authentique s'impose au sens de l'art. 216 al. 2 CO. Dans le cas contraire, la forme écrite est suffisante au sens de l'art. 216 al. 3 CO. Prenons les exemples suivants :
- 83 A) V, propriétaire de l'immeuble I, et P concluent un pacte de préemption, aux termes duquel P pourra exercer son droit en cas de vente de l'immeuble I. Si le pacte de préemption stipule que le droit sera exercé au prix X, ce dernier est déterminé, et aggrave manifestement la situation de V, qui sait, dès la conclusion du pacte, qu'en cas d'exercice du droit de préemption, il devra se contenter du prix X, même si le tiers acquéreur lui offre plus. La forme authentique s'impose indiscutablement.
- 84 Tel sera également le cas, si le pacte stipule que le droit sera exercé au prix offert par le tiers acquéreur, mais au maximum au prix X. En effet, le prix convenu constitue une valeur maximale, de sorte que V sait, au moment de la conclusion du pacte, qu'en cas d'exercice du droit de préemption, il devra se contenter du prix offert par le tiers, mais au maximum celui convenu.
- 85 Si en revanche, le pacte de préemption indique que le droit sera exercé au prix offert par le tiers acquéreur, mais au minimum au prix X, ce dernier constitue uniquement une valeur minimale. Une telle clause n'aggrave en aucun cas la situation de V. Au contraire, elle permet de le favoriser, dans la mesure où V est assuré d'une valeur minimale de vente, si l'offre du tiers est inférieure. Ainsi, nous sommes d'avis que dans une telle hypothèse la forme écrite suffit.

⁶⁶ ATF 118 II 32 = JdT 1992 I 387. BaK-LAIM No 1 ad art. 657 CC. ENGEL, *Les contrats*, p. 102. Foëx, SJ 1994, 394. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 55 No 1544.

⁶⁷ Voir supra No 73.

B) Supposons maintenant qu'au lieu de déterminer le prix, le pacte de préemption désigne un tiers expert qui sera chargé de le fixer au moment de l'exercice du droit. Dans une telle hypothèse, le prix n'est ni déterminé, ni déterminable, mais soumis à arbitrage. A l'instar du prix déterminé, si le prix fixé par l'expert s'impose au vendeur, au moment de l'exercice du droit de préemption, nous pouvons admettre que sa situation s'aggrave, dans la mesure où il n'a plus aucune maîtrise sur le prix de la transaction. Ainsi, la forme authentique s'imposera. Tel sera également le cas, si le prix déterminé par l'expert constitue une valeur maximale. En revanche, s'il constitue une valeur minimale, il permet de favoriser le vendeur, de sorte que la forme écrite suffit. ⁸⁶

Ces deux exemples montrent que le prix convenu dans le pacte de préemption, qu'il soit déterminé, déterminable, ou soumis à arbitrage, n'a pas, selon nous, d'influence quant à la forme authentique, qui ne dépend que des effets du prix sur la situation du vendeur. Si la situation de ce dernier s'aggrave, la forme authentique s'impose. Dans le cas contraire, la forme écrite suffit. ⁸⁷

En pratique, il est difficile de savoir les effets du prix sur la situation du vendeur. Néanmoins, l'insécurité juridique provient, selon nous, de la distinction faite entre le droit limitatif et celui illimité. Cette dernière a été voulue expressément par le législateur, qui l'a justifiée par le fait qu'en pratique le droit de préemption est convenu dans un bail à loyer⁶⁸. Nous acceptons donc cette distinction sans toutefois l'approuver. Néanmoins, en cas de doute quant aux effets du prix sur la situation du vendeur, nous sommes d'avis que, dans l'intérêt du propriétaire grevé, la forme authentique devrait s'imposer, compte tenu des buts qu'elle poursuit⁶⁹. ⁸⁸

⁶⁸ *Message*, p. 1014.

⁶⁹ ATF 118 II 32 = JdT 1992 I 387. BaK-LAIM No 1 ad art. 657 CC. ENGEL, *Les contrats*, p. 102. FOËX, SJ 1994, 394. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 55 No 1544.

II. L'objet du droit de préemption

⁸⁹ Notre sujet porte sur le droit de préemption immobilier au sens de l'art. 655 CC⁷⁰, savoir le bien-fonds (a), le droit distinct et permanent immatriculé au Registre foncier (b), la part de copropriété (c). Nous aborderons également le droit de préemption sur une entreprise et un immeuble agricoles au regard de la LDFR (d).

a) Le bien-fonds

⁹⁰ Le bien-fonds, appelé également la parcelle, est une partie délimitée de terrain (art. 2 lit. a ORF). Le tracé doit être déterminable⁷¹. Il est immatriculé au Registre foncier, de sorte qu'un feuillet lui est ouvert au Grand-livre, sur lequel tous les droits relatifs au bien-fonds y sont inscrits (art. 2 lit. d ORF)⁷². Le bien-fonds comprend toutes ses parties intégrantes (art. 642 al. 2 CC)⁷³ et accessoires (art. 644 al. 2 CC)⁷⁴. Tout acte de disposition du bien-fonds s'étend également aux parties principales et accessoires. L'art. 644 al. 1 CC admet toutefois que les parties peuvent prévoir le contraire.

b) Le droit distinct et permanent immatriculé au Registre foncier

⁹¹ Le droit distinct et permanent est défini comme une servitude personnelle sur un immeuble, cessible et transmissible (art. 655 al. 3 CC). Il s'agit donc de servitude personnelle improprement dite, savoir le droit de superficie, ou le droit à la source⁷⁵. Par ailleurs, le droit doit être constitué pour une période de 30 ans au moins, ou pour une période indéterminée (art. 655 al. 3 CC).

⁹² Le droit de superficie est la servitude sur un immeuble concédée à une personne qui devient ainsi propriétaire des constructions qui se trouvent au-

⁷⁰ Nous ne traiterons toutefois pas les droits de préemption sur les mines.

⁷¹ ATF 64 I 102 = JdT 1938 I 610. BaK-LAIM No 6 ad art. 655 CC. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 36 No 1507a.

⁷² STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 174 Nos 623 ss.

⁷³ ATF 106 II 333 = JdT 1982 I 2.

⁷⁴ ATF 43 II 160 = JdT 1917 I 495.

⁷⁵ Peuvent également être immatriculés en droits distincts et permanents, les charges foncières, les concessions octroyées sur les eaux publiques (art. 22 al. 1 lit. a ch. 2 ORF) et certains droits relevant de la législation cantonale (art. 942 al. 2 et 4 TF), qui ne font toutefois pas l'objet de notre travail. Sont exclues les servitudes personnelles proprement dites, savoir le droit d'usufruit et le droit d'habitation (STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 23, No 42, et p. 189, No 672a).

dessus et au-dessous de l'immeuble grevé (art. 675 al. 1 CC)⁷⁶. Le droit distinct et permanent doit être passé en la forme authentique (art. 779a al. 1 CC)⁷⁷. Si le droit est distinct, il ne peut être constitué pour une période supérieure à 100 ans, au risque de priver la propriété du sol de tout contenu (art. 779l al. 1 CC)⁷⁸, et ne peut grever une part de copropriété ordinaire⁷⁹. Il est une exception au principe de l'accession (art. 667 al.1 CC)⁸⁰, de sorte qu'un droit de préemption légal est prévu en faveur du superficiant, et du superficiaire, contre tout acquéreur du droit de superficie distinct et permanent, afin de rétablir le principe de l'accession (art. 682 al. 2 CC)⁸¹.

Le droit à la source est une servitude sur un fonds concédée à une personne lui permettant ainsi de s'approprier et de dériver l'eau de la source qui se trouve sur l'immeuble grevé, conformément à l'art. 780 al. 1 CC. Contrairement au droit de superficie, conformément à l'art. 704 al. 1 CC, le propriétaire du fonds grevé reste propriétaire de la source. Le droit à la source n'est donc pas une exception au principe de l'accession, de sorte qu'aucun droit de préemption légal n'est prévu. ⁹³

Enfin, l'art 678 al. 2 CC⁸² permet de constituer sur des plantes ou des plantations « une servitude correspondant au droit de superficie [...] pour une durée de 10 ans au moins et pour 100 ans au plus ». Cette servitude sur les plantes constitue, à l'instar du droit de superficie, une exception au principe de l'accession⁸³, en permettant à son titulaire de devenir propriétaire des plantes et plantations, objets du droit. La question se pose si le droit de préemption légal du superficiant et du superficiaire au sens de l'art. 682 al. 2 CC doit lui être appliqué. La doctrine l'admet⁸⁴. Quant à nous, dans la mesure où la servitude sur les plantes et plantations est une exception au principe de l'accession, nous ne voyons pas pourquoi le titulaire d'une telle servitude, et le propriétaire grevé, ne bénéficieraient pas de la même protection que le superficiant et le superficiaire. A l'instar de la doctrine, nous admettons donc que le droit de préemption légal du superficiaire et du superficiant s'applique par analogie à la servitude sur les plantes et les plantations. ⁹⁴

⁷⁶ ATF 111 II 236 = JdT 1986 I 115. Pour l'étendue du droit, voir BALLIF, p. 60, No 194.

⁷⁷ BaK-ISLER No 36 ad art. 779a CC. ENDER, p. 170. GHANDCHI, p. 41. STEINAUER, *Les droits réels III*, p. 97, No 2522.

⁷⁸ BaK-ISLER No 9 ad art. 779/CC.

⁷⁹ ATF 111 II 134 = JdT 1986 I 627. BALLIF, p. 57, No 184. BaK-REY No 2 ad art. 675.

⁸⁰ STEINAUER, *Les droits réels III*, p. 93, No 2513.

⁸¹ BeK-MEIER-HAYOZ No 14 ad art 682 CO. GHANDCHI, p. 122. STEINAUER, *Les droits réels III*, p. 99 No 2530.

⁸² Entré en vigueur le 01.01.04. RO 2003, p. 4121 ss.

⁸³ Voir supra No 92.

⁸⁴ BALLIF, p. 207, No 670. FoÈX, *Quelques questions*, p. 4. PIOTET, RDS 2004 I p. 353.

c) La part de copropriété

1. La part de copropriété ordinaire

⁹⁵ La part de copropriété ordinaire est la quote-part détenue par une personne sur un bien qui n'est matériellement pas divisé. Le droit du copropriétaire porte sur la totalité du bien, mais est délimité idéalement (art. 646 al. 1 CC)⁸⁵. La copropriété peut être partagée entre plusieurs personnes, ou plusieurs immeubles. Dans cette dernière hypothèse, l'immeuble partagé est dépendance de plusieurs immeubles principaux au sens de l'art. 655a CC. Afin de tendre à une propriété unique, totale et absolue sur le bien, et ainsi éviter l'entrée dans la communauté des copropriétaires d'un tiers non désiré⁸⁶, il est prévu un droit légal de préemption en faveur du copropriétaire à l'égard de tout tiers acquéreur d'une quote part de copropriété art. 682 al. 1CC).

2. La part de copropriété d'une propriété par étages

⁹⁶ La propriété par étages est une forme de copropriété dans laquelle chaque copropriétaire a un droit exclusif d'utiliser et d'aménager intérieurement des parties déterminées d'un bâtiment (art. 712a CC). Comme pour une copropriété ordinaire, une part peut être détenue par une personne ou par un immeuble (dépendance)⁸⁷. Par ailleurs, la loi distingue entre les parties privatives et les parties communes.

⁹⁷ La propriété par étages se distingue ainsi de la copropriété ordinaire en ce sens que la part du copropriétaire est non seulement déterminée idéalement, mais également matériellement. Ainsi, une propriété unique, totale et absolue ne se justifie pas, de sorte qu'il n'existe pas de droit de préemption légal contre tout tiers acquéreur, même si un tel droit peut être prévu, au moment de la constitution de la propriété par étages, ou ultérieurement, et annoté au Registre foncier conformément à l'art. 712c al. 1 CC, sans limite de temps⁸⁸, contrairement au droit de préemption conventionnel. Néanmoins, un tel droit ne peut pas être exercé en cas de réalisation forcée (art. 51 al. 1 et 73g al. 3 ORFI), et peut être supprimé ou modifié en la simple forme écrite⁸⁹, contrairement au droit de préemption légal (art. 681 al. 1 et art. 681b al. 1 CC). Le droit de préemption du propriétaire d'étages est donc hybride, se

⁸⁵ STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 307 Nos 1116 st. Elle se distingue en ce sens de la propriété commune (art. 652 ss CC) dans laquelle la part de chaque membre n'est pas définie précisément.

⁸⁶ BeK-MEIER-HAYOZ No 11 ad art 682 CO. LIVER, p. 62. SIMONIUS/SUTTER II, p. 475 No 30. STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 335 No 1208.

⁸⁷ Voir supra No 95.

⁸⁸ *Message*, p. 1016. ATF 126 III 421 = SJ 2001 I 101. Contra : FoEX, SJ 1994, p. 403.

⁸⁹ STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 338, No 1220a.

rapprochant sur certains aspects du droit de préemption légal, et sur d'autres du droit de préemption conventionnel.

d) L'entreprise et l'immeuble agricoles au regard de la LDFR

La LDFR reconnaît un droit de préemption sur l'entreprise, voire sur une part de copropriété de cette dernière, ou sur l'immeuble agricole (art. 42, 47 et 49 LDFR). Il ressort de la loi (art. 7 LDFR) que l'entreprise agricole se compose d'un ensemble de terres et de bâtiments qui constituent une unité affectée à un usage agricole. ⁹⁸

1. L'entreprise agricole

1.1 Ensemble d'immeubles, de bâtiments et d'installations

L'entreprise est avant tout un ensemble d'immeubles, au sens de l'art. 655 al. 2 CC, de bâtiments et d'installations. Le bâtiment est défini par la doctrine comme « une installation ancrée ou posée sur le sol, qui assure plus ou moins totalement aux hommes et aux choses une protection contre l'extérieur, en particulier contre les conditions atmosphériques »⁹⁰. ⁹⁹

Quant aux installations agricoles, elles ont un but complémentaire et accessoire aux bâtiments d'exploitation. Pour certaines d'entre elles, elles peuvent faire partie intégrante des bâtiments agricoles⁹¹. ¹⁰⁰

L'entreprise agricole comprend en principe une maison d'habitation. Si tel n'est pas le cas, l'acquéreur devra apporter « la garantie que [les bâtiments manquants] seront construits dans un proche avenir (par exemple, en présentant un plan de financement et des plans d'architecte »⁹². La jurisprudence et la doctrine admettent toutefois qu'à titre exceptionnel une exploitation peut constituer une entreprise agricole même sans maison d'habitation. Tel sera le cas si par exemple l'exploitant habite un appartement locatif à proximité de son entreprise agricole qui permet ainsi une exploitation et une surveillance des cultures⁹³. « L'exigence d'une maison d'habitation vaut particulièrement pour les exploitations avec élevage, pour lesquelles une surveillance quotidienne et répétée est nécessaire. En revanche, pour les exploitations sans bétail, l'exigence de la maison d'habitation y est appliquée de manière moins stricte. On pourra même à titre exceptionnel y renoncer. Sa présence ne sera exigée que lorsqu'il n'y a pas de logements locatifs ¹⁰¹

⁹⁰ Studer/Hofer, p. 50.

⁹¹ DONZALLAZ, *Commentaire*, p. 48 No 93.

⁹² EMERY, p. 90, No 241.

⁹³ ATF 104 II 255, JdT 1979 I 240 (rés.).

disponibles dans les environs raisonnables du centre des surfaces et des bâtiments d'exploitation. Cette distance est, en général, inférieure au rayon d'exploitation usuel dans la localité. »⁹⁴.

- ¹⁰² Dans la mesure où la maison d'habitation appartient à une exploitation, elle fait partie « intégrante » de l'entreprise agricole, et est donc soumise à la LDFR en vertu de l'art. 2 al. 2 let. a LDFR, même si elle est située en zone à bâtir.

1.2 *L'unité*

- ¹⁰³ L'entreprise constitue par ailleurs une unité tant économique que géographique. L'unité économique suppose une main-d'œuvre et une direction uniques (art. 2 OTerm). Quant à l'unité géographique, elle ne doit pas être interprétée de façon trop restrictive.

- ¹⁰⁴ Ainsi, il y a lieu d'examiner si « des parcelles sont si éloignées les unes des autres qu'il en résulte des dépenses disproportionnées [...] au regard de la situation du domaine, du genre de cultures pratiquées et des moyens de motorisation à disposition »⁹⁵. De plus, le critère géographique est complémentaire et accessoire au critère économique. Dès lors, le critère de l'unité doit être admis si des domaines, géographiquement séparés, sont dirigés par la même personne, utilisent la même main-d'œuvre, les mêmes outils et que les résultats financiers apparaissent sur les mêmes comptes⁹⁶.

1.3 *L'usage agricole*

- ¹⁰⁵ L'usage agricole peut être défini comme toute activité qui a pour « but d'obtenir des produits exploitables issus de la production végétale et animale et, le cas échéant, de les transformer »⁹⁷. Doit être exclue toute activité destinée exclusivement ou principalement à transformer des matières premières de l'agriculture (ex : distillerie, abattoir etc.), même si cette production bénéficie de la protection de l'art. 23 aLAg⁹⁸. En effet, ces dernières activités doivent être qualifiées d'industrielles ou artisanales.

1.4 *L'unité de main-d'œuvre standard*

- ¹⁰⁶ L'entreprise doit par ailleurs exiger une unité de main-d'œuvre standard qui définit les besoins en travail d'une exploitation selon la surface agricole utile,

⁹⁴ EMERY, p. 90, No 240.

⁹⁵ DOSIOS PROBST S., p. 91, No 185.

⁹⁶ DONZALLAZ, *Commentaire*, p. 49, No 97.

⁹⁷ HOFER, p. 150, No 37.

⁹⁸ DONZALLAZ, *Commentaire*, p. 55, No 117.

les animaux élevés, la dénivellation du terrain, et la nature des cultures (art. 3 OTerm)⁹⁹.

2. *L'entreprise mixte*

L'entreprise mixte est celle qui cumule une activité agricole avec celle de type industriel ou artisanal. Une telle entreprise est agricole à condition que cette activité domine (art. 7 al. 5 LDFR). « L'activité non agricole elle-même a des imbrications étroites avec l'agriculture ; elle ne nécessite cependant pas une infrastructure particulière (ce qui n'est pas le cas pour l'entreprise accessoire non agricole). Dès lors, l'entreprise mixte est constituée de plusieurs bien-fonds, agricoles et non agricoles, formant ensemble une unité économique et ne pouvant être séparés sans causer des dépenses et pertes de valeurs considérables ou sans mettre en danger l'existence même de l'entreprise »¹⁰⁰. Est controversé en doctrine le critère à prendre en compte pour savoir si l'activité agricole domine. Certains auteurs se basent sur le revenu respectif de chacune des activités¹⁰¹, d'autres sur le capital travail¹⁰², voire sur les deux¹⁰³. Nous sommes d'avis que le critère du capital travail doit être prépondérant. Ainsi, « même si le revenu de la part non agricole est supérieur à la part agricole, mais que la quantité de travail qu'exige la part agricole est supérieure, l'entreprise devrait quand même être considérée comme une entreprise agricole »¹⁰⁴.

Le caractère mixte d'une entreprise doit être admis dans la mesure où la séparation des activités agricole et industrielle ou artisanale ne serait pas « possible, économiquement ou géographiquement, sans entraîner des coûts disproportionnés ou une perte de valeur des éléments la composant »¹⁰⁵.

3. *L'entreprise affermée par parcelles*

L'entreprise affermée par parcelles est soumise aux dispositions relatives à l'immeuble agricole et non à celles relatives à l'entreprise agricole (art. 8 lit a LDFR). L'affermage doit remonter à plus de six ans. L'entrée en vigueur du contrat de bail est le point de départ du délai de 6 ans. Il est par ailleurs expressément renvoyé à la LBFA. Ainsi, une exploitation agricole est considérée comme affermée dans la mesure où l'affermage a été autorisé au

⁹⁹ HENNY, RNRF 2006, p. 248.

¹⁰⁰ EMERY, p. 102, No 275 avec références.

¹⁰¹ PAQUIER-BOINAY, p. 89. STUDER/HOFER, *Le droit du bail*, p. 35.

¹⁰² BEELER, p. 101 ss et 221 ss. EMERY, p. 103. STALDER, *Handänderungen*, p. 124.

¹⁰³ DOSIOS PROBST S., p. 99, No 207.

¹⁰⁴ BEELER, p. 101 ss et 221 ss.

¹⁰⁵ DONZALLAZ, *Commentaire*, p. 55, No 118.

sens de l'art. 30 al. 1 LBFA, et aux conditions prévues à l'art. 31 al. 2 let. e et f LBFA.

¹¹⁰ L'affermage par parcelles signifie que l'exploitation agricole est démembrée ; ses différentes parties appartiennent à d'autres exploitations. Les parcelles qui composent l'entreprise agricole seront assimilées à des immeubles agricoles au sens de l'art. 6 LDFR et seront soumises aux restrictions tant de droit privé que de droit public relatives auxdits immeubles et non plus à celles relatives à l'entreprise agricole. Tel n'est toutefois pas le cas de l'entreprise affermée partiellement dans la mesure où elle continue à être exploitée et à offrir de bons moyens d'existence au sens de la LBFA. En revanche, à l'échéance du contrat de bail, l'entreprise agricole peut à nouveau être constituée et entrer ainsi dans le champ d'application de la LDFR¹⁰⁶.

4. *Autres types d'entreprises*

¹¹¹ Le champ d'application de la LDFR s'applique également à l'aliénation de participation majoritaire à une personne morale¹⁰⁷, ainsi que l'aliénation d'une entreprise horticole (art. 7 al. 2 LDFR).

4.1 *Aliénation d'une participation majoritaire à une personne morale*

¹¹² Par participation majoritaire à une personne morale, la loi vise la situation où l'aliénateur détient la majorité de la participation au capital d'une personne morale, et la majorité des droits de vote au sein de cette dernière¹⁰⁸. Par ailleurs, les actifs de la personne morale doivent être constitués principalement par une entreprise agricole. C'est la valeur matérielle et non pas la valeur de rendement de l'entreprise qui doit être prise en compte¹⁰⁹.

¹¹³ Le législateur n'a pas précisé la notion « d'actif principal ». Le Conseil fédéral a laissé le soin à la jurisprudence de la définir. Il a néanmoins mentionné que « la nature des autres actifs devra en tout cas être prise en considération. Cette notion doit en outre indiquer que ces actifs se trouvent plus près de 100 pourcent que des 50 pourcent de l'ensemble des actifs »¹¹⁰.

¹⁰⁶ Co-LDFR-HOFER, ad art. 8 No 13.

¹⁰⁷ Art. 4 al. 2 LDFR. Sont exclus du champ d'application de cette disposition la participation à une société simple, à une société en nom collectif, et à une société en commandite, dans la mesure où ces entités n'ont pas la personnalité juridique au regard du droit suisse. Demeure réservée néanmoins l'application des art. 36 ss LDFR en cas de départ d'un des associés de l'entité. Quant aux corporations et établissements de droit public, ils sont assimilés à la collectivité au sens de l'art. 65 LDFR.

¹⁰⁸ *Message*, p. 915. Co-LDFR-BANDLI, ad art. 4 No 7. BEELER, p. 131. EMERY, p. 110 No 293. SIMONIUS/SUTER, p. 602 No 16. Contra : DONZALLAZ, *Commentaire*, p. 40 No 68.

¹⁰⁹ EMERY, p. 112 No 297. Contra : DONZALLAZ, *Commentaire*, p. 40 No 67.

¹¹⁰ *Message*, p. 915.

Pour B. BEELER¹¹¹, dès que l'actif de la personne morale est constitué d'une entreprise agricole pour plus de 50 pourcent, la LDFR s'applique.

La solution préconisée par B. BEELER présente l'avantage d'offrir au praticien une solution claire applicable dans toutes les circonstances. A nos yeux, elle ne tient néanmoins pas compte des spécificités de chaque cas, et en particulier de la nature des actifs à laquelle se réfère le Conseil fédéral. ¹¹⁴

En effet, à l'instar de C. EMERY¹¹², nous pensons qu'il y a lieu de faire une interprétation littérale de l'art. 4 al. 2 LDFR. A ce titre donc, nous admettons que seule la valeur matérielle de l'entreprise agricole doit être prise en compte, et non la valeur de rendement de cette dernière. Néanmoins, dans la mesure où le Conseil fédéral a expressément renvoyé à la jurisprudence, il nous semble contraire à la volonté du législateur de définir, à l'instar de B. BEELER, de façon empirique un pourcentage au-delà duquel l'entreprise agricole doit être considérée comme l'actif principal de la société. ¹¹⁵

En effet, selon nous, il y a lieu de s'assurer que la société n'est pas « une société immobilière rurale »¹¹³. Pour ce faire, non seulement il y a lieu de prendre en compte la valeur matérielle de l'entreprise, mais également l'interdépendance des différentes activités de la société, ainsi que le rôle de l'activité agricole par rapport aux autres activités de la société. ¹¹⁶

Ainsi, selon nous, la cession de participation d'une société entre dans le champ d'application de la LDFR, dans les limites de l'art. 4 al. 2 LDFR, non seulement si l'actif de la société est composé exclusivement d'une entreprise agricole, mais également s'il est composé de divers actifs sans aucune interdépendance entre eux, à la condition que la valeur matérielle de l'entreprise agricole représente au moins 50 pourcent de l'actif de la société. Si en revanche, les divers actifs de la société sont interdépendants, il y a lieu d'examiner si l'activité agricole est prépondérante. Tel sera le cas, si les autres activités n'ont aucune raison d'être sans l'existence de l'activité agricole. Dans une telle hypothèse, nous pensons qu'une cession d'une participation de la société est soumise à la LDFR, dans les limites de l'art. 4 al. 2 LDFR, même si la valeur matérielle de l'entreprise agricole est inférieure à 50 pourcent de l'actif de la société. A contrario, si l'activité agricole n'a aucune raison d'être sans l'existence des autres actifs, la cession de participation de la société, dans les limites de l'art. 4 al. 2 LDFR, ne rentre pas dans le champ d'application de la LDFR, sauf si la valeur matérielle de l'entreprise agricole représente plus de 50 pourcent de l'actif de la société. ¹¹⁷

¹¹¹ BEELER, p. 131 ss.

¹¹² EMERY, p. 112 No 297.

¹¹³ HENNY JN, p. 11.

4.2 Aliénation d'une entreprise horticole

- ¹¹⁸ Est également assimilée à une entreprise agricole, l'entreprise d'horticulture qui constitue une unité d'immeubles, de bâtiments et d'installations servant à la production horticole, et qui exige les trois quarts d'une unité de main-d'œuvre standard (art. 7 al. 2 LDFR).

5. Immeuble agricole

- ¹¹⁹ Finalement, toute exploitation ayant un caractère agricole qui ne répond pas à la définition de l'art. 7 LDFR est considérée comme un immeuble agricole isolé au sens de l'art. 6 LDFR. La loi vise d'abord l'immeuble, au sens de l'art. 655 CC, qui ne se trouve pas dans une zone à bâtir et qui peut être affecté à l'usage agricole ou horticole¹¹⁴, qu'il soit bâti ou pas (art. 2 al. 1 LDFR)¹¹⁵. Elle s'étend également à l'immeuble bâti, situé en zone à bâtir, et aux forêts, s'ils font partie d'une entreprise agricole (art. 2 al. 2 lit a et b LDFR)¹¹⁶, ainsi qu'aux immeubles à usage mixte qui ne sont pas partagés en une partie agricole et une partie non agricole (art. 2 al. 2 lit. d LDFR)¹¹⁷. Ainsi, n'est pas un immeuble agricole, celui qui ne se trouve pas dans une zone à bâtir mais qui ne peut pas être affecté à l'usage agricole¹¹⁸, ainsi que celui qui est en zone à bâtir, et qui ne fait pas partie d'une entreprise agricole, qu'il soit bâti ou pas, et même s'il est affecté à l'usage agricole¹¹⁹. Demeure par ailleurs réservé tout immeuble de peu d'importance qui ne fait pas partie d'une entreprise agricole au sens de l'art. 2 al. 3 LDFR¹²⁰.
- ¹²⁰ La LDFR s'applique également aux forêts qui font partie d'une entreprise agricole, aux immeubles situés en partie dans une zone à bâtir, tant qu'ils ne sont pas partagés conformément aux zones d'affectation, et à l'immeuble à usage mixte, savoir en partie affecté à l'usage agricole et en partie à l'usage non agricole au sens de l'art. 2 al. 2 litt. b etc.
- ¹²¹ Sont également assimilés à des immeubles agricoles les parts de copropriété sur un immeuble agricole (art. 3 al. 1 LDFR)¹²¹, ainsi que les droits

¹¹⁴ Voir supra No 105.

¹¹⁵ EMERY, p. 35 No 92.

¹¹⁶ Quant à l'immeuble qui ne se trouve que partiellement en zone à bâtir, il ne pourra être désassujéti de la LDFR tant qu'il ne sera pas divisé conformément aux zones d'affectation (art. 2 al. 2 litt. c et art. 60 al. 1 litt. a LDFR. Arrêt du Tribunal administratif du canton de Berne du 23 juillet 1999, BVR 1999 537 = RNRF 2001 p. 83). DONZALLAZ, *Pratique*, p. 39 No 25. EMERY, p. 35 No 92.

¹¹⁷ *Message*, p. 915.

¹¹⁸ De tels immeubles peuvent faire l'objet d'une mention de non assujétissement au Registre foncier au sens de l'art. 86 al. 1 lit b LDFR, à la demande du propriétaire, et qui sera requise, à Genève, par la Commission foncière agricole (art. 10 RLALDFR).

¹¹⁹ DONZALLAZ, *Commentaire*, p. 32, No 46, Co-LDFR-HOFER, No 6 ad art. 6.

¹²⁰ EMERY, p. 42 No 113.

¹²¹ EMERY, p. 39 No 103.

de jouissance et de participation aux allmends, alpages, forêts et pâturages (art. 6 al. 2 LDFR).

III. La titularité du droit

a) La cessibilité et la transmissibilité du droit de préemption

¹²² La question de la cessibilité et de la transmissibilité se pose pour le droit conventionnel, qui lie uniquement les parties au pacte au moment de la constitution, à l'exclusion du droit légal¹²². Ainsi, en cas de décès du préempteur, sauf convention contraire, le droit de préemption est transmis de par la loi à ses héritiers, et est incessible en vertu de l'art. 216b al. 1 CO. La question se pose si la clause d'intransmissibilité et/ou de cessibilité doit être convenue au moment de la constitution du droit, ou au contraire si elle peut être adoptée ultérieurement. Reste également à déterminer si la convention doit être couverte par une forme particulière.

¹²³ B. FOËX admet que la cessibilité peut être convenue entre les parties ultérieurement. En vertu de l'art. 12 CO, cette clause devra revêtir la forme prévue par le pacte de constitution¹²³. Nous rejoignons l'opinion de cet auteur. Nous pensons par ailleurs que ce principe s'applique tant à la clause de cessibilité qu'à celle d'intransmissibilité.

¹²⁴ En effet, le droit de préemption conventionnel relève de la liberté contractuelle. Ainsi, nous ne voyons pas pourquoi le législateur aurait voulu contraindre les parties à stipuler l'intransmissibilité et/ou la cessibilité au moment de la constitution du droit. Une convention ultérieure est tout à fait admissible.

¹²⁵ Par ailleurs, l'intransmissibilité et la cessibilité concernent la nature du droit et non pas les conditions de son exercice. Or, la forme authentique n'est déterminée qu'en fonction de ces dernières. Ainsi, un pacte de préemption intransmissible et/ou cessible devra être revêtu de la forme authentique si les conditions d'exercice du droit sont limitatives, et de la forme écrite dans le cas contraire¹²⁴. De même, l'adoption ultérieure d'une clause d'intransmissibilité et/ou de cessibilité devra être couverte de la forme authentique si elle concerne un droit dont les conditions d'exercice sont limitatives, et de la forme écrite dans le cas contraire, conformément à l'art. 12 CO.

¹²² Pour le droit légal, le bénéficiaire du droit est défini génériquement, de par la loi. Tel sera le cas du copropriétaire si une part de copropriété est cédée, du superficiant, voire du superficiaire (art. 682 CC) ; ainsi que du parent exploitant agricole, du fermier, ou du copropriétaire d'une exploitation agricole (art. 42 ss LDFR). Dès lors, la personne du préempteur sera celle à laquelle s'appliqueront les conditions prévues par la loi, au moment de la réalisation du cas de préemption.

¹²³ FOËX, SJ 1994, p. 397, en particulier n. 119.

¹²⁴ BaK-Hess No 4 ad art. 216b. CoRo-FoËX No 6 ad art. 216b.

b) La reprise du droit de préemption et la stipulation pour autrui

La reprise du droit de préemption ne vise pas le préempteur, mais le vendeur.¹²⁶ En effet, qu'en est-il si ce dernier venait à décéder, à fusionner, ou simplement à aliéner l'immeuble sans que cela constitue un cas d'exercice du droit de préemption ? Là aussi, la question concerne le droit conventionnel, à l'exclusion du droit légal¹²⁵. Elle n'est pas réglée par les art. 216 ss CO.

1. La reprise du droit de préemption

En cas de succession universelle, les obligations du vendeur sont reprises de par la loi par son successeur¹²⁶. En revanche, si l'immeuble grevé venait à être aliéné, sans que ce soit un cas d'exercice du droit, la question de la reprise du droit par le tiers acquéreur se poserait. Il y aurait lieu de distinguer, dès lors, la reprise de dette interne et celle externe.

En effet, si au moment de l'aliénation, le tiers acquéreur consent, avec l'accord du vendeur et du préempteur à une reprise du droit de préemption, nous pouvons admettre une reprise de dette externe (art. 176 CO), de sorte que le tiers acquéreur reprend vis-à-vis du préempteur l'ensemble des droits et obligations du vendeur. Si le préempteur n'accepte pas cette reprise, celle-ci ne pourra être qu'une reprise de dette interne (art. 175 CO), qui ne sera pas opposable au préempteur.¹²⁸

Par ailleurs, sous quelle forme et à quel moment la reprise du droit doit-elle intervenir ? Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que « si le contrat générateur de l'obligation originaire n'est pas soumis à une forme spéciale en raison de la nature particulière de la prestation promise, la reprise de dette n'est pas soumise non plus à une forme particulière »¹²⁷. Or, dans le cadre de la création d'un droit de préemption conventionnel, le Conseil fédéral a précisé que la forme authentique permettait de « préserver celui qui est grevé du droit de préemption de devoir consentir une vente à vil prix de son immeuble »¹²⁸. Ainsi, dans le cadre de la constitution d'un droit de préemption conventionnel, la forme authentique ne se justifie pas par la nature particulière de la prestation promise, mais pour prévenir un engagement irréflecti du propriétaire. Dès lors, la reprise du droit de préemption par le tiers acquéreur

¹²⁵ Pour le droit légal, le bénéficiaire du droit est défini génériquement, de par la loi. Tel sera le cas du copropriétaire si une part de copropriété est cédée, du superficiant, voire du superficiaire (art. 682 CC) ; ainsi que du parent exploitant agricole, du fermier, ou du copropriétaire d'une exploitation agricole (art. 42 ss LDFR).

¹²⁶ Art. 602 al. 1 CC, art. 181 al. 1 CO, art. 75 al. 1 Lfus.

¹²⁷ ATF 110 II 342, nt.

¹²⁸ Message, p. 1014.

n'est pas soumise à la forme authentique¹²⁹, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

¹³⁰ Nous n'approuvons pas cette jurisprudence. En effet, nous pensons que si le législateur a voulu, en imposant la forme authentique, protéger le propriétaire d'un immeuble d'un engagement inconsideré¹³⁰, il y a lieu que le tiers acquéreur qui reprend le droit de préemption bénéficie également de cette protection. Ainsi, au regard du principe de la sécurité du droit, nous pensons qu'il aurait été opportun que tant la création que la reprise du droit de préemption soient soumises à la même forme. Ainsi, à l'instar de la clause de cessibilité¹³¹, si le droit de préemption doit être constitué en la forme authentique, cette dernière devrait également s'imposer en cas de reprise du droit par un tiers acquéreur. Dans le cas contraire, la forme écrite suffit.

¹³¹ Finalement, la reprise du droit peut intervenir soit au moment de l'aliénation du bien soit ultérieurement. Cependant, dans l'intérêt du vendeur, nous pensons qu'elle devrait intervenir au moment de la signature de l'acte d'aliénation. En effet, tant que la reprise du droit n'a pas été conclue avec le tiers acquéreur, le vendeur reste lié et risque d'engager sa responsabilité pour impossibilité subséquente d'exécution, si un cas de préemption se réalisait entre temps (art. 97 ss CO). Par ailleurs, en matière d'aliénation d'immeuble, la forme authentique se justifie afin de protéger les parties d'une décision irréflective¹³². Ainsi, l'inclure dans l'acte d'aliénation permet d'éviter un second passage chez l'officier public si le droit de préemption est limitatif¹³³.

2. *La stipulation pour autrui*

¹³² Si finalement, le tiers acquéreur ne souhaite pas reprendre le droit de préemption à sa charge, une stipulation pour autrui¹³⁴ devrait être conclue¹³⁵, au terme de laquelle le tiers acquéreur s'engage à l'égard du vendeur (rapport de couverture) à vendre au préempteur (rapport de valeur), en cas de réalisation d'un cas de préemption et aux clauses et conditions convenues dans le pacte de préemption, si ce dernier souhaite acquérir le bien, au risque pour

¹²⁹ Elle peut avoir lieu oralement ou par acte concluant. Voir ENGEL, *Traité des obligations*, p. 895. CoRo-PROBST, No 2 ad art. 175.

¹³⁰ ATF 118 II 32 = JdT 1992 I 387. BaK-LAIM No 1 ad art. 657 CC. ENGEL, *Les contrats*, p. 102. FoÈx, SJ 1994, 394. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 55 No 1544.

¹³¹ Voir supra No 125. BaK-HESS No 4 ad art. 216b. CoRo-FoÈx No 6 ad art. 216b.

¹³² ATF 118 II 32 = JdT 1992 I 387. BaK-LAIM No 1 ad art. 657 CC. ENGEL, *Les contrats*, p. 102. FoÈx, SJ 1994, 394. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 55 No 1544.

¹³³ Voir supra Nos 63 ss.

¹³⁴ Art. 112 CO.

¹³⁵ Le tiers acquéreur peut préférer vouloir conclure une stipulation pour autrui, plutôt qu'une reprise du droit, afin d'éviter les garanties prévues aux art. 178 ss CO. Quant au préempteur, il conservera les exceptions qu'il aurait à l'encontre du vendeur, si le pacte de préemption n'est pas résilié. Tel sera le cas notamment si la stipulation pour autrui n'est pas parfaite.

le vendeur de se trouver, dans le cas contraire, dans une impossibilité subséquente d'exécuter ses engagements, et ainsi d'engager sa responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO). La stipulation sera parfaite si le préempteur accepte. Elle sera imparfaite dans le cas contraire¹³⁶. Demeure toutefois réservé l'effet propter rem de l'annotation du droit de préemption au Registre foncier¹³⁷.

Comme pour la reprise du droit ci-dessus, se pose la question de la forme et du moment auquel doit intervenir la stipulation pour autrui. Ni le Tribunal fédéral ni la doctrine ne se sont prononcés en la matière. ¹³³

Par ailleurs, la nature de la stipulation pour autrui est controversée en doctrine. Ainsi, pour P. ENGEL, elle « est une convention par laquelle un sujet (A) se fait promettre par un autre (B) une prestation en faveur d'un tiers (C) »¹³⁸. En revanche, selon S. TEVINI DU PASQUIER, la stipulation pour autrui « n'est pas un contrat, il s'agit d'un mode spécialement convenu de l'exécution de l'obligation, valable pour tout contrat générateur d'obligations »¹³⁹. ¹³⁴

Nous partageons l'opinion de P. ENGEL. Ainsi, nous pensons que la stipulation pour autrui est un contrat. Elle doit être couverte par la forme authentique, chaque fois que cette dernière porte sur la promesse d'aliéner un bien immobilier, en particulier l'engagement du tiers acquéreur à l'égard du vendeur de vendre le bien au préempteur, si un cas de préemption se réalisait, que le droit du préempteur soit limitatif ou pas. ¹³⁵

En effet, la stipulation pour autrui représente l'engagement du tiers acquéreur de vendre le bien immobilier acquis, si un cas de préemption se réalise. A ce titre, elle devrait être couverte par la forme authentique (art. 216 al. 2 CO. art. 22 al. 2 CO)¹⁴⁰. ¹³⁶

Or, si la stipulation pour autrui est qualifiée de contrat, à l'instar de P. ENGEL, elle sera couverte par la forme authentique dans la mesure où l'engagement porte sur un bien immobilier. ¹³⁷

Si en revanche, la définition de S. TEVINI DU PASQUIER était prise en considération, la stipulation pour autrui, en tant que mode d'exécution, ferait partie du contrat d'aliénation du bien immobilier, passé avec le tiers acquéreur en la forme authentique en vertu de l'art. 216 al. 1 CO. Toutefois, selon le Tribunal fédéral, « seuls les faits et déclarations de volonté, qui constituent, selon le droit civil, des points essentiels de l'acte juridique » doivent être ¹³⁸

¹³⁶ Quant à la définition et à l'étendue de la stipulation pour autrui, voir notamment ENGEL, *Traité des obligations*, p. 417 ss. TERCIER, *Le droit des obligations*, p. 189, No 941 ss.

¹³⁷ ATF 116 II 49 = JdT 1992 I 66. TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1145. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 133 No 1706.

¹³⁸ ENGEL, *Traité des obligations*, p. 417, No 90.

¹³⁹ CoRo-TEVINI DU PASQUIER, No 2 ad. art. 112.

¹⁴⁰ FoEX, Sj 1994, p. 395.

couverts par la forme authentique¹⁴¹. Ainsi, pour savoir si cette forme doit également couvrir la stipulation pour autrui, il y a lieu d'examiner si cette dernière constitue un élément essentiel du contrat d'aliénation¹⁴².

¹³⁹ Le Tribunal fédéral a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de rappeler que les éléments objectivement essentiels d'un contrat (*essentialia negotii*) sont tous les éléments nécessaires au type de contrat considéré¹⁴³, alors que les éléments subjectivement essentiels sont ceux qui, aux yeux d'une des parties du moins, sont aussi importants que les *essentialia negotii*, de sorte que la conclusion du contrat n'est pas envisageable si l'accord des parties ne portait pas également sur ces points¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Ces principes appliqués à la définition de S. TEVINI DU PASQUIER signifieraient que la stipulation pour autrui, en tant que mode d'exécution, n'est pas un élément objectivement essentiel du contrat d'aliénation entre le vendeur et le tiers acquéreur. Toutefois, elle pourrait être subjectivement essentielle, et donc couverte par la forme authentique, si telle était la volonté d'au moins une des parties. Nous devrions donc admettre, que la stipulation pour autrui, qui est une promesse par le tiers acquéreur de vendre le bien immobilier acquis, pourrait ne pas être couverte par la forme authentique, si les parties ne la considèrent pas comme un élément subjectivement essentiel du contrat d'aliénation, alors même que l'engagement porte sur un bien immobilier et devrait donc être couvert par la forme authentique (art. 216 al. 2 CO. art. 22 al. 2 CO)¹⁴⁵.

¹⁴¹ Nous ne pouvons donc pas retenir la définition de S. TEVINI DU PASQUIER. Nous considérons que la stipulation pour autrui est un contrat, et si elle est conclue dans le cadre d'une aliénation immobilière, elle doit être couverte par la forme authentique.

¹⁴² Ainsi, en tant que contrat, la stipulation pour autrui est indépendante de l'acte d'aliénation conclu entre le tiers acquéreur et le vendeur. Elle peut donc intervenir simultanément ou postérieurement à ce dernier. Toutefois, comme pour la reprise de dette, nous préconisons que les deux contrats soient conclus simultanément, afin d'éviter une éventuelle responsabilité du vendeur pour impossibilité subséquente d'exécution, ainsi que d'économiser deux actes authentiques.

¹⁴¹ ATF 106 II 148 = JdT 1980 I 580.

¹⁴² Notamment ATF 111 II 145 nt.

¹⁴³ Notamment pour une vente, les parties, l'objet de la vente, le prix, et la volonté de vendre et d'acquérir ; pour une donation, les parties, l'objet de la donation et la volonté d'aliéner et d'acquérir à titre gratuit.

¹⁴⁴ Notamment ATF 97 II 55 = JdT 1972 I 52.

¹⁴⁵ FoÈx, Sj 1994, p. 395.

c) La propriété collective

En tant que droit personnel, le droit de préemption est un droit subjectif¹⁴⁶ qui engage une personne (le vendeur) à l'égard d'une autre personne (le préempteur). Toutes deux sont des sujets de droits, tels qu'une personne physique (art. 11 CC), une personne morale¹⁴⁷, une société en nom collectif (art. 562 CO) ou une société en commandite (art. 602 CO), savoir des entités à qui, sans être une personne morale, l'ordre juridique reconnaît une quasi personnalité juridique, savoir la capacité, sous une raison sociale, d'acquérir des droits, de s'engager, d'actionner et d'être actionné (art. 562 et 602 CO)¹⁴⁸.

Qu'en est-il toutefois de la propriété commune, savoir de la communauté héréditaire (art. 602 ss CC) (1), de la société simple (art. 530 ss Co) (2), de l'indivision (art. 336 ss CC) (3), ou de la communauté des biens (art. 221 ss CC) (4)? La même question se pose pour la communauté des copropriétaires ordinaires (art. 646 ss CC) ou d'une propriété par étages (art. 712a ss CC) (5)?

1. La communauté héréditaire

La communauté héréditaire est constituée de tous les héritiers du de cuius, à l'exclusion des légataires (art. 484 ss CC)¹⁴⁹. Ainsi, au moment du décès du de cuius la succession s'ouvre (art. 537 al. 1 CC)¹⁵⁰, les actifs et passifs successoraux sont détenus en indivis, jusqu'au moment du partage (art. 602 al. 1 CC)¹⁵¹. Toutefois, le partage n'est pas opposable aux créanciers de la succession durant 5 ans, sauf s'ils ont consenti expressément à la reprise d'une dette par un héritier (art. 639 al. 1 CC)¹⁵². La solidarité de la succession cesse toutefois 5 ans après le partage, ou dès son exigibilité (art. 639 al. 2 CC)¹⁵³. L'Hoirie est gérée en commun par tous les héritiers, qui prennent les décisions à l'unanimité (art. 602 al. 2. CC)¹⁵⁴, sous réserve de la désignation d'un

¹⁴⁶ STEINAUER P.-H., *Les droits réels I*, p. 17, No 7.

¹⁴⁷ Le droit suisse connaît un *numerus clausus* des personnes morales, soit : l'association (art. 60 ss CC), la fondation (art. 80 ss CC), la société anonyme (art. 620 ss CO), la société à responsabilité limitée (art. 772 ss CO), et la société coopérative (art. 828 ss CO).

¹⁴⁸ CoRo-RECORDON No 1 ad art. 562 et No 1 ad art. 602.

¹⁴⁹ BaK-SCHAUFELBERGER No 3 ad art. 602. STEINAUER P.-H., *Le droit des successions*, p. 57 No 35. BeK-TUOR/PICENONI No 3 ad art. 602.

¹⁵⁰ BeK-TUOR/PICENONI No 3 ad art. 602. SCHWANDER No 6 ad art. 537. STEINAUER P.-H., *Le droit des successions*, p. 414 No 852. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, p. 636.

¹⁵¹ BaK-SCHAUFELBERGER No 9 ad art. 602. STEINAUER P.-H., *Le droit des successions*, p. 559 No 35. WOLF, p. 27.

¹⁵² GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 276 No 578.

¹⁵³ STEINAUER P.-H., *Le droit des successions*, p. 647 No 1400.

¹⁵⁴ Notamment ATF 121 III 118 = JdT 1995 I 274. BaK-SCHAUFELBERGER No 16 ad art. 602. STEINAUER P.-H., *Le droit des successions*, p. 565 No 1213. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, p. 669.

exécuteur testamentaire (art. 517 al.1 CC)¹⁵⁵, d'un représentant de la communauté héréditaire (art. 602 al. 3 CC)¹⁵⁶, d'un liquidateur officiel (art. 595 al. 1 CC)¹⁵⁷ ou d'un administrateur d'office (art. 554 CC)¹⁵⁸.

1.1 *La cessibilité du droit de préemption conventionnel dans le cadre du partage successoral*

¹⁴⁶ Ainsi, dès le décès du bénéficiaire, le droit de préemption conventionnel fait partie de l'actif successoral, de sorte que tous les héritiers en sont bénéficiaires conjointement (art. 602 al. 1 CC)¹⁵⁹, dans la mesure où le droit de préemption conventionnel est transmissible au sens de l'art. 216b CO. Par ailleurs, le vendeur n'a aucun droit de regard sur le partage successoral, dans la mesure où les héritiers partagent la succession comme ils l'entendent (art. 607 al. 2 CC)¹⁶⁰. Ainsi, si le droit de préemption est attribué à un ou plusieurs héritiers, il ne peut pas s'y opposer.

1.2 *La reprise du droit de préemption conventionnel dans le cadre du partage successoral*

¹⁴⁷ Si par ailleurs, la succession comprend un bien immobilier qui fait l'objet d'un droit de préemption conventionnel, tous les héritiers en répondent solidairement. Cette responsabilité s'étend pendant 5 ans au-delà du partage ou de l'exigibilité du droit, sauf si le préempteur accepte expressément la reprise du droit par un ou plusieurs héritiers (art. 639 al. 1 et 2 CC)¹⁶¹. Ainsi, si au moment du partage¹⁶², l'immeuble, objet du droit, est attribué à l'un des héritiers, ses cohéritiers se trouveront dans une impossibilité subséquente d'exécuter leurs engagements à l'égard du préempteur, si un cas de préemption se réalise. C'est pourquoi, au moment du partage, il est important que l'attributaire reprenne également les engagements résultant du droit de

¹⁵⁵ L'exécuteur testamentaire est désigné par le de cujus, et a un pouvoir d'administration et de disposition indépendant des héritiers (ATF 90 II 376 = JdT 1965 I 336).

¹⁵⁶ Le représentant de la communauté est désigné unanimement par les héritiers, ou à la demande d'un ou plusieurs héritiers par l'autorité compétente. Ses pouvoirs sont controversés en doctrine. Ils dépendent de la décision de l'autorité qui, selon les circonstances, peut lui conférer notamment le pouvoir de disposition. STEINAUER, *Les successions*, p. 570 Nos 1224 ss.

¹⁵⁷ Le liquidateur représente et administre la succession en son propre nom (ATF 130 II 97 = SJ 2004 349). En particulier, il a le pouvoir de disposer. STEINAUER, *Les successions*, p. 508 No 1068.

¹⁵⁸ L'administration d'office est une mesure de sûreté. Le rôle de l'administrateur est purement conservatoire. Il ne peut pas disposer de la succession, sauf si c'est dans l'intérêt de celle-ci (GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 213 No 440) et avec l'accord de l'autorité de surveillance (art. 595 al. 3 par analogie).

¹⁵⁹ BaK-SCHAUFELBERGER No 9 ad art. 602. STEINAUER P.-H., *Le droit des successions*, p. 559 No 35. WOLF, p. 27.

¹⁶⁰ GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 261 No 543. BaK-SCHAUFELBERGER No 5 ad art. 607. STEINAUER P.-H., *Le droit des successions*, p. 579 No 1245.

¹⁶¹ GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 276 No 578. STEINAUER P.-H., *Le droit des successions*, p. 647 No 1400.

¹⁶² Le partage n'est pas un cas de préemption sauf s'il est convenu par les héritiers eux-mêmes. Voir supra Nos 9 ss.

préemption, voire convienne d'une stipulation pour autrui, afin d'éviter que les autres cohéritiers puissent engager leur responsabilité¹⁶³.

1.3 *Le droit de préemption légal dans le cadre du partage successoral*

Finally, les questions relatives à la cessibilité et à la reprise du droit de préemption dans le cadre du partage successoral ne concernent toutefois pas le droit de préemption légal dans la mesure où le préempteur et le vendeur sont désignés génériquement, de par la loi, au moment de l'exercice du droit. ¹⁴⁸

2. *La société simple*

La société simple est un contrat qui « tend à créer une communauté d'intérêts »¹⁶⁴. La société n'a pas de personnalité juridique de sorte que les associés sont propriétaires en commun de tous les droits acquis au nom de la société, et répondent solidairement de toutes les obligations contractées au nom de celle-ci (art. 544 al. 1 et 3 CO)¹⁶⁵. Ainsi, si un droit de préemption est constitué en faveur de la société simple, il l'est en faveur de tous les associés. Inversement, s'il est créé sur un immeuble propriété de la société simple, soit des associés en propriété commune, il engage ces derniers, tous solidairement. Le préempteur est en droit de se retourner contre chaque associé individuellement¹⁶⁶, si le droit de préemption n'est pas respecté, à charge pour l'incriminé de se retourner contre ses associés, si nécessaire (art. 148 CO)¹⁶⁷. La responsabilité des associés s'étend au-delà de la dissolution de la société (art. 551 CO)¹⁶⁸. Chaque associé peut gérer la société, sauf convention qui délègue unanimement la gestion à un ou plusieurs associés (art. 535 CO)¹⁶⁹. L'associé gérant sera soumis aux règles sur le mandat, sauf convention contraire (art. 540 al. 1 CO)¹⁷⁰. ¹⁴⁹

2.1 *La cessibilité du droit de préemption conventionnel dans le cadre de la dissolution de la société simple*

Si la société simple est préempteur, lors de sa dissolution, le droit de préemption ne s'éteint pas dans la mesure où les associés sont nominalement cotitulaires du droit (art. 544 al. 1 CO)¹⁷¹. Toutefois, si le droit est ¹⁵⁰

¹⁶³ Voir supra Nos 127 ss et 132 ss.

¹⁶⁴ ENGEL, *Traité des obligations*, p. 695.

¹⁶⁵ CoRo-CHAIX ad art. 544 Nos 3 et 10.

¹⁶⁶ Demeure réservée toute convention contraire au sens de l'art. 544 al. 3 CC.

¹⁶⁷ ATF 103 II 137. CoRo-ROMY CO I ad art. 148 No 1.

¹⁶⁸ CoRo-CHAIX ad art. 551 No 1.

¹⁶⁹ Arrêt de la Cour de Justice de Genève du 04.12.1981 = SJ 1982 251 c. 2a. CoRo-CHAIX ad art. 535 No 3.

¹⁷⁰ CoRo-CHAIX ad art. 540 No 2.

¹⁷¹ CoRo-CHAIX ad art. 544 No 3.

conventionnel, les associés peuvent, lors de la liquidation de la société, céder le droit à un ou plusieurs d'entre eux¹⁷². Dans le cas contraire, tous les associés restent cotitulaires du droit de préemption, qui devra être exercé conjointement. Demeure par ailleurs réservée la cessibilité du droit. En effet, si celle-ci n'a pas été convenue, la cession du droit à l'un ou plusieurs des associés ne peut avoir lieu qu'avec l'accord du vendeur.

¹⁵¹ Qu'en est-il de la sortie d'un des associés ? Elle est également une cause de dissolution de la société en vertu de l'art. 545 al. 1 ch. 6 CO, de sorte que les considérations ci-dessus s'appliquent. Toutefois, les associés peuvent convenir que la sortie d'un des associés ne constitue pas une cause de dissolution¹⁷³. Dans cette hypothèse, les associés restants deviennent seuls bénéficiaires du droit de préemption, si l'associé sortant leur cède son droit¹⁷⁴. Dans le cas contraire, l'associé sortant reste titulaire du droit de préemption, conjointement avec ses anciens associés¹⁷⁵. Demeure par ailleurs réservée la cessibilité du droit. Si celle-ci n'a pas été convenue, la cession par l'associé sortant à l'un ou à plusieurs des associés ne peut avoir lieu qu'avec l'accord du vendeur.

¹⁵² Finalement, la dissolution peut aussi intervenir suite au décès d'un des associés, sauf convention contraire (art. 545 al. 1 ch. 2 CO). Les héritiers reprennent, en communauté héréditaire jusqu'au partage (art. 602 al. 1 CC)¹⁷⁶, les droits du défunt, sans que le vendeur puisse s'y opposer, dans la mesure où le droit de préemption conventionnel est transmissible de par la loi, sauf convention contraire au sens de l'art. 216b al. 1 CO. Ainsi, si le décès est une cause de dissolution de la société simple, les héritiers du défunt deviennent cotitulaires, en communauté héréditaire, du droit de préemption, conjointement avec les anciens associés, sauf s'ils cèdent leur droit. Si la cessibilité du droit de préemption n'a pas été convenue lors de la constitution, l'attribution du droit à l'un ou plusieurs des associés ne peut avoir lieu qu'avec l'accord du vendeur. Si le décès n'est pas une cause de dissolution, les héritiers deviennent cotitulaires, en communauté héréditaire, du droit de préemption, conjointement avec les autres associés au sein de la société simple.

¹⁷² L'associé sortant peut céder son droit à un associé, à plusieurs associés, voire à tous les associés restants proportionnellement à leur droit, selon les accords qui auront été passés au moment de la constitution de la société ou ultérieurement.

¹⁷³ ENGEL, *Traité des obligations*, p. 724.

¹⁷⁴ 4A_30/2008 = RNRF 2010 p. 124. ATF 116 II 49 = RNRF 64, p. 109. L'associé sortant peut céder son droit à un associé, à plusieurs associés, voire à tous les associés restants proportionnellement à leur droit, selon les accords qui auront été passés au moment de la constitution de la société ou ultérieurement.

¹⁷⁵ Le Tribunal fédéral a toutefois eu l'occasion de préciser que si l'associé sortant renonce à exercer le droit, les autres associés restants voient leur droit s'accroître (ATF 116 II 49 = JdT 1992 I 66).

¹⁷⁶ BaK-SCHAUFELBERGER No 9 ad art. 602. STEINAUER P.-H., *Le droit des successions*, p. 559 No 35. WOLF, p. 27.

2.2 *La reprise du droit de préemption conventionnel dans le cadre de la dissolution de la société simple*

Si la société est propriétaire d'un immeuble qui fait l'objet d'un droit de préemption, les engagements, pris à l'égard du tiers préempteur, s'étendent au-delà de la dissolution de la société (art. 551 CO)¹⁷⁷. Ainsi, si au moment de la liquidation, l'immeuble, objet du droit, est conservé par l'un des associés, les autres associés se trouveront dans une impossibilité subséquente d'exécuter leurs engagements à l'égard du préempteur, si un cas de préemption se réalise. C'est pourquoi, afin d'éviter que ces derniers puissent engager leur responsabilité, il est important que l'associé, qui conserve l'immeuble, stipule reprendre à sa charge exclusive le droit de préemption, voire qu'il convienne d'une stipulation pour autrui¹⁷⁸.

2.3 *Le droit de préemption légal dans le cadre de la dissolution de la société simple*

Les questions relatives à la cessibilité et à la reprise du droit de préemption dans le cadre de la dissolution de la société simple ne concernent toutefois pas le droit de préemption légal dans la mesure où le préempteur et le vendeur sont désignés génériquement, de par la loi, au moment de l'exercice du droit.

3. *L'indivision*

L'indivision de famille (art. 336 ss CC) est un contrat¹⁷⁹ par lequel plusieurs membres d'une même famille¹⁸⁰ décident d'exploiter ou de jouir d'un bien ou d'un patrimoine en commun. L'indivision¹⁸¹ n'a pas de personnalité juridique de sorte que les indivis sont propriétaires en commun de tous les droits acquis au nom de l'indivision, et répondent solidairement de toutes les obligations contractées au nom de celle-ci conformément à l'art. 342 al. 1 et 2 CC. La loi distingue l'indivision avec exploitation commune (art. 339 ss CC), et celle en participation (art. 347 ss CC). La première est gérée et administrée conjointement par tous les indivis, sauf désignation d'un chef de l'indivision, qui représente et dirige l'exploitation (art. 341 al. 1 et 2 CC)¹⁸²; alors que la seconde est gérée et administrée par l'exploitant (art. 347 al. 1 CC).

¹⁷⁷ CoRo-CHAIX No 1 ad art. 551.

¹⁷⁸ Voir supra Nos 127 ss et 132 ss.

¹⁷⁹ Il est passé en la forme authentique (art. 337 CC).

¹⁸⁰ Pour une définition des membres de l'indivision, BADDELEY, *L'indivision*, p. 57.

¹⁸¹ ATF 51 III 59.

¹⁸² Pour faire valoir ses pouvoirs de représentation à l'égard des tiers, le chef de l'indivision doit être inscrit au Registre du commerce (art. 341 al. 3 CC).

3.1 *La cessibilité du droit de préemption conventionnel dans le cadre de la dissolution de l'indivision*

¹⁵⁶ Si l'indivision est préempteur, lors de sa dissolution, le droit de préemption ne s'éteint pas dans la mesure où les indivis sont nominalement cotitulaires du droit. Toutefois, si le droit est conventionnel, les indivis peuvent, lors de la liquidation de l'indivision, céder le droit à un ou plusieurs d'entre eux¹⁸³. Dans le cas contraire, tous les indivis restent cotitulaires du droit de préemption, qui devra être exercé conjointement. Demeure par ailleurs réservée la cessibilité du droit. En effet, si celle-ci n'a pas été convenue, la cession du droit à l'un ou plusieurs des indivis ne peut avoir lieu qu'avec l'accord du vendeur.

¹⁵⁷ En cas de sortie d'un des indivis, les indivis restants peuvent poursuivre l'indivision en désintéressant leur coindivis¹⁸⁴. Ainsi, les indivis restants deviennent seuls bénéficiaires du droit de préemption, si le coindivis sortant leur cède son droit. Dans le cas contraire, le coindivis sortant reste titulaire du droit de préemption, conjointement avec ses anciens indivis. Demeure par ailleurs réservée la cessibilité du droit. Si celle-ci n'a pas été convenue, la cession par le coindivis sortant à l'un ou à plusieurs des indivis ne peut avoir lieu qu'avec l'accord du vendeur.

¹⁵⁸ En cas de décès d'un des indivis, ses héritiers entrent dans l'indivision, s'ils sont des descendants, et moyennant le consentement des autres indivis (art. 345 al. 2 CC). Dans une telle hypothèse, les héritiers reprennent, en communauté héréditaire jusqu'au partage (art. 602 al. 1 CC)¹⁸⁵, les droits du défunt, sans que le vendeur puisse s'y opposer, dans la mesure où le droit de préemption conventionnel est transmissible de par la loi, sauf convention contraire au sens de l'art. 216b al. 1 CO. Ainsi, les héritiers du défunt deviennent cotitulaires, en communauté héréditaire, du droit de préemption, conjointement avec les autres indivis, sauf s'ils cèdent leur droit. Si la cessibilité n'a pas été convenue, l'attribution du droit à l'un ou plusieurs des indivis ne peut avoir lieu qu'avec l'accord du vendeur.

¹⁵⁹ Si les héritiers ne sont pas des descendants ou si les autres indivis ne souhaitent pas les accepter dans l'indivision, les héritiers doivent demander la liquidation de leur droit (art. 345 al. 1 CC). Ainsi, les indivis restants deviennent seuls bénéficiaires conjointement du droit de préemption (art. 342 al. 1 CC), moyennant désintéressement des héritiers du coindivis décédé. Si la

¹⁸³ L'indivis peut céder son droit à un associé, à plusieurs associés, voire à tous les associés restants proportionnellement à leur droit, selon les accords qui auront été passés au moment de la constitution de la société ou ultérieurement.

¹⁸⁴ Tel sera le cas lors de la dénonciation du contrat d'indivision, de la faillite de l'indivis sortant, de la réalisation forcée suite à la saisie de la part de l'indivis (art. 344 al. 1 CC) ou du mariage de l'indivis (art. 344 al. 2 CC).

¹⁸⁵ BaK-SCHAUFELBERGER No 9 ad art. 602. STEINAUER P.-H., *Le droit des successions*, p. 559 No 35. WOLF, p. 27.

cessibilité n'a pas été convenue, l'attribution du droit à l'un ou plusieurs des indivis ne peut avoir lieu qu'avec l'accord du vendeur. Dans le cas contraire, les héritiers deviennent cotitulaires, en communauté héréditaire jusqu'au partage (art. 602 al. 1 CC)¹⁸⁶, des droits du défunt, sans que le vendeur puisse s'y opposer, dans la mesure où le droit de préemption conventionnel est transmissible de par la loi, sauf convention contraire au sens de l'art. 216b al. 1 CO. Ainsi, le droit de préemption sera détenu en partie par l'hoirie de l'indivis défunt, soit ses héritiers, et en partie par l'indivision, soit les autres indivis.

3.2 *La reprise du droit de préemption conventionnel dans le cadre de la dissolution de l'indivision*

Si l'indivision est propriétaire d'un immeuble qui fait l'objet d'un droit de préemption, les engagements, pris à l'égard du tiers préempteur, s'étendent solidairement aux indivis (art. 342 al. 2 CC). Ainsi, si au moment de la liquidation, l'immeuble, objet du droit, est conservé par l'un des indivis, les autres coindivis se trouveront dans une impossibilité subséquente d'exécuter leurs engagements à l'égard du préempteur, si un cas de préemption se réalise. C'est pourquoi, afin d'éviter que ces derniers puissent engager leur responsabilité, il est important que l'indivis, qui conserve l'immeuble, stipule reprendre à sa charge exclusive le droit de préemption, voire qu'il convienne d'une stipulation pour autrui¹⁸⁷.¹⁶⁰

3.3 *Le droit de préemption légal dans le cadre de la dissolution de l'indivision*

Les questions relatives à la cessibilité et à la reprise du droit de préemption dans le cadre de la dissolution de l'indivision ne concernent toutefois pas le droit de préemption légal dans la mesure où le préempteur et le vendeur sont désignés génériquement, de par la loi, au moment de l'exercice du droit.¹⁶¹

4. *La communauté de biens*

La communauté de biens (art. 221 ss CC)¹⁸⁸ est un contrat¹⁸⁹ conclu entre des époux qui conviennent d'unir, durant leur mariage, leurs biens (mobiliers et immobiliers, ainsi que les créances) dans une seule masse, qui appartient en commun aux conjoints (art. 222 al. 2 CC)¹⁹⁰. Ces derniers gèrent et¹⁶²

¹⁸⁶ BaK-SCHAUFELBERGER No 9 ad art. 602. STEINAUER P.-H., *Le droit des successions*, p. 559 No 35. WOLF, p. 27.

¹⁸⁷ Voir supra Nos 127 ss et Nos 132 ss.

¹⁸⁸ La loi distingue entre la communauté universelle (art. 222 CC), et celle réduite (art. 223 CC).

¹⁸⁹ Il est passé en la forme authentique (art. 184 CC).

¹⁹⁰ BaK-HAUSHER/AEBI-MÜLLER ad art. 221 No 3. BeK-HAUSHER/REUSSER/Geiser ad art. 221 No 44 et 47. DESCHENAU/STEINAUER/BADDELEY, p. 672 No 1453.

administrent conjointement la communauté, sous réserve de l'administration courante (art. 227 ss CC), et répondent solidairement, tant sur leurs propres biens que sur les biens communs, de leurs dettes personnelles et de celles du conjoint (art. 233 CC)¹⁹¹. Au moment de la dissolution du régime matrimonial (art. 236 ss CC) les biens communs sont partagés (art. 241 ss CC).

4.1 *La cessibilité du droit de préemption conventionnel dans le cadre de la dissolution du régime matrimonial*

¹⁶³ Si un droit de préemption fait partie de la communauté, lors de la dissolution du régime matrimonial, le droit de préemption ne s'éteint pas dans la mesure où les époux sont nominalement cotitulaires du droit (art. 222 al. 2 CC)¹⁹². Toutefois, si le droit est conventionnel, les époux peuvent, lors de la liquidation du régime, se céder mutuellement leur droit. Dans le cas contraire, les époux restent cotitulaires du droit de préemption, qui devra être exercé conjointement. Demeure par ailleurs réservée la cessibilité du droit. En effet, si celle-ci n'a pas été convenue, la cession du droit à l'un ou l'autre des époux ne peut avoir lieu qu'avec l'accord du vendeur.

4.2 *La reprise du droit de préemption conventionnel dans le cadre de la dissolution du régime matrimonial*

¹⁶⁴ Si la communauté est propriétaire d'un immeuble qui fait l'objet d'un droit de préemption, les engagements, pris à l'égard du tiers préempteur, s'étendent solidairement aux époux (art. 233 ch. 4 CC). Ainsi, si au moment de la liquidation du régime, l'immeuble, objet du droit, est conservé par l'un des époux, le conjoint se trouvera dans une impossibilité subséquente d'exécuter ses engagements à l'égard du préempteur, si un cas de préemption se réalise. C'est pourquoi, afin d'éviter que ce dernier puisse engager sa responsabilité, il est important que l'époux, qui conserve l'immeuble, stipule reprendre à sa charge exclusive le droit de préemption, voire qu'il convienne d'une stipulation pour autrui¹⁹³.

4.3 *Le droit de préemption légal dans le cadre de la dissolution du régime matrimonial*

¹⁶⁵ Les questions relatives à la cessibilité et à la reprise du droit de préemption dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial ne concernent toutefois pas le droit de préemption légal dans la mesure où le préempteur et le vendeur sont désignés génériquement, de par la loi, au moment de l'exercice du droit.

¹⁹¹ Pour plus de détails voir DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 713 Nos 1534 ss.

¹⁹² BaK-HAUSER/AEBI-MÜLLER ad art. 221 No 3. BeK-HAUSER/REUSSER/GEISER ad art. 221 No 44 et 47. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 672 No 1453.

¹⁹³ Voir supra Nos 127 ss et 132 ss.

5. *La communauté des copropriétaires ordinaires et de la propriété par étages*

La communauté des copropriétaires ordinaires est constituée de tous les copropriétaires du bien. La loi ne lui reconnaît pas la personnalité juridique. Elle n'est donc pas sujet de droit, de sorte qu'elle ne peut ni être préempteur, ni vendeur. Ainsi, un éventuel droit de préemption conventionnel devra être constitué en faveur de tous les copropriétaires nominalement¹⁹⁴. Inversement, le droit de préemption, constitué sur un bien qui fait l'objet d'une copropriété ordinaire, doit être exercé à l'encontre de tous les copropriétaires nominalement. Finalement, un droit de préemption légal existe en faveur de chaque copropriétaire qui peut être exercé, individuellement ou conjointement entre les copropriétaires, à l'encontre de tout acquéreur d'une part qui n'est pas copropriétaire (art. 682 al. 1 CC)¹⁹⁵. Les modalités de l'exercice du droit peuvent être modifiées en la forme authentique, et faire l'objet d'une annotation (art. 681b al. 1 CC). Les copropriétaires ne peuvent toutefois pas convenir, selon nous, que le droit de préemption sera exercé par la communauté des copropriétaires, dans la mesure où la personnalité juridique lui fait défaut.

Quant à la communauté des copropriétaires d'une propriété par étages,¹⁶⁷ elle est constituée de tous les copropriétaires du bien qui sont titulaires d'un droit exclusif d'utiliser et d'aménager intérieurement des parties privatives (art. 712a al. 1 CC). La loi lui reconnaît une quasi personnalité juridique, limitée « aux avoirs résultant de sa gestion » (art. 712/ CC). Est toutefois controversée en doctrine la question de savoir si la communauté des copropriétaires par étages peut être titulaire d'un droit de préemption.

Ainsi, A. WERMELINGER l'exclut¹⁹⁶, alors que M. MOOSER¹⁹⁷ l'admet, en précisant toutefois que chaque copropriétaire acquiert la part d'étage proportionnellement à sa part de copropriété. Quant à B. FOËX¹⁹⁸, il reconnaît que la communauté puisse être titulaire d'un droit de préemption dans les limites de sa gestion, et dans la mesure où elle peut être propriétaire d'un bien immobilier. Il précise finalement qu'il ne peut pas s'agir d'un droit de

¹⁹⁴ Il y aura lieu dans l'acte constitutif de définir les modalités d'exercice du droit. Ainsi, il y aurait lieu de préciser si le bien sera acquis en propriété commune, en copropriété ou si le droit pourra être exercé individuellement par chaque copropriétaire selon un ordre de priorité convenu.

¹⁹⁵ Si plusieurs copropriétaires souhaitent acquérir la part aliénée, chacun d'entre eux pourra exercer son droit proportionnellement à sa part.

¹⁹⁶ WERMELINGER, No 74 ad art. 712/CC.

¹⁹⁷ MOOSER, p. 123.

¹⁹⁸ FOËX, *Quelques questions*, p. 9.

préemption au sens de l'art. 712/ CC¹⁹⁹, car ce dernier est exclusivement réservé aux copropriétaires d'une propriété par étages.

169 Il est vrai que dans la mesure où il est admis que la communauté des copropriétaires peut acquérir un bien, nous ne voyons pas pourquoi il lui serait refusé d'être titulaire d'un droit de préemption, dans les limites de l'art. 712/ CC. Toutefois, contrairement à la doctrine majoritaire²⁰⁰, nous ne pensons pas que la capacité restreinte, accordée légalement à la communauté des copropriétaires d'une propriété par étages, permette à cette dernière d'acquérir un bien, en particulier immobilier.

170 En effet, nous pensons qu'il y a lieu de distinguer la gestion ordinaire et celle extraordinaire. La première permet de gérer le patrimoine existant de la communauté des copropriétaires de la propriété par étages. Les avoirs résultant de cette gestion, soit au sens de l'art. 712/ CC notamment « les contributions des copropriétaires et les disponibilités qui en sont tirées, ainsi que le fonds de rénovation » appartiennent à la communauté. La seconde a pour but d'augmenter le patrimoine de la communauté. Les avoirs résultant de cette gestion appartiennent, selon nous, à chaque copropriétaire proportionnellement à leurs droits au sein de la propriété par étages, à l'exclusion de la communauté. Tant la gestion ordinaire qu'extraordinaire doit être faite dans l'intérêt de la propriété par étages. Le degré de nécessité de la mesure permettra de déterminer si la décision peut être prise par un seul copropriétaire, ou au contraire à la majorité, voire à l'unanimité (art. 647 ss CC). La doctrine²⁰¹ est d'avis que la décision d'acquérir un bien immobilier doit être prise à la double majorité au sens de l'art. 647b al. 1 CC, sauf convention contraire²⁰².

171 P.-H. STEINAUER²⁰³, qui admet que la communauté puisse devenir propriétaire d'un bien, si cette acquisition est nécessaire à la gestion de la propriété par étages, cite certains exemples qui ne nous convainquent pas. En effet, dans les cas visés, bien que l'acquisition soit nécessaire, il n'en reste pas moins qu'elle augmente le patrimoine de la propriété par étages. Ainsi, il s'agit d'une gestion extraordinaire du patrimoine, de sorte que le bien acquis appartient aux copropriétaires proportionnellement à leur droit.

172 Par ailleurs, si nous admettions que la communauté des copropriétaires de la propriété par étages puisse acquérir un bien immobilier, comment cette

¹⁹⁹ Cet auteur admet par ailleurs que la plupart du temps le droit de propriété de la communauté portera sur une part de copropriété.

²⁰⁰ BeK-MEIER-HAYOZ/REY, No 35 ad art. 712/, BaK-BÖSCH, No 6 ad art. 712/, STEINAUER, *Questions choisies*, p. 315. Contra : WERMELINGER, No 74 ad art. 712/.

²⁰¹ BeK-MEIER-HAYOZ/REY, No 71 ad art. 712c, WEBER, p. 528.

²⁰² FRIEDRICH, RNRF 1966, p. 347.

²⁰³ STEINAUER, *Questions choisies*, p. 315.

propriété serait inscrite au Registre foncier ? Si nous suivons M. MOOSER²⁰⁴, qui admet le droit de préemption en faveur de la communauté, et donc implicitement la propriété, cette dernière serait inscrite en faveur des propriétaires d'étages proportionnellement à leur part et non pas en faveur de la communauté. Cela nous semble contradictoire. En effet, soit la communauté peut acquérir, et dans ce cas nous ne voyons pas pourquoi elle ne pourrait pas être inscrite comme propriétaire ; soit elle ne peut pas être propriétaire, dès lors, les propriétaires d'étages doivent être inscrits au Registre foncier proportionnellement à leur part de copropriété.

173
Finalement, toujours dans l'hypothèse selon laquelle nous admettons que la communauté puisse être propriétaire d'un bien immobilier, que se passera-t-il si elle acquiert une part de copropriété ordinaire, voire une propriété par étages ? Devrions-nous admettre que la communauté deviendrait titulaire d'un droit de préemption légal au sens de l'art. 681b al. 1 CC, voire l'art. 712l CC, ce qui est exclu par B. FOËX²⁰⁵ ?

174
Ainsi, nous pensons que la quasi personnalité juridique que la loi lui confère, ne permet pas à la communauté des copropriétaires d'une propriété par étages d'être propriétaire d'un bien immobilier, et de surcroît d'être titulaire d'un droit de préemption légal ou conventionnel, dans la mesure où l'acquisition est un acte de gestion extraordinaire qui n'est pas visé par l'art. 712l CC.

d) Le droit de préemption des parents, du fermier et des copropriétaires au regard de la LDFR

175
Au regard de la LDFR, un droit légal de préemption sur l'entreprise agricole²⁰⁶ est conféré aux parents de l'aliénateur (art. 42 al. 1 LDFR), au fermier (art. 47 al. 1 LDFR), ainsi qu'aux copropriétaires, aux parents ou au fermier de ces derniers (art. 49 LDFR). Il ne peut être exercé que par un exploitant personnel²⁰⁷.

176
Quant à l'immeuble agricole²⁰⁸, un droit légal de préemption est accordé aux descendants de l'aliénateur (art. 42 al. 2 LDFR), subsidiairement au fermier (art. 47 al. 2 et 3 LDFR). Un droit de préemption est également accordé

²⁰⁴ MOOSER, p. 123.

²⁰⁵ FOËX, *Quelques questions*, p. 9.

²⁰⁶ Voir supra Nos 99 ss.

²⁰⁷ Les art. 42 al. 1, 47 al. 1 lit. a, et 49 al. 1 ch. 1 LDFR mentionnent la personne qui entend exploiter elle-même l'entreprise et en paraît capable. Afin de faciliter la lecture du présent travail, et pour éviter des redondances inutiles, nous qualifierons d'exploitant la personne qui entend exploiter personnellement l'entreprise agricole et qui en est capable, alors que le non exploitant sera la personne qui n'entend pas exploiter le domaine et/ou qui n'en est pas capable.

²⁰⁸ Supra No 119.

au copropriétaire, qui prime celui des descendants et du fermier (art. 49 al. 2 ch. 1 et LDFR). L'immeuble doit par ailleurs se trouver dans le rayon d'exploitation usuel de la localité, de l'entreprise agricole dont le préempteur est propriétaire, ou dont ce dernier peut disposer économiquement (art. 42 al. 2, 47 al. 2 lit. b, 49 al. 2 ch. 1 et 2 LDFR). Un immeuble se trouve dans un tel rayon d'exploitation s'il « peut être rationnellement exploité à partir d'un centre commun par les mêmes forces de travail »²⁰⁹.

¹⁷⁷ Nous définirons tout d'abord les termes de « descendants », « frère et sœur ou leur enfant », « fermier » et « copropriétaire » (1). Nous analyserons ensuite la qualité d'exploitant à titre personnel (2). Nous nous attarderons finalement sur la situation du conjoint, ainsi que des père et mère de l'aliénateur (3).

1. La titularité du droit

1.1 Le descendant, les frères et sœurs ou leur enfant

¹⁷⁸ La descendance résulte de la naissance ou de l'adoption au sens de l'art. 252 CC. Quant à cette dernière, il y a lieu d'examiner si elle a conféré à l'adoptant les mêmes droits successoraux qu'à un enfant naturel ou pas²¹⁰.

¹⁷⁹ Quant aux frères et sœurs, ou leur enfant, la loi leur accorde un droit de préemption à condition que l'aliénateur ait acquis le domaine depuis moins de 25 ans (art. 42 al. 1 ch. 2 LDFR). Par frère et sœur, il y a lieu de comprendre les frères et sœurs du défunt germains, consanguins ou utérins. Finalement, les enfants des frères et sœurs sont les descendants directs à l'exclusion de tout autre (petits-enfants, arrière-petits-enfants)²¹¹.

¹⁸⁰ Le but de la loi est clairement « de renforcer la position de l'exploitant à titre personnel et d'encourager la propriété foncière rurale »²¹². Ainsi, concernant l'entreprise agricole, un ordre de priorité est prévu : tout d'abord peuvent exercer leur droit, le descendant de l'aliénateur (art. 42 al. 1 ch. 1 LDFR) ; à défaut les frère et sœur, ou leur enfant²¹³, si le vendeur a acquis l'entreprise en tout ou partie de ses père et mère ou dans leur succession depuis moins de 25 ans (art. 42 al. 1 ch. 2 LDFR). Il n'existe aucun ordre de priorité entre descendants, comme entre frère et sœur²¹⁴. Ainsi, en cas de conflit entre plusieurs titulaires de même rang, le vendeur désignera le repreneur (art. 46 al. 1 LDFR) ; à défaut, la situation personnelle de chaque

²⁰⁹ ATF 89 II 19.

²¹⁰ Voir le nouveau droit sur l'adoption entré en vigueur le 01.04.1973, ainsi que l'art. 268 aCC.

²¹¹ Co-LDFR-HOTZ, No 18 ad art. 42.

²¹² EMERY, p. 265 n. 1080.

²¹³ Co-LDFR-HOTZ, No 20 ad art. 42. EMERY, p. 268 No 709.

²¹⁴ *Message*, p. 959. EMERY, p. 268 No 710.

titulaire les départagera (art. 46 al. 2 LDFR)²¹⁵. Demeure par ailleurs réservée l'exhérédation (art. 42 al. 3 LDFR). En effet, dans la mesure où la qualité d'héritier lui est refusée valablement par le défunt (art. 477 ss CC), nous ne voyons pas pourquoi la loi lui accorderait un droit de préemption. Concernant l'immeuble agricole, les considérations qui viennent d'être faites quant au descendant s'appliquent à la condition que ce dernier soit « propriétaire d'une entreprise agricole ou qu'il dispose économiquement d'une telle entreprise et que l'immeuble soit situé dans le rayon d'exploitation de cette entreprise, usuel dans la localité » (art. 42 al. 2 LDFR).

181
 Finalement, quant au descendant, la question se pose si le droit de préemption d'un descendant, qui viendrait à la succession de l'aliénateur en tant qu'héritier réservataire (art. 457 et 471 ch. 1 CC), ne devrait pas toujours primer le droit de préemption de tout autre descendant, et ce indépendamment de la volonté de l'aliénateur. Le législateur l'a exclu²¹⁶. Nous le regrettons.

182
 En effet, prenons l'exemple suivant : X, veuf, a un fils, F, et un petit-fils, P (fils de F), tous deux exploitants. X vend son domaine agricole, à la valeur de rendement, à son amie T, exploitante, moyennant autorisation administrative (art. 61 al. 1 LDFR). A cette occasion, F et P exercent leur droit de préemption à la valeur de rendement. X peut librement accorder l'exercice du droit à P au détriment de F.

183
 Si en revanche, le domaine agricole ne faisait l'objet d'aucune aliénation, il ferait partie de la succession de X. Au décès de ce dernier, F pourrait exercer son droit d'attribution (art. 11 al. 1 LDFR), lors du partage successoral, qui primerait le droit d'emption de P (art. 25 al. 1 lit. a LDFR), en vertu de l'art. 26 al. 1 let. a LDFR. Le droit de F ne pourrait d'ailleurs pas être supprimé par une disposition pour cause de mort prise par X, instituant comme héritier P et lui attribuant le domaine agricole (art. 19 al.2 LDFR).

184
 Afin de garantir un parallélisme, il y aurait lieu d'assurer au descendant, qui vient à la succession, la même garantie tant en cas de transmission pour cause de mort qu'en cas d'aliénation entre vifs. Nous pensons donc qu'il y aurait lieu d'appliquer par analogie l'art. 26 al. 1 let. a LDFR au droit de préemption de P, et admettre ainsi que ce droit est caduc s'il se trouve en concours avec le droit d'un descendant, héritier réservataire de l'aliénateur. Ainsi, selon nous, il est regrettable que le législateur n'ait pas prévu un ordre de priorité entre descendants.

185
 Autre est la question si, dans l'exemple ci-dessus, X n'aliène pas son domaine à T, mais à P. F pourrait-il exercer son droit de préemption ? La

²¹⁵ Co-LDFR-HOTZ, Nos 20 ss ad art. 42 et Nos 2 ss ad art. 46. EMERY, p. 268 No 710. SIMONIUS/SUTTER I, p. 617 No 51. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 173 No 1800C.

²¹⁶ *Message*, p. 959. EMERY, p. 268 No 710.

réponse est donnée partiellement à l'art. 46 al. 1 LDFR, qui est une *lex specialis* par rapport à l'art. 681 CC. En effet, dans la mesure où l'aliénateur peut choisir librement entre les préempteurs, a fortiori nous pouvons légitimement admettre qu'il puisse vendre le domaine à l'un de ses descendants sans que les autres puissent exercer leur droit de préemption. Ce raisonnement est valable si les descendants ont le même degré de parenté. Tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque F est héritier réservataire, alors que P ne vient pas à la succession.

186 Or, dans le cadre du partage successoral, le défunt ne pourrait pas supprimer le droit à l'attribution de l'héritier réservataire au détriment d'un autre héritier, en vertu de l'art. 19 al. 1 LDFR. Toujours par souci de parallélisme entre la transmission pour cause de mort et l'aliénation entre vifs, nous pensons qu'il y aurait lieu d'appliquer par analogie cette disposition au préempteur, descendant et héritier réservataire. Ainsi, nous regrettons que le législateur n'ait pas prévu que le droit de préemption de l'héritier réservataire puisse être exercé même en cas de vente en faveur d'un autre descendant, dans la mesure où ce dernier n'est pas héritier réservataire.

1.2 *Le fermier*

187 « Le fermier d'une entreprise agricole est celui qui en reprend l'usage agricole de la part d'un bailleur et lui verse un fermage à titre de contreprestation »²¹⁷. Demeure réservé le droit de superficie des vignes et des plantations d'arboriculture qui peut être assimilé à un bail à ferme au sens de l'art. 1 al. 2 LBFA²¹⁸. Le droit de préemption du fermier est, par ailleurs, primé par celui des parents (art. 47 al. 3 LDFR). Les considérations qui viennent d'être faites quant au fermier s'appliquent tant au droit de préemption sur une entreprise agricole, qu'à celui sur un immeuble agricole.

188 Quant à la durée du bail, l'art. 47 al. 1 lit. b et al. 2 lit. a LDFR renvoie à l'art. 7 LBFA. Néanmoins s'agit-il de la durée minimum de 9 ans pour les entreprises agricoles, voire de 6 ans pour les immeubles agricoles, prévues à l'art. 7 al. 1 LBFA, ou d'une durée plus courte prévue conventionnellement conformément à l'art. 7 al. 2 LBFA ? La question est controversée en doctrine. Selon P. SIMONIUS et TH. SUTTER²¹⁹, doit être prise en compte la durée maximale de 9 ans pour l'entreprise agricole, voire de 6 ans pour l'immeuble agricole, alors que C. EMERY²²⁰, se fondant sur le Message du Conseil fédéral, admet que la durée, prévue conventionnellement, peut être inférieure à 9 ans conformément à l'art. 7 al. 2 LBFA.

²¹⁷ Co-LDFR-HOTZ, No 18 ad art. 42.

²¹⁸ EMERY, p. 209 No 555. PIOTET, RDS 2004 I p. 357.

²¹⁹ SIMONIUS/SUTTER, p. 619.

²²⁰ EMERY, p. 215 No 565.

Nous partageons ce point de vue. En effet, dans son Message, le Conseil fédéral indique que « dans le cas normal, le droit de préemption ne peut être reconnu qu'après 9 années pour les entreprises agricoles »²²¹. A contrario, implicitement, il admet donc que la durée puisse être différente en cas de situation extraordinaire. Tel sera le cas notamment si les parties conviennent d'une durée inférieure, avec l'accord de l'autorité cantonale compétente, conformément à l'art. 7 al. 2 LBFA. Par ailleurs, pourquoi imposer la durée de 9 ans, alors que les parties ont convenu d'une durée inférieure ?

« Le calcul de la durée d'affermage s'effectuera en prenant en considération, comme point de départ, le moment où le fermier a signé le contrat de bail ou a repris le bail conclu par une autre personne (pour autant que la date de reprise soit clairement déterminable) et, comme terme, le jour de la conclusion du contrat de vente »²²².

Autre est la question de savoir si le droit de préemption peut être exercé si le contrat de bail a été maintenu au-delà de la durée légale minimale, soit conventionnellement entre les parties, soit moyennant une décision judiciaire. A notre connaissance, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé en la matière. La doctrine est, quant à elle, controversée.

Ainsi, selon R. HOTZ, H. REY et B. STUDER²²³, le droit de préemption peut être exercé au-delà du délai légal d'échéance, uniquement si le bail a été prolongé conventionnellement au sens de l'art. 8 al. 1 lit. a LBFA. Quant à A. BUGNON, Y. DONZALLAZ, et C. SCHMID-TSCHIRREN²²⁴, ils admettent que le droit de préemption peut également être exercé si le bail a été prolongé par décision judiciaire au sens des art. 15 al. 3 et 26 ss LBFA. Finalement, C. EMERY²²⁵, suivant une jurisprudence du Tribunal civil de Lucerne, reconnaît au préempteur le droit d'exercer son droit si le bail est en vigueur au moment où le droit est exercé, peu importe que la durée minimale du bail soit échue, prolongée conventionnellement ou judiciairement.

Nous partageons ce point de vue. En effet, le but poursuivi par la LDFR est de favoriser la reprise du domaine agricole, voire l'entreprise agricole, par l'exploitant. Ainsi, selon nous, le droit de préemption doit pouvoir être exercé par le fermier tant que son bail est en vigueur, peu importe que ce soit parce que la durée minimale du bail n'est pas échue, ou que ce dernier ait été prolongé conventionnellement ou judiciairement.

²²¹ *Message*, p. 963.

²²² BUGNON, p. 136. EMERY, p. 215 No 566.

²²³ Co-LDFR-HOTZ ad art. 47 No 11. REY, *Neuregelung*, p. 69. STUDER PJA 1993, p. 1079.

²²⁴ BUGNON, p. 135. DONZALLAZ, *Pratique*, p. 121 No 287. SCHMID-TSCHIRREN, p. 60.

²²⁵ EMERY, p. 217 No 570.

1.3 *Le copropriétaire*

¹⁹⁴ Quant au copropriétaire, la LDFR reprend la définition du CC²²⁶. Par ailleurs, le droit du copropriétaire exploitant prime le droit des parents, du fermier, ainsi que tout autre copropriétaire non exploitant, que le droit porte sur une entreprise agricole ou sur un immeuble agricole (art. 49 al. 1 et 2 LDFR). Il nous semble tout à fait normal que le législateur ait privilégié le droit du copropriétaire, exploitant et d'ores et déjà propriétaire d'une partie de l'entreprise (ou de l'immeuble) agricole, au détriment du droit des parents, qui ne sont pas propriétaires, ou de tout autre copropriétaire non exploitant. Quant à ce dernier, l'art 49 al. 2 ch. 3 LDFR renvoie au CC. En effet, dans la mesure où il n'est pas exploitant personnel, il ne peut exercer le droit de préemption au sens des art. 49 ss LDFR, mais au sens de l'art. 682 al. 1 CC.

2. *L'exploitant à titre personnel*

¹⁹⁵ Dans son Message²²⁷, le Conseil fédéral rappelait la portée restreinte des droits de préemption prévus à l'art. 6 aLPR du fait que leur exercice n'était pas subordonné à la condition de l'exploitation à titre personnel. Il soulignait qu'en vertu de la jurisprudence²²⁸ en vigueur alors, il était particulièrement choquant que le droit de préemption d'un non exploitant à titre personnel puisse être exercé au détriment d'un exploitant à titre personnel.

¹⁹⁶ Ainsi, afin de renforcer le droit successoral et le droit de préemption de l'exploitant agricole, la LDFR a fait de l'exploitant à titre personnel une de ses notions centrales, définie objectivement à l'art. 9 al. 1, et précisée par certains éléments subjectifs à l'al. 2.

2.1 *La définition objective de l'exploitant à titre personnel*

¹⁹⁷ L'art. 9 al. 1 LDFR reprend dans l'essentiel la jurisprudence qui existait avant l'entrée en vigueur de la LDFR. Il en résulte que l'intéressé doit avant tout travailler les terres et diriger personnellement l'entreprise qu'il reprend.

¹⁹⁸ Tous travaux ne doivent cependant pas forcément être effectués par l'intéressé lui-même. Son investissement dans l'entreprise agricole doit être « substantiel » en fonction de l'importance du domaine. Ainsi, si l'entreprise est de grande taille, l'intéressé pourra employer des ouvriers sans toutefois se contenter simplement de diriger²²⁹. Est ainsi exclu de la définition l'« agriculteur en cravate »²³⁰.

²²⁶ Voir supra No 166.

²²⁷ *Message*, p. 898.

²²⁸ ATF 109 II 51 c. 3a, JdT 1983 I 604 (rés.).

²²⁹ DOSIOS PROBST, p. 136, No 283.

²³⁰ CO-LDFR-HOFER, No 18 ad art. 9.

2.2 La définition subjective de l'exploitant à titre personnel

En vertu de l'art. 9 al. 2 LDFR, il ne suffit pas que l'intéressé veuille et puisse travailler les terres et diriger l'entreprise qu'il reprend, mais il doit encore en être capable. ¹⁹⁹

Selon le Conseil fédéral²³¹ il faut « partir de l'idée qu'en règle générale la capacité d'exploiter à titre personnel une entreprise agricole n'existe que si la personne en question a fréquenté une école d'agriculture ». Sous l'aLPR, le Tribunal fédéral avait précisé « qu'on ne saurait exiger des candidats qu'ils aient déjà une formation complète de chef d'entreprise agricole ; ce serait exclure d'entrée de cause tous ceux qui n'auraient pas atteint un certain âge ou n'auraient jamais travaillé qu'en sous-ordre »²³². Ainsi, selon DOSIOS PROBST, si la formation auprès d'une école d'agriculture n'est pas indispensable, il n'en reste pas moins que « le niveau de compétence de l'intéressé doit correspondre toutefois à une telle formation, notamment lorsque le demandeur n'a acquis de l'expérience que dans la pratique »²³³. ²⁰⁰

Les compétences professionnelles de l'intéressé ne suffisent pas, « il faut encore prendre en considération d'autres qualités personnelles dans la mesure où elles peuvent avoir une importance pour la conduite de l'exploitation [...] »²³⁴ ; telles que l'aptitude morale²³⁵, physique²³⁶, ou financière²³⁷. ²⁰¹

2.3 Les qualités du conjoint ou d'une tierce personne

La question se pose de savoir si la qualité d'exploitant à titre personnel doit être reconnue à une personne qui ne possède pas toutes les aptitudes ²⁰²

²³¹ *Message*, p. 925.

²³² ATF 70 II 14, JdT 1944 I 365.

²³³ DOSIOS PROBST, p. 140, No 292.

²³⁴ ATF 75 II 30, JdT 1949 I 555 c. 2.

²³⁵ Cette aptitude ne doit pas entrer en ligne de compte dans la mesure où son défaut n'engendre pas une mauvaise gestion du domaine de l'intéressé. Ainsi, le TF a par exemple refusé l'aptitude à exploiter d'un héritier qui, en raison de son penchant à trop dépenser, ne trouvera pas ses moyens d'existence sur le domaine (ATF 75 II 30, JdT 1949 I 555, spéc. 557 (rés.)). En revanche, il a admis qu'un penchant pour l'alcool (ATF 56 II 250, spéc. 253), des difficultés financières passagères, une moralité relâchée ou un caractère difficile (ATF 83 II 109, JdT 1958 I 8 c. 6 (rés.)) ne sont pas en soi des raisons suffisantes pour refuser l'aptitude à exploiter si la gestion du domaine n'est pas remise en cause.

²³⁶ Vu que l'intéressé ne peut se contenter de diriger l'entreprise sans apporter sa propre contribution, une certaine aptitude physique lui est indispensable. Ainsi, l'aptitude à exploiter ne doit pas être reconnue à une personne malade ou handicapée. Selon Dosios Probst, l'âge peut également être pris en compte (DOSIOS PROBST, p. 126, No 296), ce qui est toutefois nuancé par Donzallaz qui admet que « l'âge de la retraite constitue une limite objective susceptible d'être prise en compte, pour autant qu'on ne lui reconnaisse pas une fonction absolue » (DONZALLAZ, *Pratique*, p.97 No 205).

²³⁷ L'aspect financier de la reprise ne doit pas être négligé. Conformément à l'objectif de la LDFR de maintenir une agriculture forte, la reprise doit être financièrement viable. Ainsi, selon Hofer, « l'acquéreur doit pouvoir financer la reprise de telle manière que l'endettement demeure supportable » (Co-LDFR-HOFER, No 41 ad art. 9).

professionnelles et personnelles requises, mais qui bénéficie de l'aide de son conjoint ou d'une tierce personne qui les possède.

²⁰³ Selon le Conseil fédéral²³⁸, les aptitudes d'un membre de la famille qui assiste l'intéressé dans l'exploitation du domaine agricole ne sont pas pertinentes pour reconnaître la qualité d'exploitant à titre personnel. Elles seront toutefois prises en compte au regard de la LDFR au titre de conditions personnelles en cas de concours entre plusieurs titulaires d'un même droit²³⁹.

2.4 *L'exploitation par une personne morale*

²⁰⁴ Selon la jurisprudence en vigueur sous l'ancien droit²⁴⁰, si l'exploitation de l'entreprise est effectuée par une personne morale (société anonyme ou autre), la qualité d'exploitant à titre personnel doit être admise dans la mesure où ce sont les sociétaires qui exploitent eux-mêmes. En revanche, si la gestion est confiée à un tiers, la qualité d'exploitant à titre personnel ne peut être admise. Tel sera le cas pour une fondation²⁴¹, ou pour une corporation de droit public²⁴², qui par définition n'ont pas de membres.

3. *Le conjoint et les père et mère*

²⁰⁵ La situation du conjoint, ainsi que celle des père et mère est particulière en ce sens que la LDFR ne leur accorde pas de droit de préemption²⁴³. Ceci est d'autant plus singulier que dans le cadre du partage successoral, tant le conjoint survivant que les père et mère, en leur qualité d'héritiers réservataires, ont un droit à l'attribution du domaine (art. 11 al. 1 LDFR), qui ne peut leur être supprimé par le défunt (art. 19 al. 2 LDFR), et qui prime le droit d'émption des frère et sœur (art. 25 al. 1 lit. b et 26 al. 1 let. A LDFR).

²⁰⁶ Ce point est évoqué par la doctrine²⁴⁴ sans qu'il soit approfondi. Pour notre part, toujours par souci de parallélisme entre la transmission pour cause de mort et l'aliénation entre vifs, nous pensons que le droit de préemption devrait également être accordé tant au conjoint qu'aux père et mère, en appliquant par analogie l'art. 42 al. 1 ch. 1 LDFR. Ne pas l'admettre serait reconnaître que ces derniers n'ont pas, au regard du droit successoral paysan, le même rang que le descendant, et permettre également que l'aliénateur puisse supprimer leur droit à l'entreprise agricole, voire à l'immeuble agricole, en le vendant de son

²³⁸ *Message*, op. cit., p. 925.

²³⁹ Art. 20 al. 2, 26 al. 2, et 46 al. 2 LDFR.

²⁴⁰ ATF 115 II 181, JdT 1989 I, 611 (rés.).

²⁴¹ DONZALLAZ, *Commentaire*, p. 64 No 144. Contra : EMERY, p. 213 No 562.

²⁴² EMERY, p. 213 No 562. CO-LDFR-HOFER, No 22 ad art. 9.

²⁴³ Le conjoint peut tout au moins s'opposer à l'aliénation dans la mesure où il exploite l'entreprise avec son époux en vertu de l'art. 40 LDFR.

²⁴⁴ Co-LDFR-HOTZ, No 19 ad art. 42. DONZALLAZ, *Commentaire*, p. 128, No 415. GILLIÉRON, p. 88, Nos 223 ss.

vivant. Or, dans son Message²⁴⁵, le Conseil fédéral soulignait qu'en vertu de la jurisprudence d'alors, il était particulièrement choquant que le droit de préemption d'un non exploitant puisse être exercé au détriment d'un exploitant. Nous pensons qu'il est tout aussi choquant que le domaine puisse être aliéné à un non exploitant au détriment du conjoint ou père et mère, exploitants.

Par ailleurs, à l'instar du droit de préemption du descendant, héritier réservataire, nous sommes d'avis que le droit du conjoint exploitant agricole non seulement devrait primer le droit du descendant non héritier réservataire, mais encore pourrait être exercé si le domaine est vendu à ce dernier²⁴⁶. Nous regrettons que le législateur n'ait pas prévu un ordre de priorité à cet effet²⁴⁷. Quant au concours entre l'héritier réservataire et le conjoint, l'aliéneur pourra les départager ; à défaut, il sera renvoyé à la situation personnelle de chacun (art. 46 al. 1 et 2 LDFR par analogie). Finalement, si l'aliénation est faite en faveur d'un descendant, héritier réservataire, ou du conjoint, le droit de préemption de l'autre ne devrait pas pouvoir être exercé, à l'instar du concours entre deux descendants de même rang²⁴⁸.

Le concours entre les père et mère et un descendant doit être appréhendé différemment. En effet, en droit commun, s'il existe des descendants, les ascendants ne peuvent être héritiers (art. 457 ss CC), de sorte qu'ils n'ont pas un droit légal à l'attribution (art. 11 al. 1 LDFR). C'est pourquoi, nous pensons qu'en cas de concours entre un père ou une mère et un descendant, le droit du premier ne pourrait pas être exercé. A fortiori, la même solution devrait s'imposer si l'aliénation est en faveur du descendant. Si en revanche, le père ou la mère se retrouve en concours avec le conjoint survivant, l'aliéneur devrait pouvoir les départager ; à défaut, il serait renvoyé à la situation personnelle de chacun (art. 46 al. 1 et 2 LDFR par analogie). Finalement, si l'aliénation est faite en faveur du conjoint survivant, du père ou de la mère, le droit de préemption des autres ne devrait pas pouvoir être exercé, à l'instar du concours entre deux descendants de même rang²⁴⁹.

Nous illustrerons notre propos par les exemples suivants :

A) X décède en laissant pour seuls héritiers sa conjointe, C, avec laquelle il était marié sous le régime matrimonial de la séparation de biens, ainsi que sa mère M, toutes deux exploitantes. La succession de X se compose d'un domaine agricole acquis dans la succession de son père il y a 10 ans. Par ailleurs, X a un frère, F, également exploitant.

²⁴⁵ *Message*, p. 898.

²⁴⁶ *Supra* No 184 et No 186.

²⁴⁷ *Message*, p. 959. EMERY, p. 268 No 710.

²⁴⁸ *Supra* No 186.

²⁴⁹ *Supra* No 186.

- ²¹¹ Dans le cadre du partage successoral, tant C que M pourront revendiquer l'attribution du domaine agricole (art. 11 al. 1 LDFR). La situation de chacune permettra de les départager (art. 20 al. 2 IDFR), alors que le droit d'emption de F est caduc (Art. 26 al. 1 let. A LDFR). Par ailleurs, X ne pourrait pas priver C et M de leur droit (Art. 19 al. 2 LDFR).
- ²¹² B) Supposons maintenant que X vende de son vivant, à la valeur de rendement, moyennant autorisation administrative, son domaine à son amie T, également exploitante. Ne pas reconnaître à C et M un droit de préemption, non seulement les priverait du domaine agricole, mais en plus permettrait à F d'exercer son droit de préemption (art. 42 al. 1 ch. 2 LDFR)²⁵⁰.
- ²¹³ C) Supposons que X laisse comme héritier également un garçon, G, exploitant. Les droits de préemption de C (art. 42 al. 1 ch. 1 LDFR par analogie) et de G (art. 42 al. 1 ch. 1 LDFR in fine) primeront celui de F. Par ailleurs, C et G devraient être départagés soit par X, soit par leur situation personnelle (art. 46 al. 1 et 2 LDFR)²⁵¹. Finalement, si le droit de G prime, celui de M sera caduc ; tel n'est pas le cas si le droit de C prime, puisque le choix entre C et M se fera soit par X, soit par leur situation personnelle (art. 46 al. 1 et 2 LDFR par analogie)²⁵².
- ²¹⁴ D) Supposons que X aliène son domaine agricole à un parent D. Ainsi, C, M et G devraient pouvoir exercer leur droit de préemption²⁵³. Si le domaine est aliéné à M, le droit de préemption de D sera caduc, alors que C et G pourront l'exercer. Finalement, si C devient propriétaire, aucun droit de préemption ne pourra être exercé²⁵⁴. En effet, le droit de F est caduc, alors que ni M ni G ne peuvent exercer le leur puisque le domaine a expressément été aliéné par X²⁵⁵.

²⁵⁰ Co-LDFR-HOTZ, No 20 ad art. 42. EMERY, p. 268 No 709.

²⁵¹ Co-LDFR-HOTZ, Nos 20 ss ad art. 42 et Nos 2 ss ad art. 46. EMERY, p. 268 No 710. SIMONIUS/SUTTER I, p. 617 No 51. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 173 No 1800c.

²⁵² Supra No 208.

²⁵³ Quant au concours entre C, M et G, nous renvoyons aux paragraphes précédents.

²⁵⁴ Tel sera également le cas si le domaine est acquis par G.

²⁵⁵ Supra No 207.

IV. La valeur de rendement et ses correctifs

a) Généralités

En vertu de l'art. 44 LDFR, le droit de préemption légal sur une entreprise agricole peut être exercé à la valeur de rendement, alors que celui sur un immeuble agricole au double de cette valeur.²¹⁵

La valeur de rendement est la valeur capitalisée du revenu agricole, déduction faite des dépenses, en argent et en travail, exigées par l'exploitation²⁵⁶. Son mode de calcul est défini aux art. 10 LDFR et 1 ODFR. En pratique, cette valeur est déterminée par l'autorité administrative compétente désignée par la législation cantonale d'application²⁵⁷. Elle est inférieure à la valeur vénale, savoir au prix de vente du bien²⁵⁸.

La LDFR prévoit toutefois certains correctifs : l'augmentation de la valeur de rendement (b), l'interdiction d'aliéner et le droit de réméré de l'aliénateur (c), et le droit au gain (d).²¹⁷

b) L'augmentation de la valeur de rendement

L'augmentation doit être envisagée si « des circonstances spéciales le justifient » (art. 52 al. 1 LDFR). La loi renvoie ainsi à la notion d'équité au sens de l'art. 4 CC. A titre d'exemples, sont cités « un prix d'achat élevé » ou « des investissements importants que l'aliénateur a effectués dans les 10 années qui ont précédé l'aliénation » (art. 52 al. 2 LDFR). La doctrine admet que tant des circonstances objectives que subjectives doivent être prises en compte²⁵⁹.

Finalement, « le prix de reprise est dans tous les cas au moins égal au montant des dettes hypothécaires » (art. 52 al. 3 LDFR). Le législateur a clairement souhaité éviter que l'aliénateur, qui voit le prix de vente diminué du fait de l'application de la valeur de rendement, soit personnellement responsable des dettes hypothécaires à concurrence de la charge maximale (art. 73 LDFR) et des autres dettes hypothécaires au sens de l'art. 75 LDFR²⁶⁰.

²⁵⁶ ATF 65 II 218, JdT 1940 I 324 (rés.).

²⁵⁷ A Genève, en vertu des art. 9 et 11 LALDFR, la valeur de rendement est déterminée par la Commission foncière agricole sur la base d'un rapport établi par des experts désignés par cette dernière.

²⁵⁸ La valeur vénale d'un immeuble agricole est nettement inférieure à celle d'un immeuble en zone à bâtir, dans la mesure où les art. 66 et ss LDFR contrôlent les prix d'acquisition.

²⁵⁹ Pour plus de détails, voir BEELER, p. 248 et ss. DOSIOS PROBST, p. 145, No 302 et ss.

²⁶⁰ EMERY, p. 203 No 540.

c) **L'interdiction d'aliéner et le droit de réméré de l'aliénateur**

- 220 La LDFR a mis en place l'interdiction d'aliéner l'entreprise agricole dans un délai 10 ans (art. 54 LDFR) afin d'éviter toute spéculation par le préempteur²⁶¹, ainsi qu'un droit de réméré de l'aliénateur (art. 55 LDFR) dans ce même délai, afin de garantir l'exploitation à titre personnel par le préempteur²⁶².
- 221 Non seulement le préempteur ne peut pas revendre le domaine dans le délai prescrit sans le consentement de l'aliénateur, mais encore, ce dernier a la possibilité d'exercer son droit de réméré à la valeur d'aliénation, majorée des plus-values, si l'exploitant cesse son activité. Nous examinerons successivement chacune de ces institutions.

1. *L'interdiction d'aliéner*

- 222 L'aliénation²⁶³ n'est pas prohibée, elle est simplement soumise au consentement de l'aliénateur²⁶⁴. Cette exigence n'existe que dans la mesure où la vente s'est faite en vue d'une exploitation personnelle²⁶⁵. Le consentement ne doit pas revêtir la forme authentique, la simple forme écrite est suffisante²⁶⁶.
- 223 L'interdiction n'est pas propter rem en ce sens qu'elle ne concerne que le repreneur et s'éteint après la première aliénation. En revanche, si l'aliénateur, qui a fait l'objet du droit de préemption, décède en cours de délai, son droit est transmis à ses héritiers jusqu'à l'expiration de ce dernier. Ainsi, en cas de prédécès de l'aliénateur, le consentement doit être donné par les héritiers²⁶⁷.
- 224 Le délai de 10 ans est de péremption²⁶⁸. Selon le Conseil fédéral²⁶⁹, il commence à courir dès l'inscription de l'acte d'aliénation²⁷⁰ au Registre foncier. Son expiration semble controversée en doctrine.
- 225 Selon B. BEELER et M. HUNZIKER²⁷¹, la simple conclusion du contrat d'aliénation ne justifie pas l'interdiction d'aliéner. Ce qui est déterminant est

²⁶¹ EMERY, p. 284 No 753.

²⁶² Co-LDFR-STUDER, No 1 ad art. 24. EMERY, p. 289 No 771.

²⁶³ Par aliénation, il y a lieu d'entendre tout contrat de vente ou autre acte juridique équivalant économiquement à une vente. ATF 113 II 59 = JdT 1987 I 369 ; ATF 109 Ib 90 = JdT 1984 I 91. BEELER, p. 274. DOSIOS PROBST, p. 201, No 393. EMERY, p. 284 No 754.

²⁶⁴ EMERY, p. 285 No 757.

²⁶⁵ Co-LDFR-STUDER, No 2 ad art. 23. BEELER, p. 264. EMERY, p. 284 No 754.

²⁶⁶ DOSIOS PROBST, p. 203, No 396, HUNZIKER, p. 125.

²⁶⁷ *Message*, p. 1003. BEELER, p. 272. DOSIOS PROBST, p. 204, No 397. EMERY, p. 285 No 757.

²⁶⁸ BEELER, p. 266, DOSIOS PROBST, p. 202. EMERY, p. 285 No 756. HUNZIKER, p. 116.

²⁶⁹ *Message*, p. 940.

²⁷⁰ Convention ou jugement exécutoire de partage.

²⁷¹ BEELER, p. 269. HUNZIKER, p. 117.

que son exécution, soit l'inscription de l'acte au Registre foncier, ait lieu après l'expiration du délai. Selon ces auteurs, cette institution n'existe que pour garantir l'exercice du droit de réméré, et n'a aucun sens propre. Il n'y a donc aucun risque qu'on veuille la contourner. Tel n'est pas le cas du droit au gain (art. 28 ss LDFR)²⁷² qui pourrait être contourné, de sorte que la loi prévoit expressément que le moment déterminant pour son exigibilité est la conclusion du contrat (art. 29 al. 2 let. A LDFR). Cette opinion n'est pas partagée par B. STUDER, par S. DOSIOS PROBST et par C. EMERY²⁷³.

Pour notre part, nous pensons que le consentement du cohéritier doit être donné au plus tard au moment de la conclusion de l'acte. Néanmoins, dans la mesure où l'accord ne doit pas revêtir la forme authentique, mais uniquement la forme   crite²⁷⁴, il y a lieu d'admettre qu'il n'a pas besoin d'être simultané. Nous rejoignons B. BEELER lorsqu'il affirme que l'interdiction n'a pas de sens propre vu qu'elle ne constitue qu'une garantie du droit de réméré. Toutefois, admettre que le consentement puisse être donné ultérieurement lui supprime, selon nous, toute portée.

Nous illustrerons nos propos par l'exemple suivant : X vend à A son entreprise agricole. 9 ans après l'inscription de l'acte de vente au Registre foncier, A signe un contrat de vente avec T qui stipule une entrée en jouissance différée de 2 ans, soit au moment de l'inscription de l'acte au Registre foncier. Durant tout ce temps, A continue à exploiter l'entreprise agricole. Si l'on admet, comme B. BEELER, que l'accord doit intervenir au plus tard au moment de l'inscription de l'acte au Registre foncier, X ne pourra plus exercer son droit de réméré au moment où il est informé de l'aliénation puisque le délai est expiré, alors que tel n'aurait pas été le cas si le consentement avait été demandé au moment de la signature de l'acte.

2. *Le droit de réméré de l'aliénateur*

Le droit de réméré confère la possibilité pour l'aliénateur de revendiquer la restitution de l'entreprise agricole si le préempteur, ou son descendant, vient à cesser définitivement son exploitation (art. 55 al. 1 LDFR)²⁷⁵. Le droit de réméré garantit ainsi l'exploitation personnelle par le pr  empteur²⁷⁶.

²⁷² Qui ne s'applique qu'en cas d'attribution successorale.

²⁷³ STUDER, p. 322, DOSIOS PROBST, p. 203. EMERY, p. 285 No 756.

²⁷⁴ DOSIOS PROBST, p. 203, No 396, HUNZIKER, p. 125.

²⁷⁵ L'art. 55 al. 5 LDFR reprend les mêmes exceptions que l'art. 54 al 2 LDFR, en particulier la cession à un descendant (art. 55 al. 5 let. a LDFR). La question se pose toutefois de l'exercice du droit de réméré si le domaine est cédé au descendant du préempteur, et que ce dernier le cède à son tour à son descendant. Dans cette hypothèse, DOSIOS PROBST est d'avis que le droit de réméré ne peut être exercé lors de la première cession, mais il pourra l'être lors de la seconde. DOSIOS PROBST, p. 214 No 414 ; opinion que nous partageons.

²⁷⁶ Co-LDFR-STUDER, No 12 ad art. 24. EMERY, p. 289 No 772.

- 229 Il y a cessation d'activité lorsque l'exploitation au sens de l'art. 9 LDFR est physiquement impossible ; par exemple en cas d'accident ou de maladie, d'affermage pour une durée minimale de 9 ans, de vente ou de décès²⁷⁷.
- 230 Le droit de réméré est transmissible à cause de mort, mais non cessible (art. 55 al. 2 LDFR)²⁷⁸. L'exigence de l'exploitation à titre personnel n'est pas nécessaire pour l'exercice du droit de réméré. En effet, un tel droit a pour but de rétablir la situation antérieure à la vente par l'aliénateur. Or, la LDFR n'exige pas que le propriétaire initial soit exploitant à titre personnel²⁷⁹.
- 231 Si l'exploitant, qui cesse son activité pour cause de maladie ou d'accident, laisse des descendants mineurs, le droit de réméré ne peut être invoqué tant qu'il n'est pas possible de déterminer si un descendant peut reprendre l'entreprise agricole pour l'exploiter personnellement (art. 55 al. 6 LDFR)²⁸⁰.
- 232 En vertu de l'art. 55 al. 1 LDFR, le droit de réméré existe pendant 10 ans dès le transfert de propriété²⁸¹. Par ailleurs, ce droit est soumis à un délai relatif de 3 mois dès la connaissance par l'aliénateur de la cessation d'activité, et à un délai absolu de 2 ans dès la cessation effective (art. 55 al. 4 LDFR). Ainsi, si dans le délai de 10 ans dès le transfert de propriété, l'aliénateur a connaissance de la cessation de l'exploitation à titre personnel par le préempteur, il doit exercer son droit dans les 3 mois dès qu'il en a été informé, mais au plus tard dans les 2 ans dès la cessation effective. Si cette dernière intervient dans la 9^{ème} année, le droit de réméré subsiste jusqu'à la 11^{ème} année²⁸². Il s'agit de délai de péremption²⁸³.
- 233 L'exercice s'effectue par une déclaration écrite émanant de l'aliénateur, qui doit légitimer sa qualité d'exploitant personnel. Doivent être réglés le prix, le transfert de profit et charges et la reprise des dettes hypothécaires, ainsi que l'indemnisation des dépenses génératrices de plus-value, comptées à leur valeur actuelle (art. 55 al. 3 LDFR)²⁸⁴.

²⁷⁷ BEELER, p. 286. Co-LDFR-STUDER, No 13 ad art. 24. DOSIOS PROBST, p. 210, No 406 et ss. EMERY, p. 291 No 777.

²⁷⁸ EMERY, p. 290 No 774.

²⁷⁹ EMERY, p. 290 No 775.

²⁸⁰ Co-LDFR-STUDER, No 31 ad art. 24. EMERY, p. 294 No 786.

²⁸¹ Co-LDFR-STUDER, No 31 ad art. 24. EMERY, p. 294 No 785.

²⁸² EMERY, p. 294 No 785.

²⁸³ DOSIOS PROBST, p. 213, no 411, Co-LDFR-STUDER, No 22 ad art. 24.

²⁸⁴ BEELER, p. 305. Co-LDFR-STUDER, Nos 14 ss ad art. 24. EMERY, p. 292 Nos 778 ss.

d) Le droit au gain

1. Définition, nature, étendue et exigibilité du droit au gain

Le droit au gain permet à tout vendeur de bénéficier de tout gain futur que ferait le préempteur lors de la vente de l'immeuble, aliéné à une valeur inférieure à la valeur vénale (art. 53 al. 1 LDFR). Ce droit peut être modifié ou supprimé par convention écrite passée entre les parties (Art. 35 et 53 al. 2 LDFR).²³⁴

Il s'agit d'une créance cessible et transmissible propre au vendeur, qui est toutefois conditionnée à la vente de l'immeuble dans les 25 ans qui suivent l'exercice du droit de préemption (Art. 28 al. 2 et 53 al. 2 LDFR).²³⁵

La créance n'a pas un caractère propter rem. « Seul le gain obtenu lors de la première aliénation peut faire l'objet d'une prétention du propriétaire grevé. Si aucun gain n'est réalisé à cette occasion, le droit au gain s'éteint »²⁸⁵.²³⁶

Les art. 29 et 30 LDFR prescrivent les cas d'aliénation et le moment d'exigibilité du gain. Le classement dans une zone à bâtir, au sens de l'art 29 al. 1 let. C LDFR, constitue une nouveauté. Ainsi, il y a gain si un immeuble, aliéné à une valeur inférieure à la valeur vénale, est déclassé en zone à bâtir, dans les 25 ans qui suivent la vente. Le gain est exigible au moment de l'aliénation mais au plus tard 15 ans après l'incorporation dans la nouvelle zone (art. 30 let. C LDFR). Le délai commence à courir dès l'approbation définitive des plans par l'autorité compétente au sens de l'art. 26 al. 1 LAT²⁸⁶.²³⁷

Durant 25 ans, le préempteur court le risque de voir l'immeuble acquis déclassé, et de restituer au vendeur une partie du gain, en cas de vente de ce dernier, ou si son affectation est modifiée. Dans cette dernière hypothèse, le préempteur se verra calculé, 15 ans après le déclassement, un gain fictif qu'il devra répartir avec le vendeur.²³⁸

2. Le montant et la garantie du droit au gain

En vertu de l'art. 31 al. 1 LDFR, le gain est défini comme « la différence entre le prix d'aliénation et la valeur d'imputation »²⁸⁷. « En cas de classement d'un immeuble dans une zone à bâtir, et à défaut d'aliénation dans les 15 ans, le gain se calcule sur la valeur vénale présumée » (art. 31 al. 2 LDFR)²⁸⁸. Cette valeur ne correspond pas à la valeur réelle au moment de l'aliénation. La loi vise un gain fictif et non pas le gain effectif. Le vendeur ne pourra pas profiter

²⁸⁵ STEINAUER, *Le droit au gain*, p. 24.

²⁸⁶ *Message*, p. 940. Co-LDFR-HENNY No 9 ad art. 30. EMERY, p. 313 No 837. MEYER p. 408 No 1126. STEINAUER, *Le droit au gain*, p. 19.

²⁸⁷ Co-LDFR-HENNY No 1 ad art. 31. EMERY, p. 308 No 816.

²⁸⁸ EMERY, p. 308 No 816.

du gain réel supplémentaire que le préempteur fera au moment de l'aliénation²⁸⁹.

²⁴⁰ Il y a lieu par ailleurs de préciser que la loi prévoit trois correctifs au calcul du gain : la réduction pour durée de propriété (art. 31 al. 4 et 5 LDFR), les déductions pour les objets acquis en remploi (art. 32 LDFR), et les déductions pour les réparations et les rénovations de bâtiments et d'installations (art. 33 LDFR).

²⁴¹ Le droit au gain est un droit légal qui existe indépendamment de toute annotation au Registre foncier. Toutefois, si le vendeur souhaite rendre son droit opposable à tout tiers, il a la possibilité de requérir l'inscription d'une hypothèque sur l'immeuble vendu (art. 34 al. 1 et 53 al. 2 LDFR). Il s'agit d'une hypothèque légale indirecte²⁹⁰, qui ne peut légalement être inscrite qu'au moment où le gain est effectif, et donc la créance déterminée.

²⁴² Par ailleurs, dès la vente de l'immeuble, mais au plus tard au moment de la revente, le vendeur peut annoter au Registre foncier l'inscription provisoire de son droit au gage. Cette annotation permettra à l'hypothèque légale, une fois constituée, de prendre rang rétroactivement au jour de l'annotation de l'inscription provisoire (art. 34 al. 2 LDFR et art 76 al. 2 ORFI²⁹¹). Elle devient toutefois caduque si l'inscription définitive n'est pas requise dans les 3 mois dès que le vendeur a connaissance de l'aliénation (art. 34 al. 4 LDFR). La charge maximale ne s'applique pas (art. 75 al. 1 let. E LDFR).

²⁸⁹ *Message*, p. 948. DONZALLAZ, *Commentaire* No 335 ad art. 31. EMERY, p. 308 No 817.

²⁹⁰ Co-LDFR-HENNY No 1 ad art. 34. DONZALLAZ, *Commentaire* No 353 ad art. 34. EMERY, p. 314 No 839. MEYER p. 497 Nos 1390 st. STEINAUER, *Le droit au gain*, p. 99.

²⁹¹ EMERY, p. 315 No 839.

B. LES CAS DE PRÉEMPTION

Le droit de préemption peut être exercé « en cas de vente de l'immeuble ainsi qu'à l'occasion de tout autre acte juridique équivalant économiquement à une vente (cas de préemption) » (art. 216c al. 1 CO et 681 al. 1 CC). Par ailleurs, l'exercice du droit de préemption est exclu lors de « l'attribution à un héritier dans un partage, de la réalisation forcée et de l'acquisition pour l'exécution d'une tâche publique, notamment » (art. 216c al. 2 CO)²⁹². Demeure toutefois réservé le droit de préemption légal qui « peut être exercé en cas réalisation forcée, mais seulement lors des enchères mêmes et aux conditions de l'adjudication » (art. 681 al. 1 CC). Ch. BRÜCKNER²⁹³ distingue par ailleurs l'attribution à un héritier dans un partage avec ou sans soulte. Nous sommes d'avis que cette distinction n'a toutefois aucune raison d'être ; tout d'abord parce que la loi exclut le partage expressément sans aucune distinction ; ensuite parce que l'attribution dans un partage est intimement liée à la personne de l'attributaire, indépendamment de toute soulte, ce qui empêche l'exercice du droit de préemption conformément au Message du Conseil fédéral²⁹⁴.

La définition des cas de préemption, donnée par le législateur, est large, ce qui présente l'avantage d'examiner de cas en cas si les conditions d'exercice du droit de préemption sont réalisées, mais également l'inconvénient de créer des différends entre le préempteur et le vendeur si le cas de préemption n'est pas clair.²⁴⁴

Selon le Conseil fédéral²⁹⁵, ne constituent des cas de préemption ni « les actes juridiques dans lesquels la personne de l'acquéreur revêt une importance de premier plan (donation, donation mixte, aliénation pour des motifs de droit successoral) » ni ceux « pour lesquels l'aliénateur ne reçoit pas de contreprestation pécuniaire (échange, entretien viager, transferts de propriété fondés sur le droit des régimes matrimoniaux et des sociétés) ». De façon générale, n'est pas un cas de préemption l'acte par lequel le préempteur restructure son patrimoine, sans transformer la valeur économique de l'immeuble en espèces²⁹⁶.²⁴⁵

Chaque situation doit être examinée en fonction de circonstances concrètes²⁹⁷. Constituent incontestablement un cas de préemption les enchères volontaires, publiques ou privées, la constitution d'un droit de superficie à²⁴⁶

²⁹² Disposition qui est de droit impératif. Co-RoFoEX, No 14 ad. art 216c CO.

²⁹³ BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 532.

²⁹⁴ *Message*, p. 1017.

²⁹⁵ *Message*, p. 1017.

²⁹⁶ Bak-HESS, p. 1207, No 7.

²⁹⁷ CoRo-FoEX, p. 1151, No 7. Bak-HESS, p. 1206, No 4.

seule fin d'éviter le droit de préemption, ou la vente conditionnelle²⁹⁸. Se pose toutefois la question pour des actes dans lesquels les parties ont un lien particulier entre elles tels que la vente entre parents, la donation, l'entretien ou la rente viagère (I). Qu'en est-il par ailleurs des actes dans lesquels l'aliénateur ne reçoit pas de contreprestation pécuniaire, comme la dation en paiement, ou l'échange (II), ainsi que pour les actes fondés sur le droit des sociétés, tels que l'apport et la reprise d'un immeuble lors de la constitution d'une société, la fusion et la liquidation de la société, ou la vente des droits sur une société qui détient un immeuble (III) ? Finalement, il y aurait lieu de s'intéresser à la vente d'une partie d'immeuble qui fait l'objet d'un droit de préemption dans sa globalité, ou inversement, la vente d'un immeuble dans sa totalité, alors que seule une partie fait l'objet d'un droit de préemption (IV).

I. Les actes dans lesquels les parties ont un lien particulier entre elles

a) La vente entre parents

²⁴⁷ La vente entre parents se distingue de la vente ordinaire (art. 184 ss CO) par le lien qui existe entre le vendeur et l'acquéreur. Il y a lieu de distinguer, selon nous, deux cas de figure en fonction de la motivation du vendeur. Ainsi, ce dernier peut vouloir vendre à un parent (art. 20 CC) pour des raisons personnelles, qui peuvent être affectives ou sentimentales²⁹⁹. Il s'agira d'une vente entre parents pour des raisons personnelles, par opposition à la vente entre parents où le vendeur n'est motivé que par des raisons purement économiques³⁰⁰. Cette dernière hypothèse ne se distingue pas, selon nous, de la vente ordinaire.

²⁴⁸ Selon la doctrine majoritaire³⁰¹, la vente entre parents ne constitue pas un cas de préemption, ce qui est conforme au Message du Conseil fédéral, qui exclut l'exercice du droit si la personne de l'acquéreur revêt une importance de premier plan³⁰². Telle n'est pas notre opinion, et nous sommes d'avis qu'il y a lieu d'interpréter l'intention du vendeur, avant d'exclure tout exercice.

²⁹⁸ CoRo-FoÈx, p. 1151, No 8. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 146, No 1731a. TERCIER, *Les contrats*, p. 170 No 1135.

²⁹⁹ Le vendeur peut vouloir vendre à un parent compte tenu du lien affectif qui les unit, mais aussi parce qu'il souhaite que son bien reste dans la sphère familiale.

³⁰⁰ Tel sera le cas, par exemple, si le parent a offert un prix de vente supérieur aux autres tiers acquéreurs.

³⁰¹ Bak-HESS, No 3 ad art. 216c CO. Bek-GIGER, No 122, ad 216 CO, Bek-MEIER-HAYOZ, No 145 ad art. 681 CC, CoRo-FoÈx, No 12 ad art. 216c CO.

³⁰² *Message*, p. 1017. Le caractère *intuitu personae* est toutefois discuté par B. FoÈx. FoÈx, NOT@LEX 2010, p 86.

En effet, s'il s'agit d'une vente entre parents pour des raisons personnelles, ²⁴⁹ il est manifeste que la personne de l'acquéreur revêt une importance de premier plan pour le vendeur, et donc que l'exercice du droit de préemption est exclu. Tel ne sera pas le cas, en revanche, s'il s'agit d'une vente entre parents pour des raisons économiques. En effet, dans cette hypothèse, la personne de l'acquéreur n'est qu'accessoire, la motivation principale du vendeur étant le gain, ce qui ne justifie pas d'exclure l'exercice du droit.

1. *Le conjoint, le partenaire ou l'allié*

Dans l'hypothèse d'une vente pour des raisons personnelles, la question se ²⁵⁰ pose si l'exclusion doit être admise uniquement en cas de parenté, ou au contraire doit également être étendue au conjoint, au partenaire enregistré, ou en cas d'alliance (art. 21 CC). Ni la doctrine, ni la jurisprudence ne se sont prononcées. Nous sommes d'avis qu'une interprétation large doit être admise.

En effet, la motivation tant affective que sentimentale du vendeur peut ²⁵¹ s'appliquer aussi bien à un parent, à un conjoint, ou un partenaire, qu'à un allié, qui tous peuvent revêtir une importance de premier plan aux yeux du vendeur. De plus, en pratique la plupart du temps, l'acquisition se fera par le parent et son conjoint, voire son partenaire, qui sont alliés du vendeur. Dans une telle hypothèse, le droit de préemption peut-il s'exercer ? Sur quelle quote-part ? Sur celle de l'allié ? Sur la totalité de l'immeuble au détriment du parent qui, en principe, n'est pas soumis au droit de préemption ? Admettre que le droit de préemption peut être exercé en cas de vente à un allié conduit, en pratique, à des solutions insatisfaisantes. Nous admettons donc que la vente à un parent pour des raisons personnelles, à un conjoint, à un partenaire, ou à un allié ne constitue pas un cas de préemption.

Demeure toutefois réservé l'art. 43 lit c LDFR qui précise expressément que ²⁵² le droit de préemption des parents peut être exercé si l'immeuble agricole, ou l'entreprise, est aliéné à un parent, ou au conjoint. Cette disposition doit également être étendue, selon nous, au partenaire enregistré. Demeure par ailleurs réservé le droit prioritaire du partenaire enregistré exploitant agricole, à l'instar de celui du conjoint³⁰³.

2. *Le concubinage*

En revanche, qu'en est-il du concubinage, qui est une union libre qui ne trouve ²⁵³ aucun fondement légal ? Le Tribunal fédéral a toutefois admis qu'un concubinage stable, assimilable à un mariage, pouvait déployer certains effets juridiques. Ainsi, selon notre Haute Cour, « par concubinage au sens étroit, il faut entendre une communauté de vie d'une certaine durée, voire durable, de

³⁰³ Voir supra No 207.

deux personnes de sexe opposé, à caractère exclusif, qui présente aussi bien une composante spirituelle, corporelle et économique et peut également être définie comme une communauté de toit, de table et de lit [...]. Les trois composantes ne revêtent cependant pas la même importance. S'il manque la cohabitation ou la composante économique, mais que les deux partenaires vivent tout de même une relation à deux stable et exclusive et s'accordent une assistance réciproque, on doit admettre qu'il s'agit d'une communauté de vie assimilable au mariage »³⁰⁴. Nous sommes d'avis que cette jurisprudence devrait également s'appliquer aux concubins de même sexe depuis l'entrée en vigueur de la Lpart³⁰⁵, si les concubins vivent une communauté de vie stable, assimilable au partenariat enregistré.

²⁵⁴ Ainsi, à l'instar du parent, du conjoint ou du partenaire, la vente au concubin pour des raisons personnelles ne constitue pas un cas de préemption, selon nous, si le vendeur apporte la preuve qu'il vit un concubinage stable, assimilable à un mariage ou à un partenariat, tel que défini par le Tribunal fédéral.

3. *Le rôle de l'officier public et la liberté contractuelle*

²⁵⁵ Autre est la question de distinguer entre la vente entre parents pour des raisons personnelles et celle pour des raisons économiques, tant il est difficile, en pratique, de connaître la réelle motivation du vendeur, affective, sentimentale ou purement économique. Parfois, les trois motivations seront indissociablement liées. Le rôle de l'officier public, chargé d'établir l'acte de vente, n'est d'ailleurs pas négligeable, en l'espèce, dans la mesure où il devra clairement indiquer les raisons qui ont motivé la vente, ce qui permettra d'écarter toute controverse d'interprétation.

²⁵⁶ En matière de droit de préemption conventionnel, les parties au pacte peuvent d'ailleurs vouloir conventionnellement stipuler, comme cas de préemption, la vente entre parents et/ou alliés, pour des raisons personnelles, ou au contraire, exclure des cas de préemption la vente pour des raisons économiques ; écartant ainsi toute controverse future quant à la réelle motivation de la vente.

²⁵⁷ Nous ne voyons aucune objection à une telle convention. A l'instar de la doctrine unanime³⁰⁶, nous sommes d'avis que l'art. 216c al. 1 CO est de droit dispositif, ce qui permet aux parties de se détacher du système légal. La clause contractuelle devra toutefois être passée en la forme authentique, si elle étend le cas de préemption à la vente entre parents et/ou alliés, conjoint ou

³⁰⁴ ATF 118 II 235 = Jdt 1994 I 331

³⁰⁵ RS 211.231, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

³⁰⁶ Bak-Hess, No 13 ad art. 216c CO. BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 521. CoRo-Foëx, No 16 ad art. 216c CO. GHANDCHI, p. 208.

partenaire pour des raisons personnelles dans la mesure où la situation de l'aliénateur est aggravée, alors que la forme écrite suffit si la vente entre parents et/ou alliés, conjoint ou partenaire pour des raisons économiques est exclue des cas de préemption puisque seule la situation du préempteur est péjorée dans une telle hypothèse³⁰⁷. Dans tous les cas, nous pensons que le droit de préemption pourra être annoté au Registre foncier³⁰⁸.

Par ailleurs, la vente entre parents et/ou alliés, conjoint ou partenaire, peut souvent présenter des éléments de donation mixte³⁰⁹. Dans une telle hypothèse, les parties au pacte devront déterminer la valeur à laquelle le droit de préemption pourra s'exercer. Qui va la déterminer ? Le préempteur ? L'aliénateur ? D'un commun accord entre les deux ? Au moyen d'un expert, choisi par le préempteur, par l'aliénateur ou par les deux ? Et à la charge de qui ? Toutes des questions que nous examinerons ultérieurement³¹⁰.²⁵⁸

Dans l'hypothèse où la vente entre parents et/ou alliés, conjoint ou partenaire ne constitue pas un cas de préemption, devront être traitées les questions de la reprise du droit³¹¹, ainsi que de la stipulation pour autrui³¹², dans la mesure où l'objet du droit de préemption est aliéné, au risque pour l'aliénateur d'engager sa responsabilité. Demeure toutefois réservée l'annotation du droit au Registre foncier³¹³.²⁵⁹

b) La donation

La donation (art. 239 ss CO) est le contrat par lequel un bien est attribué à une personne sans aucune contreprestation. Ce qui la caractérise est sa gratuité³¹⁴. Elle ne constitue donc pas un cas de préemption, dans la mesure où le transfert de propriété est indissociablement lié à la personne du donataire³¹⁵. Toutefois, la donation ne se présume pas³¹⁶, de sorte qu'elle doit ressortir clairement de

³⁰⁷ Voir supra No 73.

³⁰⁸ Voir supra No 12ss.

³⁰⁹ La donation mixte est une vente conclue à une valeur nettement inférieure à la valeur réelle du bien. Non seulement les parties doivent être objectivement conscientes de la disproportion entre la valeur réelle du bien et la contreprestation versée, mais encore le vendeur doit agir avec la volonté de faire à l'acquéreur une prestation à titre gratuit (TERCIER, *Les contrats*, p. 263, Nos 1788 ss).

³¹⁰ Voir infra Nos 518 ss.

³¹¹ Voir supra Nos 127 ss.

³¹² Voir supra Nos 132 ss.

³¹³ L'annotation du droit de préemption confère non seulement la priorité sur les droits postérieurement acquis sur l'immeuble (effet typique de l'annotation), mais également le rend propter rem, et le rattache ainsi à la propriété de l'immeuble. art. 959 al. 2 CC. Voir également STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 222, Nos 799 ss. TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1145.

³¹⁴ ENGEL, *Les contrats*, p. 110 No 24, TERCIER, *Les contrats*, p. 262, No 1777.

³¹⁵ *Message*, p. 1017. ATF 101 II 59 = JdT 1975 I 383. FOËX, NOT@LEX 2010, p 84. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 147, No 1731b.

³¹⁶ Arrêt de la Cour de Justice du canton de Genève du 1er juin 1979 = SJ 1980, p. 429.

l'intention des parties. Tel est le cas en particulier pour la donation mixte³¹⁷ où il est important de distinguer entre la vente et la donation, ainsi que de déterminer lequel de ces deux éléments prédomine³¹⁸. En effet, nous partageons l'opinion de U. HESS et de H. REY selon laquelle l'exercice du droit de préemption ne pourra pas avoir lieu si l'élément de la donation est prédominant³¹⁹. Illustrons nos propos par les exemples suivants :

261 A) X a deux descendants, A et B. Son patrimoine est constitué d'un immeuble d'une valeur vénale de Fr. 2'600'000 qu'il souhaite léguer à ses descendants, à parts égales. Il décide toutefois de céder de son vivant son immeuble à son fils A pour le prix de Fr. 1'300'000. Il s'agit donc d'une donation mixte, avec un élément de vente pour le prix de Fr. 1'300'000, et un élément de donation à concurrence du même montant, qui prédomine. En effet, la motivation de X est principalement de transmettre le bien à A³²⁰ ; la vente n'étant qu'un moyen accessoire de préserver les droits successoraux de B³²¹. Dès lors, dans la mesure où la personne de A joue un rôle de premier plan dans la transaction, cette dernière ne constitue pas un cas de préemption³²².

262 B) Supposons maintenant que X décide de mettre en vente son immeuble. Parmi les offres qu'il reçoit, il y a celle de son fils A qui souhaite acheter l'immeuble pour une valeur de Fr. 1'300'000. Profitant de l'occasion pour régler sa succession de son vivant, X accepte cette offre même si elle est nettement plus basse que le marché. Ainsi, la vente est prédominante dans l'intention de X, la donation en faveur de A ne lui permettant qu'accessoirement de régler sa succession de son vivant. La transaction constitue donc un cas de préemption.

263 La distinction entre l'élément de donation et l'élément de vente est très subtile, et dépend essentiellement de l'intention des parties, à l'exclusion notamment de la valeur de la donation³²³, ou du lien de parenté entre les parties³²⁴. Là encore, pour éviter tout malentendu, il appartient à l'officier public chargé de recevoir la vente de consigner clairement l'intention des

³¹⁷ La donation mixte est une vente conclue à une valeur nettement inférieure à la valeur réelle du bien. Non seulement les parties doivent être objectivement conscientes de la disproportion entre la valeur réelle du bien et la contreprestation versée, mais encore le vendeur doit agir avec la volonté de faire à l'acquéreur une prestation à titre gratuit (TERCIER, *Les contrats*, p. 263, Nos 1788 ss).

³¹⁸ Une simple réduction du prix ne suffit pas pour exclure le cas de préemption. ATF 102 II 243 = JdT 1977 I 258 . FOËX, NOT@LEX 2010, p 84.

³¹⁹ Bak-HESS, No 8 ad art. 216c CC. Bak-REY No 6 ad art. 681 CC. Contra : *Message*, p. 1017, BeK-MEIER-HAYOZ, No 146, ad art. 681 CC. CoRo-FOËX, No 12 ad art. 216c CC. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 147, No 1731b.

³²⁰ Si A n'était pas l'acquéreur, la cession n'aurait probablement pas lieu.

³²¹ La donation sera rapportable au sens de l'art. 626 al. 2 CC.

³²² *Message*, p. 1017.

³²³ Dans les exemples ci-dessus la valeur de la donation est égale au prix de vente.

³²⁴ Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser à plusieurs reprises que « le fait que les cocontractants conviennent d'un prix favorable en raison de leurs liens spéciaux ne convertit pas la vente en une donation, même partiellement » (ATF 102 II 243 = JdT 1977 I p. 265).

parties, afin de s'assurer que la transaction n'a pas pour but d'éviter le droit de préemption.

Dans la mesure où la donation ne constitue pas un cas de préemption, 264
devront être traitées les questions de la reprise du droit³²⁵, ainsi que de la stipulation pour autrui³²⁶, puisqu'après le transfert de propriété, l'aliénateur risque d'engager sa responsabilité. Demeure toutefois réservée l'annotation du droit au Registre foncier³²⁷.

Par ailleurs, il est à remarquer que dans un arrêt récent qui portait sur 265
l'exercice d'un droit de préemption public de droit cantonal, le Tribunal fédéral a souligné que la donation mixte ne constituait pas un droit de préemption sans toutefois étayer son affirmation³²⁸. Nous n'approuvons bien évidemment pas cette jurisprudence. Nous ne pouvons malheureusement pas la commenter dans la mesure où l'affirmation de notre Haute Cour n'est suivie d'aucune argumentation juridique.

Autre est la question de savoir si, en matière de droit de préemption 266
conventionnel, les parties au pacte sont en droit de stipuler que la donation constitue un cas de préemption. Nous partageons l'opinion de B. Foëx³²⁹ selon laquelle les parties peuvent stipuler que la donation constitue un cas de préemption dans la mesure où l'art. 216c CC est de droit dispositif.

Toutefois, contrairement à la vente entre parents, la donation présente la 267
particularité qu'aucun prix n'a été convenu au moment du transfert de propriété³³⁰. La question se posera donc de savoir comment déterminer la valeur à laquelle le droit pourra être exercé. Qui va la déterminer ? Le préempteur ? L'aliénateur ? D'un commun accord entre les deux ? Au moyen d'un expert, choisi par le préempteur, par l'aliénateur ou par les deux ? Et à la charge de qui ? Toutes des questions que nous examinerons ultérieurement³³¹.

³²⁵ Voir supra Nos 127 ss.

³²⁶ Voir supra Nos 132 ss.

³²⁷ L'annotation du droit de préemption confère non seulement la priorité sur les droits postérieurement acquis sur l'immeuble (effet typique de l'annotation), mais également le *rend propter rem*, et le rattache ainsi à la propriété de l'immeuble. art. 959 al. 2 CC. Voir également STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 222, Nos 799 ss.

³²⁸ 1C_33/2008 = SJ 2008, p. 409 ss.

³²⁹ CoRo-Foëx, No 16 ad art. 216c CC.

³³⁰ Au mieux figurera dans l'acte notarié une valeur à l'attention de l'Administration fiscale qui sera la plupart du temps inférieure à la valeur vénale de l'objet.

³³¹ Voir infra Nos 518 ss.

268 Finalement, si les parties au pacte de préemption conviennent d'étendre l'exercice du droit à la donation, la clause contractuelle devra être passée en la forme authentique dans la mesure où la situation de l'aliénateur est aggravée³³². Le droit de préemption pourra être annoté au Registre foncier³³³.

c) L'entretien et la rente viagère

269 Selon le Tribunal fédéral³³⁴, et la doctrine majoritaire³³⁵, ni la rente viagère (art. 516 ss CO), ni l'entretien viager (art. 521 st CO) ne constituent des cas de préemption. En effet, il est estimé que dans ces deux cas, la personne de l'acquéreur joue un rôle de premier plan, de sorte qu'on ne saurait imposer à l'aliénateur un tiers acquéreur. Quant à B. FOËX, si, dans un premier temps, il a admis que l'entretien viager et la rente viagère pouvaient constituer un cas de préemption³³⁶, il est revenu récemment sur sa position et ne reconnaît plus que l'entretien viager et la rente viagère puissent constituer des cas de préemption, mettant en avant « le caractère aléatoire marqué »³³⁷ de ces contrats. Quant à nous, nous admettons que tant l'entretien viager que la rente viagère devraient constituer des cas de préemption, malgré la jurisprudence et la doctrine majoritaire.

270 En effet, il y a lieu tout d'abord de remarquer que la jurisprudence du Tribunal fédéral a été prise sous l'ancien droit. Avec l'entrée en vigueur du nouvel art. 216c CO³³⁸, cette jurisprudence doit-elle être maintenue ? Nous en doutons dans la mesure où l'alinéa 1 de cette nouvelle disposition stipule clairement que constitue un cas de préemption notamment « tout autre acte juridique équivalant économiquement à une vente ».

271 Or, nous pensons que tant la rente viagère que l'entretien viager sont des modalités de paiement. L'intention du cédant est principalement d'aliéner le bien, moyennant une contreprestation. Il s'agit donc bien d'un acte équivalant juridiquement à une vente, et donc le droit de préemption peut être exercé.

272 Par ailleurs, la rente viagère et l'entretien viager, en tant que modalités de paiement, ne sont qu'accessoires. Or, le Tribunal fédéral³³⁹ a eu l'occasion de préciser que l'exercice du droit de préemption est exclu si le préempteur n'est pas en mesure d'exécuter personnellement les prestations accessoires en

³³² Voir supra No 73.

³³³ Voir supra No 12 ss.

³³⁴ ATF 118 II 401 = JdT 1995 I 128.

³³⁵ *Message*, p. 1017. Bak-REY, No 6 ad art. 681 CC. BRÜCKNER, p. 533. SIMONIUS/SUTTER I, p. 370. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 147, No 1731b.

³³⁶ CoRo-FOËX, No 10 ad art. 216c CO.

³³⁷ FOËX, NOT@LEX 2010, p 85.

³³⁸ Entrée en vigueur le 01.01.1994.

³³⁹ ATF 89 II 446 = JdT 1964 I 350.

nature, et que ces dernières ne sont pas appréciables en argent. Tel n'est le cas ni de l'entretien, ni de la rente, puisqu'il est toujours possible de calculer leur valeur capitalisée en fonction de l'âge de l'aliénateur³⁴⁰. Ainsi de deux choses l'une : soit l'entretien, ou la rente, est exécuté par le préempteur³⁴¹, soit sa valeur sera capitalisée et le préempteur devra désintéresser en argent. Dans les deux cas, le droit de préemption pourra être exercé.

La question se pose finalement si le choix de la contreprestation en nature, ou au contraire en argent, appartient au préempteur, ou au vendeur. Il est vrai que tant la rente viagère, que l'entretien viager sont intimement liés à l'acquéreur. En ce sens, nous rejoignons l'opinion du Tribunal fédéral, selon laquelle il ne saurait être imposé à l'aliénateur un autre cocontractant, compte tenu du caractère personnel de cette prestation³⁴². Ainsi, nous pensons qu'il appartient au vendeur de décider si la contreprestation sera exécutée en nature, ou au contraire en argent. Le préempteur n'a pas à être protégé en l'espèce. Il est en effet informé, au moment de la réalisation du cas de préemption, que le paiement du prix pourrait être exécuté par le versement d'une rente viagère, voire d'un entretien viager, si le vendeur le souhaite. A lui de décider en pleine connaissance de cause d'exercer son droit, et courir le risque de devoir exécuter sa contreprestation sous forme de rente viagère, voire d'entretien viager.

En conclusion, contrairement à la jurisprudence³⁴³ et à la doctrine majoritaire³⁴⁴, en cas de contrat d'entretien viager, ou de rente viagère, nous pensons que la personne de l'acquéreur joue un rôle de premier plan non pas dans l'intention de l'aliénateur de transférer la propriété, mais dans l'exécution de la contreprestation. Dès lors, tant le contrat d'entretien viager, que de rente viagère, sont des actes juridiques « équivalant économiquement à une vente »,

³⁴⁰ Pour calculer la valeur capitalisée, il suffit de multiplier la rente annuelle, voire d'estimer l'entretien annuel, et le multiplier par un coefficient qui est fonction du nombre probable d'années que durera le droit. « La durée présumable du droit est déterminée par les tables de capitalisation, qui tiennent notamment compte des statistiques sur l'espérance de vie. On utilise généralement à cette fin les tables *Stauffer/Schaetzle* » (STEINAUER, *L'usufruit*, p. 336).

³⁴¹ L'exécution peut d'ailleurs avoir lieu "indirectement", par exemple : si le tiers acquéreur verse auprès d'une institution spécialisée un capital unique assurant ainsi à l'aliénateur le versement d'une rente viagère (ce qui permettrait à l'aliénateur de se préserver contre une éventuelle insolvabilité du débitrentier) ; ou encore si le préempteur s'engage à verser un montant périodique à une personne choisie par l'aliénateur, qui sera chargée d'assurer l'entretien de ce dernier. Dans cette dernière hypothèse, devra être qualifié le contrat conclu entre le préempteur et le tiers (contrat de travail (art. 319 ss CO), mandat (art. 394 ss CO), etc).

³⁴² Si le caractère strictement personnel doit incontestablement être admis pour l'entretien viager, compte tenu de l'étendue de cette obligation au sens de l'art. 524 CO, tel n'est pas forcément le cas pour la rente viagère. En effet, cette dernière est une prestation en argent. Or, peu importe à l'aliénateur qu'elle soit versée par X ou Y, sous réserve bien entendu de la solvabilité de l'un et de l'autre. Ce dernier point peut d'ailleurs être garanti par une hypothèque légale tant pour l'entretien viager (art. 523 CO) que pour la rente viagère (art. 837 al. 1 ch. 1 CC).

³⁴³ ATF 118 II 401 = JdT 1995 I 128.

³⁴⁴ *Message*, p. 1017. Bak-REY, No 6 ad art. 681 CC. BRÜCKNER, p. 533. FOËX, NOT@LEX 2010, p. 85. SIMONIUS/SUTTER I, p. 370. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 147, No 1731b.

et de ce fait constituent un cas de préemption (art. 216c al. 1 CO). En revanche, dans la mesure où ils ne concernent que l'exécution de la contreprestation, ils constituent des obligations accessoires parfaitement appréciables en argent, et qui ne sauraient être imposées au vendeur. Ce dernier est donc libre, en cas d'exercice du droit de préemption, d'imposer au préempteur, sans aucun recours possible, l'exécution de la rente viagère, voire de l'entretien viager, ou au contraire d'exiger qu'ils soient convertis en capital.

II. Les actes dans lesquels l'aliénateur ne reçoit pas de contreprestation pécuniaire

a) La dation en paiement

La dation en paiement (art 172 CO) a pour but d'éteindre une obligation du ²⁷⁵ cédant à l'égard d'un créancier, qui accepte de recevoir, en exécution de sa créance, une chose³⁴⁵ différente de ce qui faisait l'objet de l'obligation initiale³⁴⁶. Selon B. FOËX, CH. BRÜCKNER, P.-H. STEINAUER, ET P. TERCIER³⁴⁷, elle constitue un cas de préemption. Nous ne partageons ce point de vue, et nous pensons qu'il y a lieu de distinguer entre la dation à titre de paiement et celle en vue de paiement.

Ainsi, la dation à titre de paiement a pour but principal de libérer le cédant ²⁷⁶ de sa dette à l'égard du cessionnaire, en lui transférant une chose en lieu et place de la somme due³⁴⁸. La personne du cessionnaire joue un rôle de premier plan, ce qui empêche le droit de préemption de s'exercer³⁴⁹. Or, tel n'est pas le cas de la dation en vue de paiement. Dans cette hypothèse, la cession est faite en vue de réaliser l'objet cédé. Le cédant ne sera libéré de sa dette que si le produit de la réalisation suffit à désintéresser le cessionnaire³⁵⁰. Le cédant pourrait tout aussi bien réaliser le bien lui-même, et ensuite seulement désintéresser son créancier. Dans cette dernière hypothèse, le droit de préemption s'exercerait. C'est pourquoi, nous pensons que la dation en vue de paiement constitue un cas de préemption.

b) L'échange

Selon le Message du Conseil fédéral, CH. BRÜCKNER, P. SIMONIUS et TH. ²⁷⁷ SUTTER, P.-H. STEINAUER, ainsi que P. TERCIER et P. FAVRE³⁵¹, l'échange (art. 237 st CO), à l'instar de l'entretien viager, ne constitue pas un cas de préemption dans la mesure où l'aliénateur ne reçoit pas de contreprestation pécuniaire. B. FOËX U. HESS, H. REY admettent que l'échange peut constituer un cas de

³⁴⁵ En l'occurrence un immeuble.

³⁴⁶ TERCIER, *Les contrats*, p. 71, No 509.

³⁴⁷ CoRo-FoËx, No 9 ad art. 216c CO. BRÜCKNER, p. 532. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 147, No 1731a. TERCIER, *Les contrats*, p. 170, No 1135.

³⁴⁸ ENGEL, *Traité des obligations*, p. 620. CoRo-PROBST, No 1 ad art. 172 CO.

³⁴⁹ Demeurent réservées l'éventuelle reprise de droit et la stipulation pour autrui (voir supra Nos 127 ss).

³⁵⁰ ENGEL, *Traité des obligations*, p. 620. CoRo-PROBST, No 1 ad art. 172 CO.

³⁵¹ *Message*, p. 1017. BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 533. SIMONIUS/SUTTER I, p. 370. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 147, No 1731b. TERCIER, *Les contrats*, p. 170 No 1136.

préemption s'il porte sur des choses fongibles (marchandises, pétrole etc.), à l'exclusion de tout immeuble, tableau ou corps certain³⁵².

278 La jurisprudence, quant à elle, est nuancée dans la mesure où elle admet que l'échange ne constitue pas un cas de préemption, sauf s'il a lieu moyennant le versement d'une soulte. Dans cette hypothèse, le droit peut être exercé si l'élément de la vente est prépondérant, « à plus forte raison s'il résulte des circonstances que l'accord des parties produit le même résultat qu'une vente et n'a été revêtu de la forme de l'échange que pour éluder le droit de préemption légal »³⁵³.

279 Nous approuvons la position du Tribunal fédéral, mais nous pensons qu'il y a lieu d'apporter plus de nuances. En effet, l'échange peut, dans une certaine mesure, être assimilé à une aliénation à titre onéreux. En effet, ce qui le différencie d'une vente est que la contreprestation est faite en nature, savoir le transfert d'un autre bien immobilier, et non pas en argent. Or, contrairement au Tribunal fédéral, nous sommes d'avis que l'élément déterminant est la motivation des parties, indépendamment du versement d'une soulte. Ainsi, un échange peut constituer un cas de préemption chaque fois que l'élément de l'aliénation à titre onéreux est prépondérant, dans l'intention des parties, de telle sorte qu'il peut être assimilé à un « acte juridique équivalant économiquement à une vente » (art. 216c CO). Tel sera le cas, comme dans l'hypothèse visée par le Tribunal fédéral³⁵⁴, si une soulte est versée et que la forme de l'échange a simplement pour but d'éluder l'exercice du droit de préemption, mais également chaque fois que la personne de l'acquéreur ne joue pas un rôle principal dans l'échange. Ainsi, nous pouvons parfaitement imaginer qu'un échange constitue un cas de préemption, indépendamment du versement d'une soulte, ou de l'intention des parties d'éluder l'exercice du droit de préemption. Prenons les exemples suivants :

280 A) V est propriétaire d'une parcelle (1V), qui est grevée d'un droit de préemption en faveur de P, et qui jouxte la parcelle de A (1A). Ce dernier est par ailleurs propriétaire d'un appartement en ville de même valeur que la parcelle de V. Désireux d'acquérir la parcelle de V, et sachant que ce dernier souhaite acquérir un bien en ville à l'aube de sa retraite, A propose à V d'échanger la parcelle contre l'appartement, ce que V accepte. Dans la mesure où les deux biens sont de même valeur, l'échange aura lieu sans le versement d'aucune soulte. Par ailleurs, manifestement ni V ni A n'ont l'intention d'éluder l'exercice du droit de préemption de P.

281 Or, nous pensons qu'un tel cas d'espèce constitue un cas de préemption. En effet, la motivation de V est avant tout de se rapprocher de la ville. Pour ce

³⁵² CoRo-FoEX, No 12 ad art. 216c CO. FoEX, NOT@LEX 2010, p 84. Bak-Hess, No 10 ad art. 216c CO. Bak-REY, No 6 ad art. 681 CC.

³⁵³ ATF 94 II 342 ss = JdT 1969 I 587.

³⁵⁴ ATF 94 II 342 ss = JdT 1969 I 587.

faire, il aurait pu vendre sa parcelle et investir le prix de vente dans l'achat d'un appartement. Dans l'intention de V, la personne de A ne joue pas un rôle principal, son objectif premier étant d'acquérir un appartement en ville. Il aurait par ailleurs pu procéder éventuellement à l'échange avec P, si ce dernier avait eu également un appartement à lui proposer en ville. P pourra donc exercer son droit de préemption.

La question se pose si V peut exiger de P qu'il lui propose un appartement similaire à celui de A. A l'instar de l'entretien viager et de la rente viagère, l'échange est une modalité d'exécution de la contreprestation, et à ce titre est une obligation accessoire. Ainsi, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral³⁵⁵, P ne pourra pas exercer son droit s'il n'est pas en mesure d'exécuter personnellement la prestation accessoire en nature, et que cette dernière n'est pas appréciable en argent. Tel n'est pas le cas puisque la valeur de l'appartement peut être estimée. Ainsi, soit P a un appartement similaire à proposer à V, soit il devra exécuter sa prestation en argent. Dans les deux cas, le droit de préemption pourra être exercé. 282

Finalement, dans l'hypothèse où P peut proposer à V un appartement similaire à celui de A, la question se pose si le choix de la contreprestation en nature, ou au contraire en argent, appartient à P, ou à V. Il est vrai que la motivation première de l'échange est pour V d'acquérir un appartement en ville. Ainsi, à l'instar de ce que nous avons préconisé pour la rente viagère et l'entretien viager, nous pensons qu'il appartient à V de décider si la contreprestation de P sera exécutée en nature, ou au contraire en argent. P n'a pas à être protégé en l'espèce. Il est en effet informé, au moment de la réalisation du cas de préemption, que le paiement du prix pourrait être exécuté par l'échange de son appartement, si V le souhaite. A lui de décider en pleine connaissance de cause d'exercer son droit, et courir le risque de devoir aliéner son appartement. 283

B) Supposons maintenant que V est également propriétaire d'une seconde parcelle (V2) sur laquelle il habite, et qui jouxte une parcelle également propriété de A (A2). La parcelle V1 est estimée au double de la valeur de A2. Désireux d'augmenter son jardin, V propose à A de lui échanger sa parcelle V1 avec la parcelle A2, ce qui est accepté par A. 284

Compte tenu de la différence de valeur (le double) entre V1 et A2, A devra verser une soulte à V. Par ailleurs, manifestement ni V ni A n'ont l'intention d'éluder l'exercice du droit de préemption de P. Ainsi, en l'espèce, nous pensons que P ne pourra pas exercer son droit. En effet, la motivation principale de V est d'agrandir son jardin. Pour ce faire il souhaite la parcelle de A qui jouxte la sienne, et aucune autre. La personne de A joue un rôle principal dans l'échange, de sorte que ce dernier ne constitue pas un cas de préemption. 285

³⁵⁵ ATF 89 II 446 = JdT 1964 I 350.

- 286 Dans cette dernière hypothèse, devront être traitées les questions de la reprise du droit, ainsi que de la stipulation pour autrui³⁵⁶, puisqu'après le transfert de propriété, V risque d'engager sa responsabilité. Demeure toutefois réservée l'annotation du droit au Registre foncier³⁵⁷.
- 287 Dès lors, compte tenu du caractère hybride de l'échange, nous sommes d'avis qu'il appartient à l'officier public, chargé de recevoir l'acte, de consigner clairement l'intention des parties afin de savoir si l'échange constitue un cas de préemption. Par ailleurs, dans le cadre d'un droit de préemption conventionnel, les parties au pacte peuvent convenir que l'échange constituera, ou au contraire ne constituera pas, un cas de préemption, dans la mesure où l'art. 216c al. 1 CO est de droit dispositif³⁵⁸. La clause contractuelle devra toutefois être passée en la forme authentique, si elle étend le cas de préemption à toute forme d'échange, dans la mesure où la situation du vendeur est aggravée, alors que la forme écrite suffit si l'échange, sous toutes ses formes, est exclu des cas de préemption, puisque seule la situation du préempteur est péjorée dans une telle hypothèse³⁵⁹. Dans tous les cas, nous pensons que le droit de préemption pourra être annoté au Registre foncier³⁶⁰.
- 288 En conclusion, nous admettons que l'échange ne constitue pas un cas de préemption, si la personne de l'acquéreur joue un rôle principal, indépendamment du versement d'une soulte, et sous réserve de la volonté des parties d'éluder le droit.
- 289 Si l'échange constitue un cas de préemption, le vendeur peut demander que le préempteur exécute sa contreprestation au moyen d'un bien semblable à celui qui faisait l'objet de l'échange. Si le préempteur ne possède pas un tel bien, la contreprestation se fera en argent.
- 290 Si en revanche, l'échange ne constitue pas un cas de préemption, demeurent réservées les questions de la reprise du droit, ainsi que de la stipulation pour autrui³⁶¹, sous réserve de l'annotation du droit au Registre foncier.
- 291 Par pacte de préemption, il peut être convenu que l'échange, sous toutes ses formes, constituera, ou ne constituera pas, un cas de préemption. Dans la première hypothèse, le pacte doit être couvert par la forme authentique, dans la seconde la forme écrite suffit.

³⁵⁶ Voir supra Nos 132 ss.

³⁵⁷ L'annotation du droit de préemption confère non seulement la priorité sur les droits postérieurement acquis sur l'immeuble (effet typique de l'annotation), mais également le *rend propter rem*, et le rattache ainsi à la propriété de l'immeuble. art. 959 al. 2 CC. Voir également STEINAUER., *Les droits réels I*, p. 222, Nos 799 ss.

³⁵⁸ CoRo-FOEX, No 16 ad art. 216c CC.

³⁵⁹ Voir supra No 73.

³⁶⁰ Voir supra No 12 ss.

³⁶¹ Voir supra Nos 132 ss.

III. Les actes fondés sur le droit des sociétés

a) L'apport et la reprise d'un immeuble

Est controversée en doctrine la question de savoir si l'apport d'un immeuble lors de la constitution³⁶² d'une société est un cas de préemption. Ainsi, sans motiver réellement leur position, le Message du Conseil fédéral, CH. BRÜCKNER, H. GIGER, A. MEIER-HAYOZ, P.-H. STEINAUER, ainsi que H. PETER l'admettent, contrairement à B. FOËX et U. HESS³⁶³.

Nous pensons qu'il y a lieu de se référer au critère de la restructuration du patrimoine de l'aliénateur³⁶⁴. En ce sens, nous rejoignons l'avis de U. HESS³⁶⁵ selon lequel ne constitue pas un cas de préemption l'apport à une société détenue par le propriétaire uniquement, ou qu'il contrôle majoritairement. En effet, dans une telle hypothèse, le propriétaire garde indirectement une maîtrise sur l'immeuble, de sorte qu'il conserve les mêmes droits de fait, bien que juridiquement la situation soit différente. Il s'agit donc d'une opération neutre qui doit être qualifiée de restructuration patrimoniale, et qui ne justifie pas l'exercice du droit de préemption. Tel n'est toutefois pas le cas, si le propriétaire n'est pas majoritaire au sein de la société. En effet, en lieu et place de la maîtrise sur l'immeuble, l'apporteur obtient une participation dans la société. Sa situation est différente juridiquement, mais surtout de fait. Il ne s'agit plus d'une simple restructuration patrimoniale, mais d'une aliénation, moyennant une contreprestation (la remise de participation). Dans ce cas d'espèce, le droit de préemption peut s'exercer.

Par ailleurs, nous ne partageons pas le point de vue de U. HESS qui assimile l'apport lors de la constitution de la société, à celui fait à titre de remboursement d'une dette de l'apporteur à l'encontre de la société. En effet, ces deux situations ne sont pas comparables. Dans la première hypothèse, l'apport permet au propriétaire de maintenir, voire d'augmenter sa participation, et modifie ainsi sa situation juridique au sein de la société, sans engendrer des changements de fait ; contrairement à la seconde, qui ne modifie pas la position de l'aliénateur au sein de la société, mais lui permet de diminuer ses dettes. Cette dernière situation peut être assimilée à une aliénation à titre onéreux, dont la contreprestation est effectuée par compensation de créance. Elle justifie donc un cas de préemption.

³⁶² Voire l'augmentation du capital.

³⁶³ *Message*, p. 1017. BRÜCKNER, p. 533. BeK-GIGER, No 122, ad art. 216 CO. BeK-MEIER-HAYOZ, No 159, ad art. 681 CC. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 147, No 1731b. PETER, *La cession*, p. 368. Contra : CoRo-FoËX, No 10 ad art. 216c CO, No 12, Bak-Hess, No 9 ad art. 216c CO.

³⁶⁴ *Message*, p. 1017.

³⁶⁵ Bak-Hess, No 9 ad art. 216c CO.

295 Le même raisonnement peut être tenu pour la reprise de bien, au terme de laquelle la société reprend un bien immobilier d'un de ses associés. Là aussi, l'opération ne permet pas à l'aliénateur d'augmenter sa participation, mais simplement de recevoir une contreprestation. Il s'agit donc d'une aliénation à titre onéreux qui justifie l'exercice du droit de préemption.

b) La fusion, la transformation et la scission d'une société

296 Selon la doctrine³⁶⁶, la cession qui intervient dans le cadre d'une fusion ne constitue pas un cas de préemption. Nous partageons ce point de vue dans la mesure où il s'agit d'une simple restructuration de société, sans que la cession soit suivie d'une contreprestation. Tel est le cas également, à notre avis, pour la transformation et la scission. Il est vrai que cette dernière hypothèse peut, dans certaines circonstances, justifier une contreprestation.

297 Prenons l'exemple d'une société, ayant une activité dans l'immobilier et dans l'informatique, et détenue par deux associés, A et B, à parts égales entre eux. Les associés décident de mettre fin à leur collaboration, et ainsi de scinder la société, chacun d'entre eux poursuivant une des activités de la société sous une nouvelle entité. Ainsi, A conservera l'activité immobilière, et B l'informatique. Toutefois, le parc immobilier de la société étant économiquement plus important que celui informatique, la nouvelle entité détenue par A devra désintéresser la société détenue par B, moyennant une contreprestation. Nous sommes d'avis que cette situation est similaire à un partage qui ne constitue pas un cas de préemption (art. 216c al. 2 CO par analogie).

c) Le transfert de patrimoine

298 Avec l'entrée en vigueur de la Lfus³⁶⁷ est apparu le transfert de patrimoine, institution nouvelle qui permet « à toutes sociétés et entreprises individuelles inscrites au Registre du commerce de transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet de droit privé » (art.69 al. 1 Lfus).

299 Le transfert de patrimoine s'effectue sur la base d'un contrat passé en la forme écrite, sous réserve du transfert de biens immobiliers qui doit être couvert par la forme authentique (art. 70 al. 1 Lfus). Par ailleurs, il peut avoir

³⁶⁶ CoRo-FOËX, No 12 ad art. 216c CO. Bak-HESS, No 12 ad art. 216c CO. PETER, *La cession*, p. 368. Bak-REY, No 6 ad art. 681 CC.

³⁶⁷ La Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, entrée en vigueur le 01.07.2004.

lieu à titre gratuit, ou bien moyennant une contreprestation. Il peut concerner plusieurs biens, comme s'étendre à un seul.

Si le transfert de patrimoine a lieu à titre gratuit, il s'agit d'une donation qui ne constitue pas un cas de préemption, sous réserve du cas de la donation mixte³⁶⁸. Demeurent par ailleurs réservées les questions de la reprise du droit, de la stipulation pour autrui³⁶⁹, ainsi que de l'annotation du droit au Registre foncier³⁷⁰.

Si le transfert de patrimoine a lieu moyennant une contreprestation, il y a lieu d'examiner cette dernière pour savoir si le transfert constitue un cas de préemption. Tel sera le cas si l'opération a lieu à titre onéreux. Toutefois, le transfert de patrimoine peut également être effectué moyennant l'acquisition par le transférant des droits de sociétariat dans la société reprenante. Dans une telle hypothèse, il y a lieu d'examiner si l'opération représente de fait un apport en nature³⁷¹, voire une fusion³⁷². En cas d'apport en nature, l'opération constitue un cas de préemption si la transférante n'est pas majoritaire dans la société reprenante³⁷³. En cas de fusion le droit de préemption ne pourra pas être exercé³⁷⁴. Si en revanche, le transfert de patrimoine permet aux associés de la société transférante d'acquérir des droits de sociétariat dans la société reprenante, l'opération est régie par les règles sur la scission³⁷⁵, ce qui ne constitue pas un cas de préemption.

Finalement, si le transfert de patrimoine porte sur plusieurs biens, dont un seul est grevé d'un droit de préemption, la question se pose si le droit pourra s'exercer uniquement sur le bien grevé, ou sur l'ensemble du patrimoine transféré.

Dans la mesure où le bien grevé est transféré, même collectivement avec d'autres immeubles, le droit de préemption peut s'exercer³⁷⁶. Quant à

³⁶⁸ Voir supra Nos 260 ss.

³⁶⁹ Voir supra Nos 132 ss.

³⁷⁰ L'annotation du droit de préemption confère non seulement la priorité sur les droits postérieurement acquis sur l'immeuble (effet typique de l'annotation), mais également le rend propter rem, et le rattache ainsi à la propriété de l'immeuble. art. 959 al. 2 CC. Voir également STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 222, Nos 799 ss.

³⁷¹ Voir une reprise de biens.

³⁷² R. BAHAR admet que le transfert de patrimoine peut conduire de fait à un apport en nature (reprise de biens), ou à une fusion, ce qu'il déplore mais admet toutefois conforme à la volonté du législateur (CoLfus-BAHAR No 20 ad art. 69 Lfus).

³⁷³ Bak-HESS, No 9 ad art. 216c CO.

³⁷⁴ CoRo-FOËX, No 12 ad art. 216c CO. Bak-HESS, No 12 ad art. 216c CO. PETER, *La cession*, p. 368. Bak-REY, No 6 ad art. 681 CC.

³⁷⁵ CoLfus-BAHAR No 23 ad art. 69 Lfus.

³⁷⁶ BeK-MEIER-HAYOZ, No 148 et 154, ad art. 681 CC. MEIER-HAYOZ semble admettre dans un premier temps l'exercice du droit de préemption si l'objet grevé est vendu avec d'autres objets. Toutefois, cet auteur exclut l'exercice du droit en cas de vente d'un immeuble soumis au régime de la propriété par étages, dont seul un lot fait l'objet d'un droit de préemption. Nous ne comprenons pas

l'étendue du droit, nous sommes d'avis qu'il y a lieu de se référer à l'intention des parties à l'acte de transfert. En effet, si les transferts de chaque parcelle sont indissociablement liés dans l'esprit des parties, elles constituent une condition principale au transfert, et le préempteur y est tenu. Dans le cas contraire, elles ne sont qu'une condition accessoire, qui permet d'exercer le droit uniquement sur l'immeuble grevé³⁷⁷.

d) La liquidation d'une société

³⁰⁴ La réalisation d'un bien immobilier qui intervient en faveur d'un tiers dans le cadre de la liquidation d'une société constitue un cas de préemption. En revanche, selon le Tribunal fédéral³⁷⁸, la cession à un associé intervenant dans le cadre d'une liquidation de société ne constitue pas un cas de préemption. Bien que nous rejoignons cette opinion, nous pensons qu'il y a lieu d'y apporter certaines nuances.

³⁰⁵ Ainsi, si le bien immobilier est cédé par la société à un des associés à titre de dividende de liquidation, le droit de préemption ne pourra s'exercer conformément à la jurisprudence, dans la mesure où la personne de l'associé joue un rôle de premier plan dans la transaction³⁷⁹. En revanche, tel ne sera pas le cas si la cession est faite pour partie à titre de dividende de liquidation, et pour partie moyennant le paiement d'un prix. Comme pour le cas de la donation mixte³⁸⁰, nous sommes d'avis qu'il y a lieu d'analyser l'intention des parties pour savoir si l'élément « prix de vente » prédomine celui de « dividende de liquidation », ou inversement. Dans la première hypothèse, le droit de préemption pourra s'exercer, ce qui n'est pas le cas pour la seconde.

³⁰⁶ Prenons comme exemple le cas d'une société immobilière, propriétaire d'un seul immeuble, estimé à une valeur vénale de Fr. 1'000'000, et dont les participations sont détenues par deux associés, A et B, à parts égales entre eux. La société est dissoute et après avoir désintéressé tous les créanciers, le bien immobilier est cédé à A, pour partie à titre de dividende de liquidation, et pour partie moyennant le paiement d'un prix de Fr. 500'000. Si la société a été dissoute dans le but de transférer le bien immobilier à A sans léser B, l'élément de « dividende de liquidation » prédomine et l'opération ne constitue pas un cas de préemption. Si en revanche, le bien est mis en vente lors de la phase de liquidation, et que parmi les offres les plus intéressantes figure celle de A, il y a

cette distinction. Nous sommes d'avis que les deux situations sont similaires et doivent être traitées de la même façon, de sorte que le droit de préemption pourra être exercé dans les deux cas.

³⁷⁷ Quant à la différence entre condition principale et accessoire, voir notamment ATF 89 II 446 = JdT 1964 I 350.

³⁷⁸ ATF 126 III 187 = JdT 2000 I 577.

³⁷⁹ *Message*, p. 1017.

³⁸⁰ Voir supra Nos 260 ss.

lieu de considérer que la personne de A ne joue qu'un rôle accessoire, l'élément vente étant prédominant. Dès lors, le droit de préemption peut s'exercer.

e) La vente des droits sur une société immobilière

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt antérieur à 1994³⁸¹, a rappelé que la société anonyme et son actionnaire sont deux sujets de droits avec des droits et obligations propres, de sorte que les actes de l'un n'ont en principe aucune conséquence pour l'autre. Ainsi, « la vente de la quasi-totalité des actions par l'actionnaire majoritaire ne permet pas, à moins de circonstances particulières, l'exercice du droit de préemption constitué sur les immeubles appartenant à la société anonyme »³⁸². Notre Haute Cour a néanmoins réservé les règles de la bonne foi dans les relations avec les tiers au sens de l'art. 2 al. 2 CC.

L'application de cette jurisprudence au nouveau droit est controversée en doctrine. Ainsi, H. GIGER et M. MÜLLER³⁸³ ne l'admettent pas, contrairement à Ch. BRÜCKNER, B. FOËX, U. HESS, R. MEIER, H. REY, V. ROBERTO et P.-H. STEINAUER³⁸⁴. P. SIMONIUS et Th. SUTTER ne l'admettent pas tout en réservant le cas de l'abus de droit³⁸⁵.

Quant à H. PETER, il estime que « l'objectif de la réforme de 1994 n'était pas de renoncer au principe clairement exprimé par le Tribunal fédéral dans son arrêt de 1994. La cession du contrôle d'une société qui possède un immeuble grevé d'un droit de préemption ne constitue donc pas, *ipso facto*, un « cas de préemption » au sens de l'article 216c al. 1 CO. [...] On peut à ce propos considérer que la jurisprudence de 1966, « codifiée » en 1994, n'est autre qu'une (banale) mise en œuvre du principe dit de la transparence, plus connu en Suisse sous le nom de « Durchgriff ». Ce principe consiste à faire prévaloir la réalité économique sur le formalisme juridique. [...] En conséquence, la cession du contrôle d'une société (Promettante) détentrice d'un bien grevé d'un droit de préemption ne permet pas *ipso facto* au Préempteur d'exercer son droit et d'acquérir le bien concerné. Il en faut plus. Une condition subjective doit également être réalisée : celui qui cède le contrôle du Promettant doit avoir l'intention de contourner le droit de préemption et cette intention doit être manifestement abusive compte tenu des circonstances »³⁸⁶.

³⁸¹ ATF 92 II 160 = JdT 1967 I p. 186 ss.

³⁸² JdT 1967 I p. 187.

³⁸³ BeK-GIGER ad art. 216c No 18. MÜLLER, *Die Regelung*, p. 224.

³⁸⁴ BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 532. CoRo-Foëx ad art. 216c No 11. BaK-Hess ad art. 216c No 2. MEIER, PJA 1994, p. 144. REY, *Neuregelung*, p. 49. ROBERTO, *Teilrevision*, p. 173. STEINAUER, *Le droit de préemption*, p. 2.

³⁸⁵ SIMONIUS/SUTTER I, p. 373, No 66.

³⁸⁶ PETER, *La cession*, p. 374 ss.

- 310 Nous partageons ce point de vue, ainsi que la jurisprudence précitée. Nous regrettons néanmoins que le critère pris en compte par cet auteur, ainsi que par le Tribunal fédéral soit le principe de la transparence, respectivement les règles de la bonne foi dans les relations avec les tiers au sens de l'art. 2 al. 1 CC. Ce critère est, à nos yeux, source d'insécurité juridique, tant il est vrai qu'en pratique il sera très difficile pour le préempteur d'apporter la preuve de l'intention du vendeur de contourner le droit de préemption de façon abusive. Nous serions d'avis qu'il y aurait lieu d'appliquer le critère du contrôle majoritaire.
- 311 En particulier, la question se pose de savoir si constitue un cas de préemption la vente de tous les droits, en particulier des actions, d'une société détenant un bien immobilier grevé d'un droit de préemption.
- 312 U. HESS³⁸⁷ l'admet, contrairement à B. FOËX³⁸⁸ qui souligne que cette situation présente certaines difficultés. Tout d'abord comment exercer le droit de préemption, et quelle serait l'étendue de ce droit, si la société détenait plusieurs immeubles ? Par ailleurs, selon cet auteur, doit être exclu l'exercice du droit s'il a été conféré par la société et non pas par l'associé, considérant que le droit du vendeur ne s'étend que sur l'immeuble, à l'exclusion de tout autre objet, en particulier la participation détenue par l'associé, qui n'appartient pas à la société. Demeure réservé l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC).
- 313 Nous approuvons les considérations de B. FOËX. Toutefois, en pratique, elles rendent impossible l'exercice du droit de préemption, en particulier si la société ne détient qu'un seul immeuble. En effet, la plupart du temps ne seront aliénés que les droits sur la société, jamais l'immeuble lui-même. Il est donc important, du moins concernant le droit conventionnel, qu'il soit conféré expressément sur les droits de l'associé et sur l'immeuble.
- 314 Quant au droit légal, serait-il impossible à exercer si l'immeuble est détenu par une société ? Pour l'éviter, et ne pas faire de distinction entre le droit légal et le droit conventionnel, nous sommes d'avis qu'il y a lieu, comme lors de l'apport de l'immeuble à la société, d'examiner, tant pour le droit légal que conventionnel³⁸⁹, si la société est majoritairement en mains de l'aliénateur des droits sur la société. Si tel est le cas, l'exercice du droit doit être admis ; dans le cas contraire, l'aliénation ne constitue pas un cas de préemption.
- 315 Finalement, si la société détient plusieurs immeubles, dont un seul, voire certains, fait (font) l'objet du droit de préemption, nous sommes d'avis qu'il y

³⁸⁷ BaK-Hess, No 5 ad art. 216c CO. Il est à souligner que la position de cet auteur est contradictoire. Dans un premier temps, il admet l'application de la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour ensuite néanmoins admettre que l'aliénation de toutes les actions d'une société immobilière détenant un immeuble grevé d'un droit de préemption constitue un droit de préemption.

³⁸⁸ CoRo-FoËx, No 11 ad art. 216c CO.

³⁸⁹ Dans l'hypothèse où il n'a pas été constitué expressément sur les droits de l'associé et sur l'immeuble.

a lieu d'examiner la place que tien(nen)t l'(les) objet(s) dans l'actif de la société. Si elle est prépondérante, l'exercice du droit de préemption doit être admis ; dans le cas contraire, l'aliénation des droits de l'associé sur la société ne constitue pas un cas de préemption.

Tant la notion de « maîtrise majoritaire » que de « place prépondérante »³¹⁶ sont des notions abstraites, de sorte qu'elles doivent être examinées de cas en cas. Demeure par ailleurs réservé l'abus de droit.

IV. Autres cas de préemption

³¹⁷ Jusqu'à présent, nous nous sommes intéressés à l'aliénation totale d'un bien grevé d'un droit de préemption. Il y a lieu maintenant d'examiner si constituent également des cas de préemption la vente³⁹⁰ partielle d'un immeuble (a), ou la vente conjointe de plusieurs immeubles dont certains seulement sont grevés du droit de préemption (b), ainsi que le cas de la promesse de vente et le pacte d'émption (c), la constitution d'un droit de superficie (d), ou la vente d'un immeuble qui est grevé partiellement d'un droit de superficie (e).

a) La vente partielle de l'immeuble grevé d'un droit de préemption

³¹⁸ Deux questions se posent. Tout d'abord, la vente partielle d'un immeuble constitue-t-elle un cas de préemption ? Si oui, le droit s'exerce-t-il sur la totalité du bien, alors que la vente ne porte que sur une partie, ou au contraire, se limite-t-il à la partie expressément aliénée ? Toute vente, même partielle, constitue un droit de préemption³⁹¹. Quant à l'étendue du droit, ni la doctrine, ni la jurisprudence ne se sont prononcées en la matière. Nous sommes d'avis qu'il y a lieu de se référer à l'affectation de l'immeuble envisagée par l'aliénateur. Ainsi, si l'aliénation partielle du bien a pour conséquence d'empêcher à l'avenir le vendeur de faire usage de l'immeuble restant, il y a lieu d'admettre que le droit peut s'exercer tant sur la partie cédée que sur celle conservée. Dans le cas contraire, le droit de préemption ne pourra être exercé que sur la partie cédée. Illustrons nos propos par l'exemple suivant :

³¹⁹ A, charcutier traiteur, est propriétaire d'une parcelle, grevée d'un droit de préemption en faveur de B, sur laquelle repose un bâtiment affecté à la vente de la charcuterie qu'il confectionne dans un hangar qui se trouve derrière la boutique. Souhaitant déménager son commerce, A décide de vendre à son voisin la partie de la parcelle sur laquelle se trouve le hangar, de sorte qu'il ne peut plus poursuivre son activité de charcutier traiteur sur la parcelle, sans toutefois avoir trouvé un preneur pour le bâtiment affecté à la vente. Cette vente constitue un cas de préemption, de sorte que B pourra acquérir la partie aliénée. Quant à la partie conservée, B pourra invoquer son droit de préemption dans la mesure où A est empêché de poursuivre son activité

³⁹⁰ Ou tout acte assimilable économiquement à une vente. art. 216c al. 1 CO et art. 681 al. 1 CC.

³⁹¹ BeK-MEIER-HAYOZ, No 149, ad art. 681 CC.

commerciale sur la parcelle, suite à l'aliénation³⁹² ce qui justifie l'exercice du droit de préemption sur l'ensemble.

Supposons maintenant que A ne cède pas le hangar mais simplement une bande de 10 m², de sorte que l'activité commerciale peut se poursuivre. Dans cette hypothèse, le droit de préemption pourra être exercé pour la partie cédée, mais non pas pour celle conservée³⁹³, dans la mesure où la transaction n'a eu aucune conséquence quant à l'affectation de l'immeuble. ³²⁰

b) La vente conjointe de plusieurs immeubles

L'autre hypothèse qu'il y a lieu d'envisager est celle où le propriétaire grevé vend à un même tiers acquéreur³⁹⁴ plusieurs immeubles, parmi lesquels un au moins fait l'objet d'un droit de préemption. Le bénéficiaire peut-il exercer son droit ? Si oui, doit-il acquérir la totalité des biens aliénés ? ³²¹

Dans la mesure où le bien grevé est vendu, même collectivement avec d'autres immeubles, le droit de préemption peut s'exercer³⁹⁵. Quant à l'étendue du droit, nous sommes d'avis qu'il y a lieu de se référer à l'intention des parties à l'acte de vente. En effet, si les ventes de chaque parcelle sont indissociablement liées dans l'esprit des parties, elles constituent une condition principale à la vente, et le préempteur y est tenu. Dans le cas contraire, elles ne sont qu'une condition accessoire, qui permet d'exercer le droit uniquement sur l'immeuble grevé³⁹⁶. Illustrons nos propos par l'exemple suivant : ³²²

A, charcutier traiteur, est propriétaire de deux parcelles, l'une (1), grevée d'un droit de préemption en faveur de B, sur laquelle repose un bâtiment affecté à la vente de la charcuterie qu'il confectionne dans un hangar qui se trouve sur la seconde parcelle (2) qui se situe derrière la boutique. A, qui ³²³

³⁹² Constitue, selon nous, un abus de droit (art. 2 al. 2 CC) la situation où A poursuit son activité en utilisant un autre hangar situé à l'extérieur de la parcelle initiale. En effet, l'activité ne se poursuit pas uniquement au moyen de l'immeuble conservé, mais en faisant appel à un immeuble tiers. Demeure par ailleurs réservé le cas où A cesse son activité indépendamment des moyens que lui confère la parcelle conservée (ex : retraite, faillite etc.). Dans une telle hypothèse, l'aliénation du hangar n'est en aucun cas la cause de la cessation de l'activité. Le droit de préemption ne pourra être exercé que pour la partie du hangar.

³⁹³ B conservera toutefois son droit de préemption qui pourra s'exercer lors d'une éventuelle aliénation postérieure.

³⁹⁴ Ou si la vente a lieu à des tiers acquéreurs différents.

³⁹⁵ BeK-MEIER-HAYOZ, No 148 et 154, ad art. 681 CC. MEIER-HAYOZ semble admettre dans un premier temps l'exercice du droit de préemption si l'objet grevé est vendu avec d'autres objets. Toutefois, cet auteur exclut l'exercice du droit en cas de vente d'un immeuble soumis au régime de la propriété par étages, dont seul un lot fait l'objet d'un droit de préemption. Nous ne comprenons pas cette distinction. Nous sommes d'avis que les deux situations sont similaires et doivent être traitées de la même façon, de sorte que le droit de préemption pourra être exercé dans les deux cas.

³⁹⁶ Quant à la différence entre condition principale et accessoire, voir notamment ATF 89 II 446 = JdT 1964 I 350.

souhaite mettre un terme à sa vie professionnelle, cède ses deux parcelles à C. Si la vente a lieu dans le but que C poursuive l'exploitation, les deux parcelles sont nécessaires, de sorte que la vente collective est une condition principale à la transaction. B y est lié s'il exerce son droit de préemption. Tel ne serait par le cas si C voulait transformer la boutique en maison d'habitation, et le hangar en jardin d'agrément. Dans ce cas, il y a aurait lieu de déterminer si la vente de la boutique est conditionnée à l'aliénation également du hangar³⁹⁷. Dans l'affirmative, il s'agit d'une condition principale, et B y est tenu. Dans le cas contraire, le droit de préemption peut s'exercer uniquement sur la parcelle 1, dans la mesure où il s'agit d'une condition accessoire, C restant tenu d'acquérir la parcelle 2 dans la mesure où son engagement n'était pas conditionné à l'acquisition des deux parcelles.

c) La promesse de vendre et le pacte d'emption

³²⁴ Le Tribunal fédéral, dans un arrêt pris sous l'ancien droit³⁹⁸, a eu l'occasion de préciser que la constitution d'une promesse de vente ne constitue pas un cas de préemption. Par ailleurs, dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral a précisé que, lors de la conclusion d'un pacte d'emption, le droit de préemption ne pouvait être exercé au moment de la constitution du pacte, mais uniquement au moment de l'exercice du droit d'emption.

³²⁵ Nous pensons que cette jurisprudence peut être maintenue suite à l'entrée en vigueur du nouveau droit. Par ailleurs, nous partageons l'opinion du Tribunal fédéral. Ni la promesse de vendre, ni le pacte d'emption ne sont des actes juridiques équivalant économiquement à une vente³⁹⁹.

³²⁶ Au moment de leurs conclusions, le préempteur n'a absolument aucune garantie que la vente définitive, respectivement l'exercice du droit, surviendra, et encore moins qu'elle aura lieu aux conditions stipulées dans l'acte. Plus le temps passe, plus les garanties sont faibles. Ainsi, la promesse de vendre et le pacte d'emption ne constituent pas des cas de préemption.

d) La constitution d'un droit de superficie

³²⁷ Le droit de superficie est une exception au principe de l'accessio dans la mesure où il confère à son bénéficiaire « le droit d'avoir ou de faire des constructions soit sur le fonds grevé, soit au-dessous » (art. 779 al. 1 CC). La question se pose donc si la constitution d'un droit de superficie peut être

³⁹⁷ Il appartient à l'officier public chargé de la transaction de définir clairement l'intention des parties.

³⁹⁸ ATF 1959 II 572 = JdT 1960 I 493.

³⁹⁹ Contra : BeK-MEIER-HAYOZ No 180 ss ad art. 681 CC.

assimilée économiquement à une vente et ainsi constituer un cas de préemption⁴⁰⁰.

Selon une jurisprudence prise sous l'ancien droit, doit être considéré un cas de préemption la constitution du droit de superficie qui a pour but d'empêcher le préempteur d'exercer son droit, en lieu et place d'un contrat de vente correspondant économiquement à la réelle volonté des parties⁴⁰¹. La question est controversée en doctrine. 328

CH. BRÜCKNER⁴⁰², A. BUGNON⁴⁰³, TH. SUTTER⁴⁰⁴ et A. MEIER-HAYOZ⁴⁰⁵ ne considèrent pas que la création d'un droit de superficie puisse constituer un cas de préemption dans la mesure où il n'y a pas transfert de propriété mais uniquement constitution d'un droit d'usage au profit du superficiaire, plus ou moins étendu, qui restreint le droit de propriété du superficiant. 329

A contrario, B. BEELER⁴⁰⁶, J.-M. HENNY⁴⁰⁷, R. HOTZ⁴⁰⁸, P. LIVER⁴⁰⁹, TH. MEYER⁴¹⁰ et H. REY⁴¹¹ considèrent que la situation du superficiaire est très proche de celle du propriétaire, si le droit de superficie est constitué pour une longue durée. Dans une telle hypothèse, le contrat de superficie doit être assimilé économiquement à un acte de vente, de sorte qu'il constitue un cas de préemption. 330

Quant à C. EMERY⁴¹², et P.-H. STEINAUER⁴¹³, ils ne considèrent pas que la création d'un droit de superficie puisse constituer un cas de préemption, sous réserve d'un abus de droit. P.-H. STEINAUER réserve toutefois le cas où un droit de préemption au second degré est constitué afin d'éviter le droit de préemption du superficiant⁴¹⁴. 331

Nous partageons ce dernier point de vue. En effet, nous ne pensons pas que la constitution d'un droit de superficie puisse être assimilée économiquement à un acte de vente, dans la mesure où le superficiaire 332

⁴⁰⁰ Art. 216c al. 1 CC.

⁴⁰¹ ATF 85 II 474 = JdT 1960 I 265.

⁴⁰² BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 533, No 85.

⁴⁰³ BUGNON, p. 214.

⁴⁰⁴ SUTTER, p. 279.

⁴⁰⁵ BeK-MEIER-HAYOZ ad 681 CC No 173.

⁴⁰⁶ BEELER, p. 207.

⁴⁰⁷ Co-LDFR-HENNY ad art. 29 No 9.

⁴⁰⁸ Co-LDFR-HOTZ ad art. 43 No 9.

⁴⁰⁹ LIVER, p. 422 ss.

⁴¹⁰ MEYER, p. 194 No 540.

⁴¹¹ REY, *Neuregelung*, p. 56.

⁴¹² EMERY, p. 155, No 412.

⁴¹³ STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 147, No 1731b.

⁴¹⁴ STEINAUER, *Les droits réels III*, p. 150, No 2531b, ainsi que les références jurisprudentielles citées par cet auteur.

n'obtient pas la pleine et entière propriété au même titre que l'acquéreur dans un acte de vente. Néanmoins, le droit de superficie permet de conférer au superficiaire un droit de propriété limité aux bâtiments et constructions. A ce titre, il y a lieu de reconnaître qu'il peut être un moyen pour le vendeur de transférer un droit de propriété limité, à titre onéreux, tout en éludant l'exercice du droit de préemption. Dans cette dernière hypothèse, le droit de superficie constituerait donc un abus de droit et l'exercice du droit de préemption devrait être admis.

e) La vente d'un immeuble grevé partiellement d'un droit de superficie

³³³ Dans l'hypothèse où un bien-fonds est grevé d'un droit de superficie distinct et permanent dont l'assiette ne s'étend pas à la totalité de la surface du bien-fonds grevé, le Tribunal fédéral, ainsi que A. BALLIF, L. GHANDCHI et P. SCHNEEBERGER⁴¹⁵ sont d'avis qu'en cas de vente du bien-fonds, ce dernier devra être divisé afin que le droit de préemption du superficiaire puisse être exercé sur l'assiette du droit de superficie. Nous partageons également ce point de vue. Demeure néanmoins réservé le cas où le bien-fonds ne peut pas être divisé, notamment au regard de la LDFR. Dans cette dernière hypothèse, le droit de préemption devra être exercé sur l'ensemble du bien-fonds.

⁴¹⁵ ATF 111 II 487. BALLIF, p. 190 No 610. GHANDCHI, p. 149. SCHNEEBERGER, p. 287. Contra : SIMONIUS/SUTTER II, p. 136.

V. Les cas de préemption au regard de la LDFR

Au regard de la LDFR, il y a lieu de souligner que toute aliénation d'une entreprise agricole, voire d'un immeuble agricole, est soumise à autorisation de l'autorité cantonale compétente (art. 61 ss LDFR). Le refus d'autorisation a pour effet de rendre l'acte d'aliénation nul (art. 70 LDFR), et ainsi d'empêcher l'exercice du droit de préemption⁴¹⁶. Néanmoins, l'obtention d'une autorisation n'est pas une condition à la déclaration d'exercice du droit de préemption. « D'un point de vue du droit privé, il suffit que l'aliénateur ait exprimé de façon irrévocable à l'égard du tiers sa volonté de vendre »⁴¹⁷.

Ainsi, en cas de refus d'autorisation se fondant sur des motifs tenant à la personne de l'acheteur au sens de l'art. 63 al. 1 lit. a et d LDFR, l'exercice du droit de préemption est valable en vertu des art. 681 al. 1 CC et 216d al. 2 CO. A contrario, si l'autorisation est refusée à cause d'un prix surfait au sens de l'art. 63 al. 1 lit. b LDFR, l'exercice du droit de préemption n'est pas valable.

Par ailleurs, l'exercice du droit de préemption des parents n'est pas soumis à autorisation en vertu de l'art. 62 lit b LDFR. Tel ne sera pas le cas, selon nous, pour le fermier, sauf s'il est parent au sens de l'art. 62 lit. b LDFR⁴¹⁸.

De plus, l'art. 43 LDFR a élargi les cas de préemption des parents, en distinguant : l'apport à une communauté de biens, à une société, à une société coopérative ou à une autre corporation au sens de l'art 43 lit. a LDFR (a) ; le transfert à titre gratuit au sens de l'art. 43 lit. b LDFR (b) ; et l'aliénation à un autre parent ou conjoint au sens de l'art. 43 lit. c LDFR (c). Il y a lieu par ailleurs d'examiner le champ d'application de cette disposition (d).

a) L'apport à une communauté de biens, à une société, à une société coopérative ou à une autre corporation au sens de l'art. 43 lit. a LDFR

L'art. 43 lit. a LDFR vise implicitement la société simple (art. 530 ss CO), les sociétés commerciales et la société coopérative (art. 552 ss CO), les corporations (art. 52 ss CC) ainsi que la fondation (art. 80 ss CC)⁴¹⁹.

Cette disposition vise « notamment d'empêcher qu'une entreprise agricole ne soit constituée en apport à une communauté de biens afin d'éliminer le droit de préemption des enfants issus du premier mariage »⁴²⁰. C'est pourquoi,

⁴¹⁶ ATF 82 II 576 = JdT 1957 I.

⁴¹⁷ ATF 73 II 162 = JdT 1948 I 209.

⁴¹⁸ Question laissée ouverte par C. EMERY, p. 158 No 419.

⁴¹⁹ EMERY, p. 158 No 421 ss. Co-LDFR-HOTZ ad art. 43 Nos 15 et 16.

⁴²⁰ *Message*, p. 960.

nous sommes d'avis qu'il y a lieu d'interpréter cette disposition restrictivement.

340 A l'instar de C. EMERY⁴²¹, nous pensons donc que le droit de préemption ne pourra s'exercer que si l'apport constitue un abus de droit. Tel sera le cas, si le dessein de l'apporteur est d'éviter les règles prescrites par la LDFR notamment en matière de transmissibilité de l'entreprise agricole, voire de l'immeuble agricole.

341 Notamment, pourra être exercé le droit de préemption des parents au sens de l'art. 43 lit. a LDFR si, lors de la conclusion d'un contrat de communauté de biens, il est stipulé que les biens communs seront dévolus au conjoint survivant au sens de l'art. 241 al. 2 et 3 CC dans le seul but « d'éliminer le droit de préemption des enfants issus d'un premier mariage »⁴²².

342 Le droit de préemption devra s'exercer au moment de l'apport, et non pas au moment de la dissolution de la communauté, de la société, de la corporation ou de la fondation. Demeure néanmoins réservée la réalisation du bien au moment de cette dissolution qui pourrait constituer un cas de préemption.

343 Finalement, la question se pose si l'art. 43 lit. a LDFR s'applique par analogie à l'indivision de famille au sens des art. 336 ss CC. Nous le pensons si le parent préempteur n'est pas membre de l'indivision, ou si l'indivision a pour but d'éviter les règles prescrites par la LDFR pour faciliter l'acquisition par le parent de l'entreprise agricole ou de l'immeuble agricole, en propriété individuelle.

b) Le transfert à titre gratuit au sens de l'art. 43 lit. b LDFR

344 Cette disposition vise expressément la donation de l'entreprise agricole, ou de l'immeuble agricole, voire la donation mixte. Cette disposition entend « empêcher le propriétaire de retirer l'entreprise agricole à un descendant exploitant personnel pour en faire donation à un descendant non exploitant »⁴²³.

345 Ainsi, contrairement aux autres droits de préemption légaux et conventionnels⁴²⁴, le transfert à titre gratuit, sous quelque forme que ce soit, constitue expressément un cas de préemption au regard de la LDFR.

⁴²¹ EMERY, p. 161 No 428.

⁴²² *Message*, p. 960.

⁴²³ *Message*, p. 961.

⁴²⁴ Voir supra Nos 260 ss.

c) L'aliénation à un autre parent ou conjoint au sens de l'art. 43 lit. c LDFR

Ce cas de préemption élargi permet d'empêcher que soit contournée la LDFR. ³⁴⁶ Ainsi, une entreprise agricole ne doit pas pouvoir être retirée à un descendant exploitant à titre personnel du fait de l'aliénation à un parent ou au conjoint non exploitant.⁴²⁵

Le terme « parent » vise les descendants, les frères et sœurs de l'aliénateur et leurs enfants. « En cas d'aliénation à ces personnes ou au conjoint, c'est toujours le cas de préemption élargi qui se produit. En cas d'aliénation à d'autres parents, ce sera le cas général de préemption »⁴²⁶.

d) L'applicabilité de l'art. 43 LDFR au droit de préemption sur les parts de copropriété

Est controversée en doctrine l'applicabilité de l'art. 43 LDFR au droit de ³⁴⁸ préemption sur les parts de copropriété. Y. DONZALLAZ⁴²⁷ n'admet pas l'applicabilité de cette disposition au droit de préemption sur les parts de copropriété, alors que R. HOTZ⁴²⁸ et C. EMERY⁴²⁹ l'admettent. Nous partageons cette dernière opinion.

En effet, « l'art. 49 al. 1 ch. 2 et al. 2 ch. 2 LDFR reconnaît expressément un ³⁴⁹ droit de préemption aux parents, droit qui existe et qui peut être exercé aux conditions et modalités applicables au droit de préemption sur une entreprise agricole. Il est fait donc un renvoi, en ce qui concerne le droit de préemption des parents, directement aux articles 42 ss et par conséquent également à l'art. 43 LDFR»⁴³⁰.

⁴²⁵ *Message*, p. 961.

⁴²⁶ EMERY, p. 164 No 438.

⁴²⁷ Co-LDFR-DONZALLAZ ad art. 50 No 462.

⁴²⁸ Co-LDFR- Hotz ad art. 49 No 26.

⁴²⁹ EMERY, p. 241 No 638.

⁴³⁰ EMERY, p. 241 No 638.

C. L'EXERCICE DU DROIT DE PRÉEMPTION

I. La notification

La notification est la phase qui permet au propriétaire de communiquer au préempteur le cas de préemption et ainsi faire courir le délai au terme duquel ce dernier devra se prononcer sur l'exercice de son droit. Toutefois, qui doit notifier ? (a) A qui ? (b) A quel moment ? (c) Sous quelle forme ? (d) Quels sont les éléments qui doivent être communiqués ? (e) Finalement, il y aurait lieu de s'intéresser aux conséquences que peuvent engendrer un défaut de notification ou une communication imparfaite ? (f) ³⁵⁰

a) L'auteur de la notification

Selon la lettre des art. 681a al. 1 CC et 216d al. 1 CO, il appartient au vendeur d'informer le titulaire du droit de préemption. Qu'en est-il en cas de pluralité de propriétaires (1), ou si le préempteur se voit notifier le cas de préemption par le Conservateur du Registre foncier, l'officier public, l'acquéreur du bien, ou une tierce personne (2) ? ³⁵¹

1. La propriété collective

Si l'aliénateur est une personne physique, il lui appartiendra de procéder à la notification personnellement ou par le biais de son mandataire (art. 394 ss CO). S'il s'agit d'une personne morale⁴³¹, ou d'une entité avec une quasi personnalité juridique⁴³², la tâche reviendra à son représentant⁴³³. Si en revanche, il s'agit d'une société simple, d'une communauté héréditaire, d'une indivision, ou d'une communauté de biens, la notification peut être faite par chacun de ses membres, voire par le représentant le cas échéant⁴³⁴. En effet, nous pensons que le but premier de la notification est que le préempteur soit ³⁵²

⁴³¹ Soit une association (art. 60 ss CC), une fondation (art. 80 ss CC), une société anonyme (art. 620 ss CO), une société à responsabilité limitée (art 772 ss CO), ou une société coopérative (art 828 ss CO).

⁴³² Soit la société en nom collectif (art. 562 CO) et la société en commandite (art. 602 CO).

⁴³³ Pour l'association, sa direction (art. 69 CC), pour la fondation, son organe dirigeant au sens de l'art. 83 CC (le plus souvent le Conseil de fondation), pour la société anonyme, son Conseil d'administration (art. 716 al. 2 CO), pour la société à responsabilité limitée, par tous les associés, à défaut de la nomination d'un gérant (art. 811 al. 1 et 2 CO), pour la société coopérative, son Conseil d'administration (art. 894 ss CO).

⁴³⁴ En cas d'associé gérant pour la société simple (voir supra No 150), d'un exécuteur testamentaire, d'un représentant de la communauté, d'un liquidateur officiel ou d'un administrateur d'office pour la communauté héréditaire (voir supra No 146), en cas de chef de l'indivision ou d'exploitant en cas d'indivision (voir supra No 156).

informé. L'auteur de la communication est secondaire⁴³⁵. Peu importe donc que la notification ait lieu par tous les membres ou par un seul.

2. *Le Conservateur du Registre foncier, l'officier public, l'acquéreur du bien, et la tierce personne*

2.1 *Le Conservateur du Registre foncier et l'officier public*

³⁵³ Le devoir d'information ne doit pas être confondu avec le devoir d'avis du Conservateur du Registre foncier au sens de l'art. 969 al. 1 CC⁴³⁶. Ainsi, selon cette disposition, le Conservateur du Registre foncier est tenu d'aviser les bénéficiaires d'un droit de préemption, annoté au Registre foncier ou légal, « de l'acquisition de la propriété par un tiers ». Ainsi, il « se limite à informer les titulaires du droit de préemption des opérations auxquelles il procède au registre foncier sans qu'ils aient été prévenus »⁴³⁷. Il ne lui appartient néanmoins pas de communiquer au préempteur les clauses du contrat pertinentes pour l'exercice du droit de préemption qui relève du devoir d'information. Quant à l'officier public qui a instrumenté l'acte de vente, il n'a aucune obligation légale de procéder à la notification du cas de préemption⁴³⁸. Il pourrait néanmoins agir sur la base d'un mandat (art. 394 ss CO) exprès conféré par les parties à l'acte de vente. Néanmoins, nous ne le conseillons pas. En effet, un tel mandat n'est pas propre à l'activité ministérielle de l'officier public. Nous ne pensons donc pas que ce dernier serait couvert par son assurance responsabilité civile en cas de vice de notification qui lui serait imputable provoquant un dommage soit au vendeur soit à l'acquéreur. Toutefois, l'officier public joue indirectement, à nos yeux, un rôle important dans le processus de notification. En effet, par son devoir d'information et de conseil⁴³⁹, il lui appartient d'informer le vendeur sur le contenu de la notification et des conséquences d'un vice de notification. Il peut être imaginé que le notaire rédige la notification, mais la fasse signer par le vendeur. En revanche, en acceptant de signer la notification, le notaire va, selon nous, au-delà de son devoir d'information et de conseil, en acceptant un mandat qui n'est pas propre à l'activité ministérielle de l'officier public, dont il répondra en cas de mauvaise exécution.

⁴³⁵ BRÜCKNER, p. 540.

⁴³⁶ *Message*, p.1018. BeK-GIGER No 7 ad art. 216d CO. CoRo-FOËX, No 4 ad art. 216d CO.

⁴³⁷ *Message*, p.1018.

⁴³⁸ BRÜCKNER, p. 537. CoRo-FOËX, No 4 ad art. 216d CO. STEINAUER, *Le droit de préemption*, p. 7

⁴³⁹ MOOSER, *Le droit notarial*, p. 103 No 233.

2.2 *L'acquéreur du bien*

Légalement, il n'appartient pas au tiers acquéreur de notifier le cas de préemption⁴⁴⁰. Toutefois, dans la mesure où l'auteur de la notification n'est que secondaire, et que seule importe la communication faite au préempteur⁴⁴¹, il n'y a aucune objection que la notification ait lieu par le tiers acquéreur. Nous n'en voyons toutefois pas un intérêt particulier, sinon de faire courir le délai légal (art. 681a al. 2 CC et 216^e CO). Nous illustrerons nos propos par les exemples suivants :

A, propriétaire de la parcelle P, a conclu un pacte de préemption en faveur de B, qui n'est pas annoté au Registre foncier. Parallèlement, A conclut un acte de vente de la même parcelle avec C qui est informé du droit de préemption. A décide de requérir au Registre foncier le transfert de propriété en faveur de C sans notifier le cas de préemption à B. C est donc inscrit comme propriétaire, sans que B ne puisse rien lui objecter. En effet, seul A engage sa responsabilité paulienne (art. 97 ss CO). B ne peut ni opposer son droit à C, ni demander une rectification du Registre foncier (art. 975 CC). C, qui souhaite la propriété, n'a donc aucun intérêt à informer B tant que son droit n'est pas inscrit au Registre foncier.

Supposons maintenant que le droit de préemption ait été annoté au Registre foncier, ou qu'il s'agisse d'un droit de préemption légal, le préempteur sera informé du transfert de propriété au plus tard par le Conservateur du Registre foncier (art. 969 al. 1 CC)⁴⁴². Là encore, le tiers acquéreur n'a donc pas d'intérêt particulier à procéder personnellement à la notification, si ce n'est pour faire courir le délai. En revanche, dans la mesure où le préempteur peut lui opposer son droit et tenter une action en rectification (art. 975 CC) du Registre foncier, il est fortement conseillé que le prix de vente versé soit consigné entre les mains d'un tiers jusqu'à ce que le préempteur ait renoncé expressément à l'exercice de son droit, ou que le délai légal qui lui est imparti à cet effet ait expiré.

2.3 *La tierce personne*

Là encore, dans la mesure où le but premier de la notification est que le préempteur soit informé, l'auteur de la notification n'étant que secondaire, il n'y a aucune objection que cette dernière soit effectuée par une tierce personne, indépendamment de tout mandat. Toutefois, en pratique, nous n'en voyons pas l'opportunité, sans remettre en cause la validité d'une telle notification.

⁴⁴⁰ BeK-MEIER-HAYOZ, No 211, ad art. 681 CC.

⁴⁴¹ BRÜCKNER, p. 540.

⁴⁴² *Message*, p. 1018. BeK-GIGER No 7 ad art. 216d CO. CoRo-FoEX, No 4 ad art. 216d CO.

b) Le destinataire de la notification

1. La personne du préempteur

³⁵⁸ La notification doit être effectuée au titulaire du droit ; à son représentant⁴⁴³, si ce dernier est une personne morale, ou une entité avec une quasi personnalité juridique. S'il s'agit d'une société simple, d'une communauté héréditaire, d'une indivision, d'une communauté de biens, d'une communauté des copropriétaires ordinaires ou d'une propriété par étages, la notification doit être faite à chacun de ses membres⁴⁴⁴. En effet, le droit de préemption est personnel à chacun d'entre eux⁴⁴⁵.

2. Le chef ou l'exploitant de l'indivision, l'exécuteur testamentaire, le représentant de la communauté héréditaire, et le liquidateur officiel

³⁵⁹ Concernant l'indivision, la question se pose de la validité de la notification faite au chef de l'indivision ou à l'exploitant. Nous répondons par la négative. Le rôle du chef ou de l'exploitant de l'indivision est de gérer et d'administrer les biens indivis (art. 341 al. 2 CC et 347 al. 1 CC), et non pas d'acquérir un bien pour le compte de l'indivision, de surcroît d'exercer un droit de préemption. La notification au chef de l'indivision, ou à son exploitant n'est donc pas admissible.

³⁶⁰ Concernant la communauté héréditaire, qu'en est-il de l'exécuteur testamentaire (art. 517 al. 1 CC)⁴⁴⁶, du représentant de la communauté héréditaire (art. 602 al. 3 CC)⁴⁴⁷, ou du liquidateur officiel (art. 595 al. 1 CC)⁴⁴⁸ ? Là aussi, ils ne peuvent pas être destinataires de la notification. En effet, leur pouvoir se limite à l'administration de la succession, voire à la disposition de

⁴⁴³ Pour l'association, sa direction (art. 69 CC), pour la fondation, son organe dirigeant au sens de l'art. 83 CC (le plus souvent le Conseil de fondation), pour la société anonyme, son Conseil d'administration (art. 716 al. 2 CO), pour la société à responsabilité limitée par tous les associés, à défaut de la nomination d'un gérant (art. 811 al. 1 et 2 CO), pour la société coopérative, son Conseil d'administration (art. 894 ss CO). Pour la société en nom collectif, l'(es) associé(s) gérant(s) (art. 564 CO) et pour la société en commandite, par l'(es) associé(s) indéfiniment responsable(s) (art. 603 CO).

⁴⁴⁴ CoRo-FoEX, No 5 ad art. 216d CO.

⁴⁴⁵ Voir supra Nos 146, 150, 156 et 163.

⁴⁴⁶ L'exécuteur testamentaire est désigné par le de cujus, et a un pouvoir d'administration et de disposition indépendant des héritiers (ATF 90 II 376 = JdT 1965 I 336).

⁴⁴⁷ Le représentant de la communauté est désigné unanimement par les héritiers, ou par l'autorité compétente, à la demande d'un ou plusieurs héritiers. Ses pouvoirs sont controversés en doctrine. Ils dépendent de la décision de l'autorité qui, selon les circonstances, peut lui conférer notamment le pouvoir de disposition. STEINAUER, *Les successions*, p. 570 Nos 1224 ss.

⁴⁴⁸ Le liquidateur représente et administre la succession en son propre nom (ATF 130 II 97 = SJ 2004 349). En particulier, il a le pouvoir de disposer. STEINAUER, *Les successions*, p. 508 No 1068.

celle-ci. Ils n'ont donc pas la compétence d'acquérir un bien au nom de la succession, de surcroît d'exercer le droit de préemption.

3. *L'administrateur d'office*

Le cas de l'administration d'office (art. 554 st CC) est particulier. Une telle mesure est prise lorsque la gestion de la succession est compromise parce qu'il n'est pas possible d'obtenir le concours de tous les héritiers⁴⁴⁹. Là aussi, nous sommes d'avis que la notification à l'administrateur d'office ne devrait déployer aucun effet dans la mesure où les compétences de ce dernier se limitent à l'administration et à la gestion conservatoire de la succession⁴⁵⁰, sous la surveillance de l'autorité cantonale compétente (art. 595 al. 3 CC par analogie)⁴⁵¹, à l'exclusion de tout acte de disposition, sauf si l'acte est nécessaire à la conservation du patrimoine⁴⁵², de surcroît d'acquisition ou d'exercice du droit de préemption.

Nous sommes d'avis qu'il y a toutefois lieu de différencier la dévolution successorale inconnue et l'absence de l'héritier qui n'a pas laissé de fondé de procuration.

En effet, en cas de dévolution successorale inconnue, il est tout simplement impossible de notifier le cas de préemption au préempteur dans la mesure où il est inconnu. Ainsi, nous sommes d'avis que la notification doit être suspendue jusqu'à ce que la dévolution successorale puisse être établie ; alors seulement la notification pourra être faite à l'ayant droit.

En revanche, en cas d'absence prolongée d'un héritier qui n'a pas laissé de fondé de procuration, la personne du préempteur est connue, c'est son lieu de résidence qui est ignoré. Ainsi, nous ne voyons pas pourquoi la notification devrait être suspendue. La question sera bien plus de savoir sous quelle forme elle devra être effectuée pour être valable⁴⁵³.

4. *L'absence du préempteur*

Le cas de l'absence du préempteur peut être assimilé à la situation de l'absence prolongée de l'héritier qui n'a pas laissé de fondé de procuration. En effet, la personne du préempteur est connue, contrairement à son lieu de résidence. Dans un tel cas d'espèce, un curateur de représentation pourrait lui être

⁴⁴⁹ GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 211 No 438. STEINAUER, *Les successions*, p. 430 No 878.

⁴⁵⁰ STEINAUER, *Les successions*, p. 430 No 878.

⁴⁵¹ ATF 66 II 146 = JdT 1941 I 10. ATF 54 II 197 = JdT 1928 I 610. GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 213 No 440. HUX, p. 138. PIOTET, *Traité* p. 627. STEINAUER, *Les successions*, p. 429 No 877.

⁴⁵² ATF 95 I 392 = JdT 1970 I 223. GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 214 No 440. HUX, p. 134. STEINAUER, *Les successions*, p. 431 No 878a. Contra : PIOTET, *Traité* p. 629.

⁴⁵³ Voir infra Nos 368 ss.

nommé (art. 392 ch. 1 CC). Toutefois, les compétences de ce dernier se limitent aux actes de gestion et d'administration strictement nécessaires à la conservation du patrimoine (art. 419 al. 1 CC), ce qui ne comprend pas l'acquisition d'un bien immobilier, de surcroît l'exercice du droit de préemption. Là encore, la notification ne sera pas suspendue, la question sera bien plus de savoir sous quelle forme elle devra être effectuée pour être valable.

5. *L'administrateur de la communauté des copropriétaires d'une propriété par étages*

³⁶⁶ Dans la mesure où nous n'avons pas admis, contrairement à la doctrine majoritaire⁴⁵⁴, que la communauté des copropriétaires d'une propriété par étages pouvait acquérir un bien immobilier, et donc être bénéficiaire du droit de préemption⁴⁵⁵, la notification du cas de préemption ne peut pas, selon nous, être valablement effectuée à la communauté, a fortiori à son administrateur, en sa qualité de représentant de la communauté (art. 712s CC)⁴⁵⁶. Cette dernière devra effectivement être adressée personnellement à chaque copropriétaire.

c) **Le moment de la notification**

³⁶⁷ Le moment de la notification est déterminant dans le processus de l'exercice du droit de préemption dans la mesure où il marque le début du délai légal de trois mois auquel l'exercice est soumis (art. 681a al. 2 CC, art. 216e CO). Tant pour le droit légal que pour le droit conventionnel, le législateur considère que la notification doit intervenir au moment de la conclusion de l'acte de vente (art. 681a al. 1 CC, art. 216d al. 1 CO), ou au moment de la conclusion de « tout autre acte juridique équivalant économiquement à une vente (cas de préemption) » (art. 216c al. 1 CO, art. 681 al. 1 CC).

d) **La forme de la notification**

³⁶⁸ La loi ne soumet pas la notification à une forme particulière⁴⁵⁷. Elle peut être faite oralement, par écrit ou par toute autre forme de communication⁴⁵⁸, sous

⁴⁵⁴ BeK-MEIER-HAYOZ/REY, No 35 ad art. 712/, BaK-BÖSCH, n. 6 ad art. 712/, STEINAUER, *Questions choisies*, p. 315. Contra : WERMELINGER, No 74 ad art. 712/.

⁴⁵⁵ Voir supra No 174.

⁴⁵⁶ STEINAUER, *Les Droits réels I*, p. 370 No 1330.

⁴⁵⁷ *Message*, p. 1015. BRÜCKNER, p. 538. CoRo-FOËX, No 6 ad art. 216d CO. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 147, No 1734c.

⁴⁵⁸ Le courrier électronique est, selon nous, parfaitement admissible.

réserve d'une forme prévue conventionnellement⁴⁵⁹. Par souci de preuve, elle devrait être faite en la forme d'une lettre recommandée⁴⁶⁰.

En cas d'absence du préempteur, la preuve de la notification ne doit pas porter sur le fait que le préempteur ait bien réceptionné la notification, mais bien plus sur le fait que tout a été mis en œuvre à cet effet, de sorte que si le préempteur avait fait preuve de la diligence requise, il aurait eu connaissance du cas de préemption.³⁶⁹

Ainsi, il n'est pas admissible que la notification, et de surcroît l'exercice du droit, soient suspendus sous prétexte que le préempteur a omis⁴⁶¹ de communiquer son lieu de résidence. Dans la mesure où ce comportement lui est imputable, il est normal qu'il soit le seul à en pâtir. C'est pourquoi, dans une telle hypothèse, nous pensons que la notification pourra valablement être effectuée par voie de presse⁴⁶².³⁷⁰

e) L'étendue de la notification

L'étendue de la notification joue un rôle important dans le cadre de l'exercice du droit de préemption dans la mesure où elle permet de définir à quelles conditions le préempteur pourra exercer son droit. Or quelle doit être l'étendue de cette notification ? Selon l'art. 216d al. 1 CO, la notification doit porter sur « la conclusion du contrat de vente et de son contenu ».³⁷¹

Néanmoins, la communication de l'intégralité de l'acte de vente est-elle nécessaire ? A contrario, l'envoi d'une copie de l'acte de vente suffit-il pour considérer la notification valable ? Finalement, y-a-t-il d'autres éléments ou documents qui ne font pas partie intégrante de l'acte de vente, que le préempteur pourrait exiger ?³⁷²

Nous examinerons tout d'abord le contenu d'un acte de vente immobilière (1). Nous analyserons ensuite les limites de la notification au regard de l'art. 216d al. 1 CO (2). Nous nous interrogerons finalement sur les renseignements complémentaires qui peuvent être demandés (3).³⁷³

1. Le contenu de l'acte de vente immobilière

Tout acte de vente immobilière doit être passé en la forme authentique (art. 216 al. 1 CO). Sont soumis à la forme authentique tous « les faits et³⁷⁴

⁴⁵⁹ BeK-MEIER-HAYOZ, No 208, ad art. 681 CC.

⁴⁶⁰ STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 147, No 1734c.

⁴⁶¹ Intentionnellement ou par négligence.

⁴⁶² Une notification à trois reprises, dans deux journaux, dont un officiel (par ex : Feuille officielle suisse du commerce, ou à Genève la Feuille d'avis officielle), à une semaine d'intervalle, nous semble tout à fait raisonnable.

déclarations de volonté, qui constituent, selon le droit civil, des points essentiels de l'acte juridique »⁴⁶³. A ce titre, il y a lieu de distinguer les éléments objectivement essentiels d'un contrat (*essentialia negotii*) de ceux subjectivement essentiels.

375 Sont objectivement essentiels tous les éléments nécessaires au type de contrat considéré, savoir pour un acte de vente les parties⁴⁶⁴, l'objet de la vente⁴⁶⁵, le prix⁴⁶⁶, la volonté de transférer la propriété et de l'acquérir⁴⁶⁷ et celle de payer le prix⁴⁶⁸.

376 Les éléments subjectivement essentiels sont ceux qui, aux yeux d'une des parties du moins, sont aussi importants que les *essentialia negotii*, de sorte que la conclusion du contrat n'est pas envisageable si l'accord des parties ne portait pas également sur ces points⁴⁶⁹. Néanmoins, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que seuls les éléments subjectivement essentiels liés à la nature de la prestation promise doivent être couverts par la forme authentique⁴⁷⁰. Tel est le cas, dans un contrat de vente, des éléments subjectivement essentiels qui ont une influence sur le rapport entre la prestation du vendeur de transférer la propriété, et celle de l'acquéreur de payer le prix.

377 Ainsi, le Tribunal fédéral a admis que doivent être couverts par la forme authentique, en tant qu'éléments subjectivement essentiels liés à la nature de la prestation promise notamment le paiement différé d'une partie du prix de vente⁴⁷¹, la reprise d'une dette hypothécaire⁴⁷², l'engagement d'aménager d'une certaine façon l'immeuble vendu⁴⁷³, ou de le construire immédiatement⁴⁷⁴. A contrario, selon notre Haute Cour, ne sont pas des éléments subjectivement essentiels liés à la nature des prestations promises notamment la promesse (indépendante de la vente) de payer une commission⁴⁷⁵, la rémunération d'un mandat d'acheter un immeuble⁴⁷⁶, ou une

⁴⁶³ ATF 106 II 148 = JdT 1980 I 580.

⁴⁶⁴ ATF 112 II 330 = JdT 1987 I 70.

⁴⁶⁵ ATF 127 III 248 = JdT 2001 I 263.

⁴⁶⁶ BRÜCKNER, *Beurkundungsrecht*, p. 216 No 703. CoRo-FoÈx, No 10 ad art. 216 CO. BeK-GIGER No 245 ad art. 216 CO. BaK-LAIM No 55 ad art. 657 CC. LEUENBERGER, p. 52 No 61. REY, *Sachenrecht*, p. 357 No 1402. RUF, p. 363. SCHMID, p. 25 No 96. SIMONIUS/SUTER, p. 296.

⁴⁶⁷ BRÜCKNER, *Beurkundungsrecht*, p. 215 No 702. ENGEL, *Les contrats*, p. 96. CoRo-FoÈx, No 10 ad art. 216 CO. BeK-GIGER No 240 ad art. 216 CO. LEUENBERGER, p. 53 No 62.

⁴⁶⁸ BRÜCKNER, *Beurkundungsrecht*, p. 215 No 702. ENGEL, *Les contrats*, p. 96.

⁴⁶⁹ ATF 97 II 55 = JdT 1972 I 52, ATF 68 II 233 = JdT 1943 I 74.

⁴⁷⁰ ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99, ATF 113 II 403 c. 2a = JdT 1988 I 68.

⁴⁷¹ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 07.01.1999 = SJ 2000 I p. 533 ss.

⁴⁷² ATF 93 II 239 = JdT 1968 I 329.

⁴⁷³ ATF 68 II 232 = JdT 1943 I 73.

⁴⁷⁴ ATF 90 II 37 = JdT 1964 I 360.

⁴⁷⁵ ATF 78 II 437 = JdT 1953 I 364.

⁴⁷⁶ ATF 86 II 36 = JdT 1960 I 556.

obligation d'ordre moral d'aide et d'assistance envers le vendeur⁴⁷⁷, un engagement de l'acquéreur de payer un montant déterminé pour des travaux supplémentaires effectués par le vendeur⁴⁷⁸.

Par ailleurs, la doctrine admet que doivent être soumis à la forme authentique, en tant qu'éléments subjectifs liés à la nature du contrat de vente, notamment les modalités de paiement du prix de vente⁴⁷⁹, une peine conventionnelle⁴⁸⁰ ou un dédit⁴⁸¹, l'engagement de garantir la contenance de l'immeuble⁴⁸², ainsi qu'une condition affectant le contrat⁴⁸³.

Dans tous les cas, les parties restent bien entendu libres de soumettre conventionnellement à la forme authentique une clause qui n'y est pas soumise légalement.

2. Les limites de la notification au regard de l'art. 216d al. 1 CO

L'art. 216d al. 1 CO stipule que « le vendeur doit informer les titulaires du droit de préemption de la conclusion du contrat de vente et de son contenu ». S'agit-il néanmoins du contenu formel ou du contenu matériel de la vente ?

Ainsi, l'information doit-elle porter uniquement sur les éléments de la vente objectivement essentiels, et ceux subjectivement essentiels liés à la nature du contrat de vente, qui doivent tous être couverts par la forme authentique ? Dans cette hypothèse, nous devrions admettre que la notification est valablement effectuée si l'acte de vente formelle a été communiqué. Qu'en sera-t-il néanmoins d'une clause qui figure dans l'acte de vente formellement, mais qui matériellement n'a pas à être couverte par la forme authentique ? Devra-t-elle être communiquée ?

A contrario, si nous admettons que doivent être communiquées toutes les clauses matérielles de la vente, la communication de l'acte de vente formelle ne suffit pas puisque certaines clauses matérielles de la vente se trouveront dans des documents annexes non couverts par la forme authentique.

En vertu de l'art. 216d al. 3 CC, « sauf clause contraire du pacte de préemption, le titulaire du droit de préemption peut acquérir l'immeuble aux conditions dont le vendeur est convenu avec le tiers ». Ainsi, selon le Conseil

⁴⁷⁷ ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99.

⁴⁷⁸ ATF 119 II p. 29 = JdT 1994 I p. 37.

⁴⁷⁹ CoRo-FoÈx, No 11 ad art. 216 CO, ainsi que les références doctrinales citées par cet auteur.

⁴⁸⁰ CoRo-FoÈx, No 11 ad art. 216 CO. BeK-GIGER No 265 ad art. 216 CO. LEUENBERGER, p. 53 No 64. SCHMID, p. 26 No 101.

⁴⁸¹ CoRo-FoÈx, No 11 ad art. 216 CO. BeK-GIGER No 265 ad art. 216 CO. LEUENBERGER, p. 53 No 64.

⁴⁸² CAVIN, p. 134. CoRo-FoÈx, No 11 ad art. 216 CO, Contra : BeK-GIGER No 52 ad art. 219 CO. BaK-HONSELL No 4 ad art. 219 CO. KOLLER, p. 11. SCHUMACHER, p. 250.

⁴⁸³ BRÜCKNER, *Beurkundungsrecht*, p. 217 No 711. CoRo-FoÈx, No 11 ad art. 216 CO. BeK-GIGER No 270 ad art. 216 CO. BaK-LAIM No 56 ad art. 657 CC. LEUENBERGER, p. 54 No 65. REY, *Sachenrecht*, p. 359 No 1411. SIMONIUS/SUTER, p. 297.

fédéral, doivent être communiquées « les clauses du contrat qui ont une signification pour la conclusion du contrat »⁴⁸⁴. Selon CH. BRÜCKNER, et U. HESS⁴⁸⁵, le vendeur doit notifier l'intégralité de l'acte de vente. De même, pour B. FOËX⁴⁸⁶ le vendeur doit informer sur le contenu de l'acte de vente. Son information doit être complète. Cet auteur ne précise néanmoins pas l'étendue d'une information complète. Toutefois, dans la mesure où il estime que seules « les stipulations insérées dans l'acte de vente et revêtues de la forme authentique lient le préempteur »⁴⁸⁷, nous pouvons considérer que pour B. FOËX la communication de l'acte de vente formelle suffit à rendre la notification valable.

384 Pour P. TERCIER, H. GIGER, P. SIMONIUS et TH. SUTTER, ainsi que pour H. REY⁴⁸⁸, le vendeur doit communiquer les clauses qui permettent au préempteur de se déterminer. Pour P.-H. STEINAUER⁴⁸⁹, tout le contenu de la vente doit être communiqué⁴⁹⁰, savoir « les essentialia negotii (immeuble vendu, prix) mais aussi toutes les clauses importantes du contrat, en particulier celles visant des prestations accessoires ou d'autres effets contractuels qu'on ne peut pas considérer comme allant de soi ou comme étant sans importance pour la décision que doit prendre l'ayant droit »⁴⁹¹. Quant à A. MEIER-HAYOZ, il admet que doivent être communiquées au préempteur toutes les clauses qui lui permettent de prendre une décision éclairée⁴⁹².

385 Nous partageons l'opinion de A. MEIER-HAYOZ, ainsi que celle de P.-H. STEINAUER. Le droit de préemption porte sur l'acquisition de la propriété aux conditions convenues entre le vendeur et l'acquéreur (art. 216d al. 3 CO). Ainsi, pour pouvoir exercer son droit de manière éclairée, nous sommes d'avis que le préempteur doit être informé de toutes les clauses qui s'imposent à lui. Tel sera le cas des clauses objectivement essentielles, ainsi que celles subjectivement essentielles liées à la nature du contrat de vente, et qui sont couvertes par la forme authentique⁴⁹³. En ce sens, la communication du contenu de l'acte de vente formelle est donc nécessaire.

386 Nous pouvons néanmoins imaginer que les parties à l'acte de vente ont convenu certaines clauses qu'elles considèrent subjectivement essentielles,

⁴⁸⁴ *Message*, p. 1018.

⁴⁸⁵ BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 538. BaK-Hess No 1 ad art. 216d CO.

⁴⁸⁶ CoRo-FOËX, No 6 ad art. 216d CO.

⁴⁸⁷ CoRo-FOËX, No 16 ad art. 216d CO.

⁴⁸⁸ BeK-GIGER No 8 ad art. 216d CO. REY, *Neuregelung*, p. 58. SIMONIUS/SUTTER, p. 364. TERCIER, *Les contrats*, p. 170 No 1140.

⁴⁸⁹ STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 149 No 1734b.

⁴⁹⁰ Demeure réservé le droit de préemption qualifié où le prix n'a pas à être communiqué. Voir également *Message*, p. 1018.

⁴⁹¹ STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 149 No 1734c.

⁴⁹² BeK-MEIER-HAYOZ, No 205, ad art. 681 CC.

⁴⁹³ ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99, ATF 113 II 403 c. 2a = JdT 1988 I 68.

sans qu'elles soient liées à la nature du contrat de vente. A ce titre, selon nous, elles s'imposent au préempteur, sans toutefois être soumises à la forme authentique⁴⁹⁴. En ce sens, la communication du contenu de l'acte de vente formelle n'est donc pas suffisante.

A contrario, les parties peuvent décider d'introduire dans l'acte de vente une clause accessoire qui ne s'applique pas au préempteur, et qui n'a pas besoin d'être couverte par la forme authentique. Il s'agirait d'une clause qui ne serait ni liée à la nature du contrat, ni subjectivement essentielle pour les parties. Nous ne voyons pas pourquoi cette clause devrait être communiquée au préempteur simplement parce qu'elle figure dans l'acte de vente formelle. Au contraire, communiquer une telle clause pourrait induire en erreur le préempteur qui pourrait légitimement considérer qu'elle s'applique à lui. ³⁸⁷

Nous sommes donc d'avis que ce n'est pas tant la forme à laquelle est soumise la clause, mais bien plus sa nature qui impose au vendeur de la communiquer au préempteur ou pas. ³⁸⁸

En effet, admettre que doit être communiqué uniquement l'acte de vente formelle⁴⁹⁵, c'est reconnaître que le préempteur ne serait tenu qu'à des clauses couvertes par la forme authentique. Ainsi, indirectement, les parties à l'acte se verraient contraintes de soumettre conventionnellement certaines clauses à la forme authentique, alors que légalement, elles ne sont pas soumises à une telle forme ; ou inversement, renoncer à soumettre une clause à la forme authentique, alors que telle serait la volonté des parties. Or, la vocation de la forme authentique n'est pas de rendre contraignante une clause, mais simplement d'assurer la sécurité du droit et la protection des parties⁴⁹⁶. ³⁸⁹

Ainsi, le vendeur doit, selon nous, communiquer au préempteur toute clause essentielle à la vente, qui s'applique au préempteur, qu'elle soit objective, subjective, liée ou pas à la nature du contrat de vente⁴⁹⁷. A ce titre, nous sommes d'avis qu'il devra communiquer l'acte de vente et toute autre clause, non soumise à la forme authentique, qui s'applique également au préempteur. En revanche, selon nous, n'a pas à être communiquée toute condition qui n'est pas essentielle à la vente, et qui ne s'applique pas au préempteur, même si elle figure formellement dans l'acte de vente. Demeure réservée toute clause contraire du pacte de préemption (art. 216d al. 3). ³⁹⁰

Admettre que le préempteur puisse être tenu par des clauses qui ne figurent pas dans l'acte de vente formelle, ou inversement que certaines ³⁹¹

⁴⁹⁴ ATF 97 II 55 = JdT 1972 I 52, ATF 68 II 233 = JdT 1943 I 74.

⁴⁹⁵ BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 538. BaK-HESS No 1 ad art. 216d CO. CoRo-FOËX, No 6 ad art. 216d CO.

⁴⁹⁶ ATF 99 II 159 ss = JdT 1974 I 66 ss ; ATF 90 II 274 ss = JdT 1974 I 66 ss.

⁴⁹⁷ BeK-MEIER-HAYOZ, No 205, ad art. 681 CC. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 149 No 1734c.

clauses qui se trouvent dans l'acte ne s'appliquent pas en cas d'exercice, est, il est vrai, source d'insécurité juridique⁴⁹⁸.

³⁹² En effet, le préempteur n'a aucun moyen d'identifier les clauses qui, aux yeux des parties, sont essentielles ou pas. Il ne peut se fier qu'à ce que lui communique le vendeur. Si ce dernier lui communique la totalité de l'acte de vente, le préempteur est légitimement en droit de penser que toutes les clauses qui figurent dans l'acte s'appliqueront à lui, et uniquement ces clauses indépendamment de toute autre conclue sous seing privé. Par ailleurs, la qualification de clause subjectivement essentielle dépend de la volonté des parties à l'acte⁴⁹⁹ sur laquelle le préempteur n'a aucune maîtrise. Cela peut être source de différend.

³⁹³ C'est pourquoi, pour des raisons de transparence et afin d'éviter tout malentendu à l'égard du préempteur, nous conseillerions au vendeur et à l'acquéreur, confrontés à un droit de préemption, d'indiquer dans l'acte de vente formelle toutes les conditions, objectivement et subjectivement essentielles, qui s'appliquent également au préempteur, et uniquement celles-ci.

³⁹⁴ Néanmoins, il ne s'agit pas d'une obligation légale. D'ailleurs, tant le vendeur que l'acquéreur peuvent avoir des raisons légitimes de soumettre une clause à la forme authentique, ou inversement de la passer sous seing privé. Prenons l'exemple suivant :

³⁹⁵ P est propriétaire de la parcelle X d'une commune genevoise, qui fait l'objet d'un droit de superficie, en vertu duquel a été construit un hangar, et qui est immatriculé au Registre foncier en un droit distinct permanent (art. 655 al. 3 CC), et dont V est seul titulaire. Ce dernier a installé dans le hangar son entreprise de menuiserie qu'il a créée sous la forme d'une société anonyme. V décide de vendre à A son entreprise ainsi que son hangar. En sa qualité de superficiant, P a un droit légal de préemption (art. 682 al. 2 CC).

³⁹⁶ Les deux opérations sont liées si les parties ne peuvent concevoir de signer l'acte de vente du hangar sans la signature de la convention de cession des actions de la société anonyme. Par ailleurs, en tant qu'immeuble au sens de l'art. 655 al. 2 ch. 2 CC, l'acte de vente du droit de superficie doit être passé en la forme authentique (art. 657 al. 1 CC et 216 al. 1 CO). Néanmoins, cette dernière ne s'étend pas à la convention de cession des actions de la société anonyme. En effet, si la cession est une condition subjectivement essentielle de la vente du droit de superficie, elle n'est toutefois pas liée à la nature du contrat de vente. La convention de cession d'action constitue un tout, avec une

⁴⁹⁸ En ce sens, voir CoRo-FoEX, No 17 ad art. 216d CO.

⁴⁹⁹ ATF 97 II 55 = JdT 1972 I 52, ATF 68 II 233 = JdT 1943 I 74.

existence propre. Elle n'a donc pas besoin de faire partie intégrante du contrat de vente⁵⁰⁰.

Il est d'ailleurs conseillé fiscalement que la cession des actions de la société anonyme fasse l'objet d'une convention sous seing privé. En effet, à Genève, si elle faisait partie intégrante de l'acte de vente passé en la forme authentique, la cession serait taxée en droit d'enregistrement⁵⁰¹, alors que dans le cas contraire, elle est exonérée de tout droit.

Néanmoins, bien qu'elle ne fasse pas partie intégrante de l'acte de vente du droit de superficie, la cession d'actions est une condition subjectivement essentielle de l'opération, si les parties ne peuvent concevoir de signer l'acte de vente du hangar sans la signature de la convention de cession des actions de la société anonyme. Dans une telle hypothèse, la convention de cession des actions s'imposerait à P au moment de l'exercice du droit. Elle devrait ainsi lui être communiquée⁵⁰².

3. *Les autres renseignements complémentaires*

Pour prendre une décision éclairée, le préempteur doit avoir connaissance de l'acte de vente formelle, et plus généralement du contenu matériel de la vente. Qu'en est-il des renseignements complémentaires dont le préempteur aurait également besoin ? Ce dernier, par exemple, peut-il exiger du vendeur un extrait du Registre foncier, avec toutes les inscriptions, servitudes, charges foncières, mentions et annotations ? Peut-il exiger une expertise immobilière qui garantirait le bien-fondé du prix de vente, ou encore la police d'assurance bâtiments ?

Il y a tout d'abord lieu de remarquer que selon le Tribunal fédéral doivent être couverts par la forme authentique tous les éléments essentiels du contrat⁵⁰³. Tel est le cas notamment de l'immeuble vendu⁵⁰⁴. Ainsi, en recevant une copie du contrat de vente passé en la forme authentique, le préempteur devrait être informé du descriptif de l'immeuble vendu, tel qu'il existe au Registre foncier. Un extrait du Registre foncier ne serait donc pas nécessaire.

Néanmoins, selon le Tribunal fédéral, l'énumération de certains droits inscrits au Registre foncier sur un immeuble n'a pas à être couverte par la forme authentique ; tel est le cas des droits réels limités⁵⁰⁵. Ainsi, il peut

⁵⁰⁰ ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99, ATF 113 II 403 c. 2a = Jdt 1988 I 68.

⁵⁰¹ Art. 3 a contrario, art. 4 et 52 LDEGe.

⁵⁰² BeK-MEIER-HAYOZ, No 205, ad art. 681 CC. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 149 No 1734c.

⁵⁰³ ATF 106 II 148 = JdT 1980 I 580.

⁵⁰⁴ ATF 127 III 248 = JdT 2001 I p. 263.

⁵⁰⁵ RNRF 1998 49 ss. Il y a lieu toutefois de remarquer que l'énumération des droits réels limités dans l'acte de vente est souhaitable et fait partie, selon nous, du devoir d'information et de conseil du notaire, sauf dispense (MOOSER, *Le droit notarial*, p. 103 No 233).

s'avérer utile pour le préempteur de disposer, en sus d'une copie du contrat de vente, d'un extrait du Registre foncier, afin de connaître les inscriptions dont le bien immobilier fait l'objet du droit de préemption et qui n'ont pas à figurer dans le contrat de vente.

402 Tout d'abord, nous pensons que le préempteur a bien évidemment le droit de visiter le bien immobilier. Pour prendre une décision éclairée, il doit avant tout connaître l'objet qu'il envisage d'acquérir. Par ailleurs, de façon générale, nous sommes d'avis qu'il peut être demandé au vendeur tous les éléments qu'il a transmis à l'acquéreur, dans la mesure où le préempteur n'a aucun autre moyen d'obtenir ces renseignements. En effet, selon nous, le vendeur qui refuserait au préempteur un renseignement qu'il a fourni au tiers acquéreur n'aurait pas un comportement conforme aux règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC), si le préempteur n'a pas d'autres moyens d'obtenir l'information.

403 En revanche, le préempteur ne peut pas exiger du vendeur plus que ce qu'il détient, voire des renseignements qui seraient contraires à l'usage commercial. Tel serait le cas, par exemple de l'expertise immobilière en mains du vendeur qu'il n'aurait pas communiquée à l'acquéreur. Exiger que cette expertise soit transmise au préempteur serait, selon nous contraire à l'usage commercial, et enlèverait à la vente tout caractère spéculatif, ce qui n'est pas le but du droit de préemption.

f) Le défaut de notification

404 Que se passe-t-il si le cas de préemption n'est pas notifié au préempteur, ou si la notification présente un vice de forme ? En effet, non seulement le vendeur peut omettre d'informer le préempteur du cas de préemption, mais il peut également procéder à une notification partielle, en ne communiquant pas au préempteur, volontairement ou par négligence, toutes les informations qui permettraient à ce dernier de prendre une décision éclairée.

405 Tant que la notification n'a pas valablement été effectuée⁵⁰⁶, le délai relatif de 3 mois (art. 681a al. 2 CC et art. 216e CO) ne devrait pas, selon nous, commencer à courir, et le préempteur ne devrait pas être tenu de se prononcer. Demeure par ailleurs réservé l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC).

406 Qu'en est-il du tiers acquéreur ? Peut-il se voir opposer l'exercice du droit de préemption, au-delà du délai légal de 3 mois, compte tenu d'une notification viciée du vendeur ? En effet, n'étant pas tenu de notifier, ce dernier doit-il néanmoins subir les conséquences d'une notification viciée, due à la négligence du vendeur, intentionnelle ou pas ? Nous pensons qu'il y a lieu de

⁵⁰⁶ La notification sera valablement effectuée si sont communiqués au préempteur l'objet de la transaction, son prix et la date à laquelle le contrat de vente a eu lieu, mais aussi les clauses qui, aux yeux du vendeur, s'appliquent tant à l'acquéreur qu'au préempteur (voir supra No 390).

distinguer le droit de préemption légal (1) de celui conventionnel (2). Finalement, comment protéger le vendeur, voire le tiers acquéreur, face à un préempteur qui prétendrait ne pas pouvoir se prononcer dans les délais car pas assez informé, ou qui remettrait en cause sa renonciation à l'exercice du droit de préemption sur la base d'une notification prétendument viciée ? (3)

1. *Le droit de préemption légal*

Le droit de préemption légal résulte directement de la loi. Ainsi, de par sa nature, son exercice s'impose à tout acquéreur de l'immeuble que ce dernier ait été, ou pas, expressément informé du droit. Ainsi, en cas de défaut lors de la notification du cas de préemption, le délai légal de 3 mois (art. 681a al. 2 CC, art. 216e CO) commence à courir dès que le vice a été réparé, de sorte que le tiers acquéreur pourra se voir opposer l'exercice du droit de préemption même au-delà du délai de 3 mois qui suivent son acquisition. Demeure néanmoins réservé le délai absolu de 2 ans dès l'inscription au Registre foncier de l'acquéreur (art. 681a al. 2 CC).⁴⁰⁷

2. *Le droit de préemption conventionnel*

Le droit de préemption conventionnel est soumis à la liberté contractuelle. Il lie donc les parties au pacte. Son annotation au Registre foncier peut toutefois lui conférer certains effets réels⁵⁰⁷. Ainsi, il y a lieu de distinguer le droit conventionnel annoté au Registre foncier, et celui qui ne l'est pas. Dans le premier cas, le délai légal de 3 mois (art. 681a al. 2 CC, art. 216e CO) commence à courir dès que le vice a été réparé, de sorte que le tiers acquéreur pourra se voir opposer l'exercice du droit de préemption même au-delà du délai de 3 mois qui suivent son acquisition. Contrairement au droit légal, il n'existe aucun délai absolu pour l'exercice du droit conventionnel.⁴⁰⁸

Quant au droit conventionnel non annoté, seul le vendeur répond à l'égard du préempteur, en cas de notification viciée en dommage et intérêts (art. 97 ss CO)⁵⁰⁸. Le tiers acquéreur ne peut se voir opposer l'exercice du droit de préemption, si ce dernier intervient après l'inscription au Registre foncier du transfert de propriété, même en cas de vice lors de la notification.⁴⁰⁹

⁵⁰⁷ L'annotation du droit de préemption confère non seulement la priorité sur les droits postérieurement acquis sur l'immeuble (effet typique de l'annotation), mais également le rend propter rem, et le rattache ainsi à la propriété de l'immeuble. art. 959 al. 2 CC. Voir également STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 222, Nos 799 ss.

⁵⁰⁸ BeK-GIGER, No 14, ad art. 216d CO. BRÜCKNER, p. 538. CoRo-FoEx, No 8 ad art. 216d CO. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 152 No 1742.

3. *La protection du vendeur, voire du tiers acquéreur*

410 Nous sommes conscients qu'admettre que le délai relatif de 3 mois ne devrait pas commencer à courir, et que le préempteur ne devrait pas être tenu de se prononcer, tant que la notification n'a pas valablement été effectuée, peut être source d'insécurité juridique pour le vendeur, et dans une certaine mesure pour le tiers acquéreur.

411 En effet, le vendeur, respectivement le tiers acquéreur, court toujours le risque que le préempteur prétende ne pas pouvoir se prononcer dans le délai car pas assez informé, ou remette en cause la validité de sa renonciation à l'exercice de son droit, après l'expiration des délais, en invoquant un vice dans le contenu de la notification, l'ayant empêché de prendre une décision éclairée. Comment le vendeur peut-il se préserver d'un tel risque ? Existe-t-il toujours une épée de Damoclès, tant sur la tête du vendeur que sur celle du tiers acquéreur, et ce même après l'expiration du délai ?

412 Nous sommes d'avis que malheureusement ce risque est inévitable, et est lié à la nature du droit de préemption qui ne peut s'exercer que sur la base des informations qui sont données par le vendeur. Admettre le contraire, serait prendre le risque que le préempteur puisse se prononcer sur la base d'une notification viciée, abusivement ou par négligence, ce qui, à nos yeux, est inacceptable.

413 En effet, nous sommes face à des intérêts divergents : celui du vendeur de s'assurer que la déclaration d'exercice du droit interviendra dans les délais, et qu'elle sera irrévocable ; et celui du préempteur d'être correctement informé pour pouvoir prendre une décision éclairée. Or, l'intérêt du second prime, à nos yeux.

414 Tout d'abord, l'exercice du droit de préemption dépend de l'information donnée par le vendeur. Le préempteur n'a aucune maîtrise sur cette dernière. Il appartient donc au vendeur de faire toute diligence pour que le préempteur soit correctement informé⁵⁰⁹. Ensuite, face à un préempteur qui prétendrait être mal ou insuffisamment informé, le vendeur peut toujours l'inviter à faire valoir ses droits par voie judiciaire.

415 Devant le juge, il lui sera aisé d'apporter la preuve que la notification a correctement été effectuée. Le contraire est plus délicat pour le préempteur. En effet, n'ayant aucune maîtrise sur l'information qui doit lui être donnée, il lui sera difficile, selon nous, d'apporter la preuve que la notification est incomplète.

⁵⁰⁹ La notification sera valablement effectuée si sont communiqués au préempteur l'objet de la transaction, son prix et la date à laquelle le contrat de vente a eu lieu, mais aussi les clauses qui, aux yeux du vendeur, s'appliquent tant à l'acquéreur qu'au préempteur (voir supra No 390).

g) Le rôle de l'officier public

L'officier public n'a aucune obligation légale de procéder à la notification⁵¹⁰. Il 416
peut néanmoins agir sur la base d'un mandat (art. 394 ss CO) exprès conféré
par les parties à l'acte de vente. Néanmoins, nous ne le conseillons pas. En
effet, un tel mandat n'est pas propre à l'activité ministérielle de l'officier
public. Nous ne pensons donc pas que ce dernier serait couvert par son
assurance responsabilité civile en cas de vice de notification qui lui serait
imputable provoquant un dommage soit au vendeur soit à l'acquéreur.

Toutefois, l'officier public joue indirectement, à nos yeux, un rôle 417
important dans le processus de notification. En effet, par son devoir
d'information et de conseil⁵¹¹, il lui appartient d'informer le vendeur sur le
contenu de la notification et des conséquences d'un vice de notification. A ce
titre, nous sommes d'avis qu'il devrait suggérer aux parties d'inclure dans
l'acte de vente immobilière, toutes les clauses subjectivement essentielles à
l'opération, qui s'appliquent également au préempteur, même si certaines ne
sont pas formellement soumises à la forme authentique ; et uniquement celles-
ci. Cette façon de procéder permet de ne notifier qu'un seul document, évitant
ainsi tout malentendu à l'égard du préempteur, et une insécurité juridique.

⁵¹⁰ CoRo-FoEX, No 4 ad art. 216d CO.

⁵¹¹ MOOSER, *Le droit notarial*, p. 103 No 233.

II. La déclaration du préempteur

a) L'auteur de la déclaration

1. *La personne du préempteur*

⁴¹⁸ L'exercice du droit doit être effectué par le titulaire du droit ; par son représentant⁵¹², si ce dernier est une personne morale ou une entité avec une quasi personnalité juridique. S'il s'agit d'une société simple, d'une communauté héréditaire, d'une indivision, d'une communauté de biens, d'une communauté des copropriétaires ordinaires ou d'une propriété par étages, la déclaration doit être faite par chacun de ses membres, et n'engage pas les autres membres.

⁴¹⁹ En effet, le droit de préemption est personnel à chacun d'entre eux⁵¹³. Ainsi, si chacun des membres souhaite exercer le droit, il le fera proportionnellement à ses droits au sein de la propriété collective. Si en revanche, certains d'entre eux déclarent renoncer à l'exercice, leur droit s'éteint, augmentant d'autant la part des autres membres qui déclarent exercer ce dernier.

2. *Le chef ou l'exploitant de l'indivision, l'exécuteur testamentaire, le représentant de la communauté héréditaire, le liquidateur officiel*

⁴²⁰ Concernant l'indivision, la question se pose si le chef de l'indivision ou l'exploitant peut déclarer exercer le droit au nom de membres de l'indivision. Nous répondons par la négative. Le rôle du chef ou de l'exploitant de l'indivision est de gérer et d'administrer les biens indivis (art. 341 al. 2 CC et 347 al. 1 CC), et non pas d'acquérir pour le compte de l'indivision un bien, de surcroît exercer un droit de préemption. La déclaration d'exercice du droit par le chef de l'indivision, ou par l'exploitant n'est donc pas admissible, selon nous.

⁵¹² Pour l'association, sa direction (art. 69 CC), pour la fondation, son organe dirigeant au sens de l'art. 83 CC (le plus souvent le Conseil de fondation), pour la société anonyme, son Conseil d'administration (art. 716 al. 2 CO), pour la société à responsabilité limitée, par tous les associés, à défaut de la nomination d'un gérant (art. 811 al. 1 et 2 CO), pour la société coopérative, son Conseil d'administration (art. 894 ss CO). Pour la société en nom collectif, l'(es) associé(s) gérant(s) (art. 564 CO) et pour la société en commandite, par l'(es) associé(s) indéfiniment responsable(s) (art. 603 CO).

⁵¹³ Voir supra Nos 145, 149, 155 et 162.

Concernant la communauté héréditaire, qu'en est-il de l'exécuteur testamentaire (art. 517 al.1 CC)⁵¹⁴, du représentant de la communauté héréditaire (art. 602 al. 3 CC)⁵¹⁵, ou du liquidateur officiel (art. 595 al. 1 CC)⁵¹⁶ ? Là aussi, nous pensons qu'ils ne peuvent pas exercer le droit au nom des membres de l'Hoirie. En effet, leur pouvoir se limite à l'administration de la succession, voire à la disposition de celle-ci. Ils n'ont donc pas la compétence d'acquérir un bien au nom de la succession, de surcroît d'exercer le droit de préemption.

3. *L'administrateur d'office*

Le cas de l'administration d'office est particulier. Une telle mesure est prise en cas d'absence prolongée d'un héritier qui n'a pas laissé de fondé de procuration, ou si la dévolution successorale est inconnue (art. 554 al. 1 CC). Là aussi, nous admettons que la déclaration de l'administrateur d'office ne déploie aucun effet dans la mesure où les compétences de ce dernier se limitent à l'administration et à la gestion conservatoire de la succession⁵¹⁷, à l'exclusion de tout acte de disposition, de surcroît d'acquisition ou d'exercice du droit de préemption.

Toutefois, en cas de dévolution successorale inconnue, la notification du cas de préemption sera suspendue jusqu'à ce que la dévolution successorale puisse être établie⁵¹⁸ ; alors seulement la notification pourra être effectuée à l'ayant droit qui pourra déclarer l'exercer ou y renoncer.

En revanche, en cas d'absence prolongée d'un héritier qui n'a pas laissé de fondé de procuration, dans la mesure où la notification a valablement été effectuée⁵¹⁹, le droit s'éteindra s'il n'est pas exercé par l'ayant droit dans le délai imparti.

4. *L'administrateur d'une communauté des copropriétaires d'une propriété par étages*

Dans la mesure où nous n'avons ni admis que la communauté des copropriétaires d'une propriété par étages était titulaire d'un droit de

⁵¹⁴ L'exécuteur testamentaire est désigné par le de cujus, et a un pouvoir d'administration et de disposition indépendant des héritiers (ATF 90 II 376 = JdT 1965 I 336).

⁵¹⁵ Le représentant de la communauté est désigné unanimement par les héritiers, ou par l'autorité compétente, à la demande d'un ou plusieurs héritiers. Ses pouvoirs sont controversés en doctrine. Ils dépendent de la décision de l'autorité qui, selon les circonstances, peut lui conférer notamment le pouvoir de disposition. STEINAUER, *Les successions*, p. 570 Nos 1224 ss.

⁵¹⁶ Le liquidateur représente et administre la succession en son propre nom (ATF 130 II 97 = SJ 2004 349). En particulier, il a le pouvoir de disposer. STEINAUER, *Les successions*, p. 508 No 1068.

⁵¹⁷ STEINAUER, *Les successions*, p. 430 No 878.

⁵¹⁸ Voir supra No 363.

⁵¹⁹ Voir supra No 370.

préemption, ni que le cas de préemption puisse, sauf convention contraire, lui être notifié⁵²⁰, nous pensons a fortiori que l'administrateur de la communauté ne peut pas exercer au nom de la communauté le droit de préemption.

426 Demeure réservé le cas où chaque copropriétaire lui confère expressément le pouvoir d'exercer le droit en son propre nom et pour son propre compte. Dans une telle hypothèse, il s'agit d'un mandat (art. 394 ss CO). Une telle clause ne pourra bien évidemment pas être annotée au Registre foncier.

b) La forme de la déclaration

427 Selon le Tribunal fédéral « le transfert de la propriété d'un immeuble au titulaire d'un droit de préemption n'exige la conclusion d'un acte authentique de vente que si les parties doivent encore se mettre d'accord sur des points essentiels du contrat ; sinon il suffit de produire, à l'appui de la réquisition d'inscription au Registre foncier, le contrat de vente, la déclaration de bénéficiaire qui exerce son droit de préemption et le consentement du propriétaire »⁵²¹. Selon notre Haute Cour, la déclaration du préempteur n'est soumise à aucune forme⁵²², et ne peut être soumise ni à condition, ni à réserve⁵²³. Le préempteur peut néanmoins, lors de sa déclaration, réserver la validité de certaines conditions convenues entre le vendeur et l'acquéreur⁵²⁴.

428 La doctrine unanime partage l'opinion du Tribunal fédéral. Ainsi la déclaration d'exercice du droit de préemption est un acte formateur, savoir une déclaration unilatérale de volonté⁵²⁵ qui déploie ses effets dès que le droit est exercé, indépendamment de tout acte juridique conclu entre le vendeur et le préempteur. Elle n'est donc soumise à aucune condition ni réserve⁵²⁶. A défaut de base légale expresse, finalement, aucune forme ne s'impose⁵²⁷.

⁵²⁰ Voir supra Nos 174 et 366.

⁵²¹ ATF 90 II 393 ss = JdT 1965 I 597 ss. Jurisprudence qui a été prise sous l'ancien droit, mais qui, selon nous, pourrait être maintenue par le Tribunal fédéral sous le nouveau droit.

⁵²² ATF 73 II 162 ss = JdT 1948 I 209 ss.

⁵²³ ATF 102 II 376 = JdT 1978 I 136, dans les limites des réserves qui n'entraînent pas d'insécurité juridique pour le destinataire (ATF 101 II 235 = RNRF 1958 p. 40) ou celles relatives à l'interprétation du contrat de vente (ATF 92 II 147 = Jdt 1967 I 174).

⁵²⁴ ATF 117 II 30 = JdT 1993 I 12.

⁵²⁵ BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 541 No 117. BRUNNER, p. 397 No 142. EMERY, p. 186 No 490. CoRo-Foëx, No 4 ad art. 216 CO. GHANDCHI, p. 218. BeK-GIGER No 142 ad art. 216 CO. BeK-MEIER-HAYOZ, Nos 73 et 75 ad art. 682 CC. BaK-REY No 3, ad art. 681a CC. SIMONIUS/SUTER, p. 360 No 41. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 150, No 1736. VAUCHER, p. 145.

⁵²⁶ BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 540 No 115. BUGNON, p. 273. EMERY, p. 186 No 490. CoRo-Foëx, No 4 ad art. 216 CO. GHANDCHI, p. 218. BeK-MEIER-HAYOZ, Nos 224 ss ad art. 681 CC. REY, *Sachenrecht*, p. 319, No 1245. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 150, No 1736.

⁵²⁷ BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 541 No 116. BRUNNER, p. 398. EMERY, p. 187 No 494. CoRo-Foëx, No 5 ad art. 216 CO. BeK-MEIER-HAYOZ, No 227 ad art. 681 CC. REY, *Sachenrecht*, p. 327, No 1275. SIMONIUS/SUTER, p. 360. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 150, No 1736b.

L'envoi par pli recommandé est toutefois vivement conseillé⁵²⁸. La forme écrite devrait s'imposer néanmoins pour l'inscription au Registre foncier (art. 64 al. 1 lit. d ORF)⁵²⁹.

Nous partageons l'opinion du Tribunal fédéral et de la doctrine unanime⁴²⁹ selon laquelle le droit de préemption est un droit formateur, de sorte que son exercice n'implique pas la conclusion d'un nouvel acte de vente entre le vendeur et le préempteur. Par ailleurs, de par sa nature formatrice, la déclaration ne peut pas être soumise ni à condition ni à réserve. En revanche, nous pensons que la forme authentique devrait s'imposer.

En effet, la loi est muette quant à la forme que doit prendre la déclaration⁴³⁰ d'exercice. A ce titre, en vertu de l'art. 11 al. 1 CO, à défaut de prescription expresse, la forme authentique ne s'impose pas. Néanmoins, n'y-a-t-il pas lacune de la loi en la matière ?

Selon le Tribunal fédéral, « on est en présence d'une lacune proprement dite lorsque le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi [...] »⁵³⁰.

Par ailleurs, la loi s'interprète au regard de sa lettre, mais également en vertu de son esprit (art. 1 al. 1 CC). Ce dernier peut se déterminer grâce à une interprétation historique de la norme, en recherchant la volonté du législateur ; grâce à une interprétation systématique compte tenu du contexte législatif ; ou encore grâce à une interprétation téléologique qui tend à rechercher le but de la loi⁵³¹.

Dans son Message, le Conseil fédéral ne se prononce pas sur la forme que doit prendre la déclaration d'exercice du droit. Les travaux préparatoires sont également muets en la matière. Une interprétation historique ne nous permet donc pas de justifier la forme que doit prendre la déclaration d'exercice du droit de préemption. Par ailleurs, une interprétation systématique de la loi n'apporte rien de plus au débat, selon nous. Qu'en est-il d'une interprétation téléologique ?

« La notion de l'acte authentique appartient au droit fédéral »⁵³². Par ailleurs, selon le Tribunal fédéral, « les règles de forme [...] s'interprètent restrictivement, in favorem negotii [...]. Pour la sécurité du droit, on se gardera d'étendre inopportunément le champ d'application des formes légales »⁵³³. Finalement, selon notre Haute Cour, le droit fédéral soumet le

⁵²⁸ CoRo-FoÈx, No 5 ad art. 216 CO.

⁵²⁹ BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 541. EMERY, p. 187 No 494. CoRo-FoÈx, No 5 ad art. 216 CO.

⁵³⁰ ATF 121 III 219 = JdT 1996 I 162.

⁵³¹ Notamment ATF 112 Ib 465. ATF 100 II 52 = JdT 1975 258.

⁵³² CoRo-GUGGENHEIM No 7 ad art. 11 CO.

⁵³³ ATF 113 II 402 ss = JdT 1988 I 67 ss.

commerce immobilier à la forme authentique notamment parce qu'il entend préserver les parties de décisions irréfléchies, leur faire prendre conscience de la portée de leurs engagements et assurer une expression claire et complète de leur volonté dans l'acte »⁵³⁴.

435 Or, la déclaration d'exercice du droit de préemption a un effet identique à la conclusion du contrat de vente. En effet, à l'instar de l'acquéreur, par sa déclaration, le préempteur devient titulaire d'une créance envers le vendeur tendant au transfert de propriété. Le vendeur est par ailleurs obligé de transférer la propriété au préempteur moyennant paiement du prix⁵³⁵.

436 Ainsi, dans le contrat de vente immobilière, le législateur a expressément soumis les déclarations du vendeur et de l'acquéreur à la forme authentique⁵³⁶. Cette dernière se justifie afin notamment de protéger les parties de prendre des engagements inconsidérés⁵³⁷. Or, dans le cadre du droit de préemption, le titulaire du droit s'engage à exercer son droit aux mêmes conditions que celles de l'acquéreur. Ainsi, si la déclaration de l'acquéreur doit être couverte par la forme authentique afin notamment de le protéger d'engagements inconsidérés, pourquoi ne pas faire bénéficier le préempteur de la même protection ?

437 Dès lors, admettre que la déclaration du préempteur n'est soumise qu'à la forme écrite, c'est priver ce dernier de la protection qu'assure la forme authentique, en particulier du devoir d'information et de conseil auquel est tenu l'officier public⁵³⁸, ce qui, à nos yeux, n'est pas acceptable. Cette exigence est d'autant plus importante, selon nous, en cas de droit de préemption légal, ou en présence d'un droit de préemption conventionnel non limitatif, dans la mesure où le préempteur n'a jamais bénéficié de la protection de la forme authentique⁵³⁹.

438 Ainsi, selon une interprétation téléologique de la loi, le législateur aurait dû soumettre expressément la déclaration d'exercice du préempteur à la forme authentique, à l'instar de l'art. 216 al. 1 CO qui soumet à la forme authentique les déclarations tant du vendeur que de l'acquéreur. Nous sommes face à une lacune proprement dite qu'il y a lieu de combler.

439 Dans le cadre d'un pacte d'emption, le Tribunal fédéral a admis que la cession du droit à un tiers devait être soumise à la forme authentique, sauf si le cessionnaire était d'ores et déjà intervenu lors de la signature du pacte, excluant l'application de l'art. 165 CO. Notre Haute Cour se justifie par le fait qu' « en matière de transfert de la propriété immobilière, la forme authentique

⁵³⁴ ATF 99 II 159 ss = JdT 1974 I 66 ss ; ATF 90 II 274 ss = JdT 1974 I 66 ss.

⁵³⁵ BINZ-GEHRING, p. 179. EMERY, p. 190, No 502.

⁵³⁶ Art. 216 al. 1 CO.

⁵³⁷ ATF 99 II 159 ss = JdT 1974 I 66 ss ; ATF 90 II 274 ss = JdT 1974 I 66 ss.

⁵³⁸ MOOSER, *Le droit notarial*, p. 103 No 233.

⁵³⁹ Tel n'est pas le cas du droit de préemption conventionnel limité dont la constitution doit être faite en la forme authentique. art. 216 al. 2 et 3 CO. Voir supra Nos 63 ss.

est la règle : elle s'impose pour tous les aspects essentiels des contrats s'y rapportant et notamment pour la désignation des parties. La cession des droits du bénéficiaire de l'emption à un tiers constitue ainsi une modification du pacte d'origine qui ne porte pas sur un point secondaire au sens de l'art. 12 CO, lequel impose donc le respect de la même forme que celle à laquelle le pacte de base est soumis. Bien que ce dernier prévoit la possibilité d'une cession, la personne du futur cessionnaire joue un rôle essentiel, ce dernier se substituant non seulement dans les droits, mais aussi dans les obligations du cédant. Il est donc important non seulement que le cessionnaire puisse justifier de sa qualité, mais aussi – et c'est le but de la forme authentique – que son attention ait été expressément attirée sur la portée de la cession »⁵⁴⁰.

Une telle jurisprudence peut, selon nous, être transposée à la déclaration d'exercice du droit de préemption. En effet, en exerçant son droit, le préempteur acquiert une créance en transfert de propriété aux conditions du contrat négociées entre le vendeur et le tiers acquéreur. Il serait donc important d'attirer son attention sur la portée de sa déclaration. Tel est le but de la forme authentique⁵⁴¹. La déclaration du préempteur devrait donc, selon nous, être passée en la forme authentique, conformément à l'art. 216 al. 1 CO par analogie.

Ainsi, contrairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la doctrine unanime, nous sommes d'avis que la déclaration d'exercice du préempteur devrait être soumise à la forme authentique, afin que ce dernier puisse bénéficier de la protection qui y est rattachée. Demeure toutefois réservée la déclaration d'exercice du droit de préemption conventionnel qualifié, si toutes les conditions d'exercice du droit sont convenues exhaustivement dans le pacte de préemption. En effet, dans ce cas, la qualité du préempteur et les engagements qu'il prend sont déjà couverts par la forme authentique, lors de la signature du pacte de préemption.

Néanmoins, en vertu de la jurisprudence actuelle, et de la doctrine unanime, la forme authentique ne peut pas être imposée à la déclaration d'exercice du droit de préemption. Ainsi, il serait souhaitable que le législateur soumette clairement la déclaration d'exercice du droit à la forme authentique, en vertu d'une modification du droit actuel, et règle par le droit transitoire la validité des déclarations déjà effectuées en la forme authentique. A défaut, un revirement de jurisprudence se justifierait, selon nous.

⁵⁴⁰ ATF 111 II 143 = SJ 1986 30.

⁵⁴¹ ATF 99 II 159 ss = JdT 1974 I 66 ss ; ATF 90 II 274 ss = JdT 1974 I 66 ss.

c) Le contenu de la déclaration

443 La question se pose si toutes les clauses convenues entre le vendeur et l'acquéreur, s'imposent au préempteur. A quelles conditions ce dernier peut-il refuser l'application d'une clause qui lui est notifiée ?

444 Demeure d'ores et déjà réservé le cas du droit de préemption conventionnel limité. En effet, dans la mesure où le vendeur et le préempteur ont d'ores et déjà défini, dans le pacte de préemption, les conditions de l'exercice du droit, ces dernières s'imposent, indépendamment de celles convenues avec le tiers acquéreur.

445 Selon le Tribunal fédéral⁵⁴², « le droit de préemption doit être exercé, à défaut d'indication dans le Registre foncier, aux mêmes conditions que la vente au défendeur. Lorsque le vendeur et le tiers acquéreur sont convenus de prestations accessoires et que le titulaire du droit de préemption n'est pas en mesure de les exécuter personnellement en nature, il paiera au vendeur la valeur correspondante. Si les prestations accessoires ne sont pas appréciables en argent, l'exercice du droit de préemption est exclu, à moins qu'il ne s'agisse d'engagements tout à fait secondaires et que l'on doive admettre que le contrat de vente aurait été conclu même sans cela ».

446 Cette jurisprudence est reprise par P.-H. STEINAUER⁵⁴³, ce qui n'est pas le cas de B. FOËX qui considère que « seules les stipulations insérées dans l'acte et revêtues de la forme authentique lient le préempteur »⁵⁴⁴.

447 La solution de B. FOËX permet de garantir la sécurité du droit. Néanmoins, elle est, à nos yeux, trop restrictive, et contraint les parties à l'acte de vente de soumettre toutes les clauses convenues à la forme authentique, même si la loi ne l'impose pas, ce qui n'est pas conforme à l'art. 11 CO.

448 Quant à la jurisprudence du Tribunal fédéral, reprise par P.-H. STEINAUER, elle présente le désavantage, à nos yeux, de faire dépendre l'exercice du droit de préemption de la volonté du vendeur. En effet, même si une opération constitue un cas de préemption, le vendeur peut empêcher son exercice, simplement en stipulant une clause qu'il sait inexécutable par le préempteur, ni en nature, ni en argent, ce qui n'est pas admissible, à nos yeux. En effet, le risque qu'une clause ne soit pas exécutable doit, selon nous, être supporté par le vendeur, qui l'a convenue avec l'acquéreur, et non pas par le préempteur. Admettre le contraire reviendrait à accepter que le vendeur puisse, en stipulant une clause inexécutable, empêcher l'exercice du droit, alors même que l'opération constituerait un cas de préemption. Cela ne se justifie pas en

⁵⁴² ATF 89 II 444 = JdT 1964 p. 350.

⁵⁴³ STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 151, No 1739a

⁵⁴⁴ CoRo-FoËx, No 17 ad art. 216d CO.

particulier en cas de droit de préemption conventionnel puisque le non exercice du droit implique l'extinction de ce dernier.

Ainsi, selon nous, il y a lieu d'examiner si l'opération constitue un cas de préemption. Si oui, en cas d'exercice de son droit, le préempteur est tenu d'exécuter toutes les clauses convenues entre le vendeur et l'acquéreur, et qui lui sont notifiées. Si l'une des clauses ne peut pas être exécutée en nature par le préempteur, nous sommes d'avis qu'il y a lieu d'examiner si elle peut être exécutée en argent. Si tel n'est pas le cas, nous pensons que le droit de préemption devrait néanmoins pouvoir être exercé. Nous faisons donc supporter le risque d'une clause inexécutable au vendeur, dans la mesure où il l'a convenue avec l'acquéreur, et non pas au préempteur. ⁴⁴⁹

d) Le moment de la déclaration

La loi prévoit expressément que la déclaration du préempteur doit intervenir dans les 3 mois à compter du moment où il a connaissance de la conclusion du contrat et de son contenu (Art. 681a al. 2 CC, art. 216e C O). Par ailleurs, le droit de préemption légal est soumis à un délai absolu de 2 ans dès l'inscription de l'acte de vente au Registre foncier (art. 681a al. 2 CC). ⁴⁵⁰

Le délai relatif de 3 mois est un délai de péremption⁵⁴⁵. Il commence à courir dès que le préempteur a connaissance du cas de préemption et de son contenu, quel que soit le moyen par lequel il en a eu connaissance⁵⁴⁶. Le préempteur doit néanmoins en être informé de façon « certaine et suffisante, ne serait-ce que fortuitement »⁵⁴⁷. Il doit par ailleurs être informé du cas de préemption et de son contenu « dans la mesure nécessaire à l'exercice de son droit. Si le titulaire du droit de préemption n'a pas été informé complètement sur le cas de préemption, le délai de péremption ne commence pas à courir »⁵⁴⁸. Si le cas de préemption est soumis à autorisation, le délai ne commence à courir qu'une fois l'autorisation obtenue⁵⁴⁹. Finalement, dans la mesure où les art. 681a al. 2 CC et 216e CO sont de droit dispositif⁵⁵⁰, le délai ⁴⁵¹

⁵⁴⁵ Message, p. 1019. BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 539. CoRo-FoÈX, No 3 ad art. 216e CO. REY, *Sachenrecht*, p. 326, No 1272. SCHÖBI, p. 569.

⁵⁴⁶ BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 540. EMERY, p. 174 No 458. CoRo-FoÈX, No 2 ad art. 216e CO. GHANDCHI, p. 215. BeK-MEIER-HAYOZ, Nos 2117 ad art. 681 CC. REY, *Neuregelung*, p. 66. SCHMID, p. 81. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 150, No 1735a.

⁵⁴⁷ ATF 83 II 517 = JdT 1958 I 495

⁵⁴⁸ Message, p. 1019.

⁵⁴⁹ EMERY, p. 174 No 459. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 169, No 1790a.

⁵⁵⁰ Message, p. 1019. ENGEL, *Les contrats*, p. 105. EMERY, p. 175 No 462. FoÈX, SJ 1994, p. 405. BaK-HESS, No 1 ad art. 216e CO. PFÄFFLI, NB 1992. p. 458. REY, *Neuregelung*, p. 59. SCHMID, p. 81. SCHÖBI, p. 569. STEINAUER, *Le droit de préemption*, p. 8.

de 3 mois peut être modifié⁵⁵¹. La convention doit être passée en la forme authentique pour le droit de préemption légal (art. 681b al. 1 CC), ainsi que pour le droit de préemption conventionnel qualifié (art. 216 al. 2 CO)⁵⁵².

⁴⁵² Quant au délai absolu de 2 ans du droit de préemption légal, il commence à courir dès l'inscription du nouveau propriétaire au Registre foncier, et est également un délai de péremption⁵⁵³. A l'expiration de ce délai, le préempteur ne pourrait pas invoquer la mauvaise foi du vendeur qui ne l'aurait pas informé du cas de préemption⁵⁵⁴. Demeure réservée une éventuelle action en dommage et intérêts (art. 97 ss CO).

⁵⁵¹ BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 539. ENGEL, *Les contrats*, p. 105. EMERY, p. 175 No 462. CoRo-FoÈx, No 3 ad art. 216e CO. FoÈx, NOT@LEX 2010, p. 81. BeK-GIGER, No 22 ad art. 216e CO. BaK-HESS, No 2 ad art. 216e CO. PFÄFFLI, NB 1992. p. 458. SCHÖBLI, p. 569. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 169, No 1790a. TERCIER, *Les contrats*, p. 170, No 1140.

⁵⁵² EMERY, p. 175 No 462. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 169, No 1790a.

⁵⁵³ Message, p. 1019. GHANDCHI, p. 216. EMERY, p. 176 No 466. REY, *Neuregelung*, p. 64. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 169, No 1790a.

⁵⁵⁴ EMERY, p. 177 No 471. BaK-REY, No 4 ad art. 681a CC. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 169, No 1791a.

III. L'objet du droit

L'exercice du droit de préemption porte sur l'immeuble vendu. Demeurent⁴⁵³ réservées tant la vente partielle d'un immeuble grevé du droit (1) que la vente conjointe de plusieurs immeubles parmi lesquels un au moins fait l'objet du droit (2). Par ailleurs, qu'en est-il du droit de préemption du superficiaire si seule une partie de l'immeuble est grevée de la servitude ? (3) Finalement, il y a lieu également d'examiner tant l'aliénation de l'entreprise agricole, voire de l'immeuble agricole, que la cession de participations majoritaires à une personne morale au regard de la LDFR (4).

1. *La vente partielle de l'immeuble grevé du droit de préemption*

S'il s'agit d'une vente partielle, le préempteur peut exercer son droit sur la totalité de l'immeuble, si l'aliénation partielle a pour conséquence d'empêcher⁴⁵⁴ à l'avenir le vendeur de faire usage de l'immeuble restant⁵⁵⁵. Ainsi, la notification du vendeur doit non seulement indiquer expressément la vente partielle, mais également mentionner les motifs qui conduisent le vendeur à n'aliéner qu'une partie de l'immeuble grevé. Si la notification ne l'indique pas, nous sommes d'avis que le préempteur est en droit de présumer que la vente partielle empêche le vendeur d'utiliser la partie restante, de sorte que le droit de préemption pourra être exercé sur la totalité de l'immeuble. Dans cette hypothèse, la détermination du prix total pourrait s'avérer difficile.

Ainsi, reprenons l'exemple où A, charcutier traiteur, est propriétaire d'une⁴⁵⁵ parcelle grevée d'un droit de préemption en faveur de B, sur laquelle repose un bâtiment affecté à la vente de la charcuterie qu'il confectionne dans un hangar qui se trouve derrière la boutique. En cas de vente par A de la partie de la parcelle sur laquelle se trouve le hangar, nous avons conclu que B pouvait exercer son droit de préemption non seulement sur la partie où se situe le hangar, mais également sur la partie où se trouve le bâtiment affecté à la charcuterie⁵⁵⁶. Toutefois, si le prix du hangar est déterminé dans l'acte de vente conclu avec le tiers acquéreur, tel n'est pas le cas de la partie où se situe le bâtiment affecté au commerce. Comment déterminer sa valeur, sachant qu'elle n'est certainement pas identique à celle du hangar ? Ainsi, soit le vendeur et le préempteur se mettent d'accord sur une valeur, soit le juge sera amené à déterminer cette valeur sur la base d'une expertise. Selon nous, aucune des parties ne peut imposer à l'autre une valeur décidée unilatéralement.

⁵⁵⁵ Voir supra No 318.

⁵⁵⁶ Voir supra No 319.

2. *La vente conjointe de plusieurs immeubles*

⁴⁵⁶ S'il s'agit d'une vente conjointe de plusieurs immeubles parmi lesquels un ou plusieurs font l'objet d'un droit de préemption, ce dernier s'exercera sur la totalité des immeubles vendus⁵⁵⁷, si la vente conjointe constitue une condition principale⁵⁵⁸ de l'opération. Ainsi, la notification doit clairement indiquer si la vente conjointe constitue une condition principale ou accessoire. A défaut de précision, nous sommes d'avis que le préempteur est en droit de présumer qu'il s'agit d'une condition principale, et ainsi exercer son droit sur la totalité des biens vendus.

⁴⁵⁷ Un des éléments qui peut, selon nous, faire penser qu'il s'agit d'une condition principale, est le prix. En effet, si ce dernier est fixé globalement pour l'ensemble des immeubles sans pouvoir déterminer le prix de chacun d'eux, le préempteur est en droit, selon nous, de présumer que la vente conjointe est une condition principale, et exercer son droit sur tous les immeubles vendus. D'ailleurs, comment pourrait-il faire autrement ? Dans la mesure où le prix de l'immeuble grevé du droit de préemption n'est pas expressément déterminé, le préempteur n'a pas d'autre choix que d'acquérir conjointement tous les biens vendus au prix global indiqué, ou renoncer à l'exercice de son droit de préemption. Une répartition du prix entre tous les biens vendus pro rata ne nous semble, en pratique, pas toujours possible⁵⁵⁹, dans la mesure où chaque immeuble n'a pas forcément la même valeur au m². Le prix n'est toutefois qu'un indice. Ce qui est avant tout déterminant, selon nous, est l'intention des parties à l'acte de vente.

⁴⁵⁸ Prenons l'exemple suivant : L'immeuble I fait l'objet d'une propriété par étages. Il est divisé en trois lots privatifs Nos 1, 2 et 3. Les lots Nos 1 et 2, correspondant à deux appartements, sont propriétés respectivement de V et P. Le lot 3, correspondant à deux garages, est également propriété de V et P, à raison d'une part de copropriété ordinaire de moitié chacun. La copropriété du garage fait l'objet d'un règlement qui attribue l'usage exclusif de chacun des garages respectivement à V et P. V vend à A son lot No 1 ainsi que sa part de copropriété de moitié sur le lot 3 pour le prix global de Fr. 1'100'000

⁴⁵⁹ Si la notification adressée à P se contente de mentionner la vente de l'appartement et de la part de copropriété pour le prix de Fr. 1'100'000, P est en droit, selon nous, de penser que la vente conjointe est une condition principale,

⁵⁵⁷ BeK-MEIER-HAYOZ, No 148 et 154, ad art. 681 CC. MEIER-HAYOZ semble admettre dans un premier temps l'exercice du droit de préemption si l'objet grevé est vendu avec d'autres objets. Toutefois, cet auteur exclut l'exercice du droit en cas de vente d'un immeuble soumis au régime de la propriété par étages, dont seul un lot fait l'objet d'un droit de préemption. Nous ne comprenons pas cette distinction. Nous sommes d'avis que les deux situations sont similaires et doivent être traitées de la même façon, de sorte que le droit de préemption pourra être exercé dans les deux cas.

⁵⁵⁸ Quant à la différence entre condition principale et accessoire, voir notamment ATF 89 II 446 = JdT 1964 I 350.

⁵⁵⁹ Contra : ATF 81 II 502/510 = JdT 1956 I 230, STEINAUER, *Les droits réels II*, No 1739a

et que l'exercice du droit de préemption s'étend non seulement sur la part de copropriété mais également sur le lot No 1. Comment pourrait-il faire autrement dans la mesure où il n'a aucun moyen de distinguer le prix de l'appartement de celui du garage ? Une répartition du prix global pro rata entre l'appartement et le garage n'est pas envisageable compte tenu de la nature et de l'affectation différentes des deux biens.

Si la notification distingue le prix de l'appartement de Fr. 1'000'000, et le prix du garage de Fr. 100'000, il existe un indice pour penser que la vente conjointe n'est qu'accessoire et que l'exercice du droit de préemption ne porte que sur le garage. Toutefois, le doute ne sera totalement levé que par l'intention claire des parties à l'acte de vente. Le fait d'ailleurs de passer deux actes de vente distincts ne change rien, selon nous. Le vendeur ne peut pas se contenter de notifier uniquement un des deux actes ; la notification doit porter sur les deux, afin que le préempteur puisse constater si la vente conjointe constitue une condition principale ou accessoire. ⁴⁶⁰

3. *Le cas particulier du droit de superficie*

Dans le cadre particulier de l'art. 682 al. 2 CC, la question se pose si l'exercice du droit de préemption du superficiaire se limite à l'assiette du droit de superficie, ou s'il peut être exercé sur la totalité de l'immeuble grevé. Par ailleurs, le droit de préemption peut-il être exercé uniquement si la partie du fonds grevé est mise en vente, ou également si une autre partie du fonds grevé est vendue ? Finalement, qu'en est-il du droit du superficiaire si le droit de superficie est constitué en copropriété par étages et que la vente porte sur une ou plusieurs quotes-parts de cette copropriété par étages ? ⁴⁶¹

3.1 *La délimitation du droit de préemption du superficiaire*

En vertu de l'art. 682 al. 2 2^{ème} phrase, le droit de préemption peut être exercé « dans la mesure où le fonds est mis à contribution par l'exercice du droit de superficie ». Néanmoins, selon le Tribunal fédéral⁵⁶⁰, ainsi que A. MEIER-HAYOZ⁵⁶¹, le droit de préemption doit s'exercer sur la partie du fonds grevé, sauf si c'est dans l'intérêt du vendeur de ne pas diviser l'immeuble et ainsi de vendre le bien dans sa totalité. Ainsi, le superficiaire pourrait imposer que le droit de préemption s'exerce sur la totalité du fonds si la division de la parcelle engendre pour le superficiaire une dépréciation du bien. ⁴⁶²

Cette opinion n'est pas partagée par A. BALLIF, B. FOEX, H. REY, P. SIMONIUS et Th. SUTER, selon lesquels le droit de préemption s'étend ⁴⁶³

⁵⁶⁰ ATF 111 II 487 ; ATF 81 II 502.

⁵⁶¹ BeK-MEIER-HAYOZ ad art. 681 CC No 148. MEIER-HAYOZ, *Vorkaufsfall*, p. 282.

uniquement à l'assiette du droit de superficie⁵⁶². Dans le cas contraire, une convention entre les parties doit être conclue⁵⁶³.

464 Nous partageons l'opinion de ces derniers auteurs. En effet, le droit de superficie est une exception au principe de l'accession. Le droit de préemption a été prévu par le législateur pour réunir la propriété du sol et celle du dessus et du dessous⁵⁶⁴. Pour atteindre ce but, le droit de préemption doit s'étendre à la partie du sol sur laquelle reposent les bâtiments, objets du droit de superficie.

465 Par ailleurs, la constitution du droit de superficie relève de la liberté contractuelle des parties. Il appartient à ces dernières de délimiter l'assiette de ce droit. Le droit légal de préemption au sens de l'art. 682 al. 2 CC n'est qu'une conséquence du droit de superficie conventionnellement constitué. L'étendue du droit de préemption peut faire l'objet d'une convention modifiant le droit de préemption⁵⁶⁵. Ainsi, l'objet du droit de préemption peut soit être étendu, soit limité⁵⁶⁶. Dès lors, si les parties souhaitent que l'objet du droit de préemption soit différent de l'assiette du droit de superficie, il leur appartient de le préciser expressément. Cette convention peut faire l'objet d'une annotation au Registre foncier⁵⁶⁷.

466 Néanmoins, nous sommes également d'avis qu'il y a lieu de réserver le cas où le superficiant est soumis à des contraintes d'ordre public. Tel sera par exemple le cas si le fonds est affecté à l'agriculture et de ce fait est assujéti à la LDFR. Dans une telle hypothèse, si la division parcellaire ne peut être autorisée au sens des art. 58 ss LDFR, il y a lieu d'admettre que le droit de préemption du superficiaire devra s'exercer sur l'ensemble du fonds, même si le droit de superficie ne porte que sur une partie. Toutefois, nous ne sommes pas dans l'hypothèse visée par le Tribunal fédéral et A. MEIER-HAYOZ⁵⁶⁸ puisque l'aliénation de la totalité du fonds n'est pas imposée dans l'intérêt du vendeur mais à cause de limitations imposées par le législateur.

467 Finalement, B. FOËX rappelle, à juste titre, que « la détermination précise de la partie du fonds sur laquelle s'exerce le droit de superficie peut être la source de difficultés ou de contestations ; il ne s'agira pas nécessairement uniquement de la surface bâtie en vertu de la servitude »⁵⁶⁹. En effet, il se pourrait par

⁵⁶² BALLIF, p. 189 No 609. FOËX, *Quelques questions*, p. 12. BaK- REY, No 15 ad art . 682 CC. SIMONIUS/SUTER, p. 136.

⁵⁶³ BALLIF, p. 189 No 609. FOËX, *Quelques questions*, p. 12.

⁵⁶⁴ BeK-MEIER-HAYOZ ad art. 682 CC No 14. GHANDCHI, p. 122. STEINAUER, *Les droits réels III*, p. 99, No 2530.

⁵⁶⁵ ISLER, p. 152.

⁵⁶⁶ BALLIF, p. 189 No 609.

⁵⁶⁷ ATF 107 II 331 = JdT 1982 I 118

⁵⁶⁸ Voir supra No 455.

⁵⁶⁹ FOËX, *Quelques questions*, p. 11.

exemple que l'assiette du droit de superficie porte sur une surface de 300 m² mais que seuls 150 m² sont réellement bâtis ou utilisés pour l'affectation des bâtiments.

Dans une telle hypothèse, selon cet auteur « le contrat de superficie (voire une convention ultérieure) devrait donc délimiter l'objet du droit de préemption du superficiaire [...] ». Nous ne pouvons qu'approuver ce point de vue. Néanmoins, qu'en est-il s'il n'existe aucune convention et que le fonds grevé du droit de superficie est vendu à un tiers acquéreur?⁴⁶⁸

Nous sommes d'avis qu'il y a lieu d'appliquer par analogie la jurisprudence du Tribunal fédéral, prise sous l'ancien droit quant au fermier, selon laquelle ce dernier ne peut exercer son droit de préemption que sur la partie de l'immeuble dont il a l'usage effectif⁵⁷⁰. Ainsi le superficiaire pourrait, selon nous, exercer son droit uniquement sur la surface bâtie, ainsi que celle utilisée pour l'usage des bâtiments à l'exclusion de toute autre surface qui ferait l'objet du droit de superficie. Dès lors, selon nous, la partie, objet du droit de préemption, serait aliénée au préempteur ; l'autre partie continuerait à faire l'objet du droit de superficie et serait aliénée au tiers acquéreur, dans la mesure où le principe de l'accession ne justifie pas qu'elle soit transférée au superficiaire⁵⁷¹. Demeurent réservées d'éventuelles restrictions de droit public⁵⁷².

3.2 *Le droit de préemption du superficiaire en cas de vente de la totalité du fonds grevé*

La question se pose, en doctrine, si le superficiaire peut exercer son droit de préemption uniquement en cas d'aliénation séparée de la partie grevée, ou également lorsque la totalité du fonds est transférée. A. BALLIF et L. GHANDCHI sont d'avis que le droit de préemption peut être exercé même en cas de vente de la totalité du bien-fonds⁵⁷³, contrairement à P. SIMONIUS et Th. SUTER, selon lesquels le droit de préemption ne peut être exercé qu'en cas d'aliénation de la partie grevée du droit de superficie⁵⁷⁴. B. FOËX est d'avis, quant à lui, que la question soit réglée dans le contrat constitutif du droit de superficie, voire dans une convention ultérieure.

Nous partageons l'avis de A. BALLIF et de L. GHANDCHI. En effet, nous sommes d'avis que l'aliénation de la totalité du fonds constitue un cas de préemption, à la condition que l'exercice du droit soit limité à la surface bâtie⁴⁷¹

⁵⁷⁰ ATF 117 II 487.

⁵⁷¹ Dans ce sens, voir également GHANDCHI, p. 146.

⁵⁷² Voir supra No 466.

⁵⁷³ BALLIF, p. 189 No 606. Ghandchi, p. 149.

⁵⁷⁴ SIMONIUS/SUTER, p. 136.

et celle utilisée pour l'usage des bâtiments, au regard du principe de l'accession⁵⁷⁵. Demeurent réservées d'éventuelles restrictions de droit public.

3.3 *Le droit du superficiel en cas de vente d'une ou plusieurs quotes-parts de copropriété par étages*

⁴⁷² La doctrine est partagée quant à savoir si le droit de préemption du superficiel peut s'exercer lors de l'aliénation d'une ou plusieurs quotes-parts de copropriété par étages dont le droit de superficie sert de fondement. L. GHANDCHI et H. REY, A. VON SEGESSER et A. WERMELINGER répondent par l'affirmative⁵⁷⁶, alors que B. FOËX, P. SIMONIUS et Th. SUTER l'excluent⁵⁷⁷. La loi ne règle pas expressément la question. Le Conseil fédéral dans son Message ne l'évoque pas. Néanmoins, les deux thèses sont soutenables.

⁴⁷³ Tout d'abord, l'art. 682 al. 2 CC prévoit expressément que le droit de préemption peut être exercé « contre tout acquéreur du droit de superficie ». Ainsi, en faisant une interprétation littérale de cette disposition, à l'instar de B. FOËX, le droit de préemption pourra être exercé uniquement si la totalité du droit de superficie est aliénée. Cet auteur admet toutefois l'exercice du droit « lorsque la vente de quotes-parts équivaut à la vente du droit de superficie (vente simultanée d'une majorité importante de quotes-parts ou de quotes-parts représentant une part fortement prépondérante du bâtiment) »⁵⁷⁸, conformément à l'art. 681 al. 1 (2^{ème} phrase) CC et 216c al. 1 CO.

⁴⁷⁴ Il y a lieu de remarquer tout d'abord que l'interprétation de l'art. 682 al. 2 CC que fait B. Foëx introduit un élément subjectif dans l'exercice du droit de préemption qui peut être source d'insécurité juridique. En effet, à partir de quel pourcentage devrions-nous admettre qu'il y a aliénation d'une majorité importante de quotes-parts qui permettrait l'exercice du droit de préemption ? Qui devra constater le cas de préemption ?

⁴⁷⁵ Par ailleurs, une telle interprétation rend l'exercice du droit de préemption du superficiel très difficile, lorsque le droit de superficie est soumis au régime de la propriété par étages. En effet, la chance que toutes les quotes-parts, voire une majorité importante des quotes-parts, soient aliénées est minime. Nous pourrions néanmoins admettre que le superficiel accepte cet inconvénient en constituant un droit de superficie soumis au régime de propriété par étages.

⁴⁷⁶ Demeure toutefois réservée l'hypothèse où la propriété par étages est constituée ultérieurement au droit de superficie sans l'accord du superficiel. Tel sera le cas, par exemple, si un droit de superficie, immatriculé au Registre

⁵⁷⁵ Voir supra No 469.

⁵⁷⁶ GHANDCHI, p. 177. BaK- REY, No 17 ad art. 682 CC. VON SEGESSER p. 82. WERMELINGER, p. 299 No 160.

⁵⁷⁷ FOËX, NOT@LEX 2010, p 86. FOËX, *Quelques questions*, p. 12. SIMONIUS/SUTER, p. 149.

⁵⁷⁸ FOËX, *Quelques questions*, p. 12.

foncier en un droit distinct et permanent, est constitué en faveur d'une personne X, qui décide, après la constitution du droit, de soumettre le droit de superficie au régime de la propriété par étages, sans modifier l'affectation du droit au sens de l'art. 779b CC, et de céder ensuite les différents lots à des tiers. Selon la thèse ci-dessus, l'exercice du droit de préemption du superficiel se voit restreint du fait que le droit de superficie a été soumis au régime de la propriété par étages, alors même que le superficiel n'est pas intervenu lors de la constitution de la propriété par étages. Or, nous ne pouvons pas prétendre que le superficiel ait accepté, même tacitement, une limitation de l'exercice de son droit de préemption suite à la mise en propriété par étages du droit de superficie.

Concernant la seconde thèse, selon laquelle le droit de préemption peut être exercé même en cas d'aliénation d'une quote-part de la propriété par étages, il est vrai qu'elle ne résulte pas expressément de la loi. Néanmoins, elle peut être déduite, tacitement, de cette dernière. ⁴⁷⁷

En effet, si la loi admet que le superficiel a un droit de préemption en cas d'aliénation de la totalité du droit de superficie, afin de restaurer le principe de l'accession, nous ne voyons pas pourquoi l'exercice du droit de préemption serait refusé en cas d'aliénation fragmentaire du droit de superficie. Si néanmoins, telle est la volonté des parties lors de la constitution du droit de superficie, elles ont toujours la possibilité de le prévoir expressément en vertu de l'art. 681b al.1 CC. L'officier public chargé de l'acte constitutif du droit de superficie aura un rôle important d'information et de conseil à cet effet. ⁴⁷⁸

Finalement, cette seconde thèse permet d'éviter la subjectivité et l'insécurité juridique introduite par le critère de « la vente simultanée d'une majorité importante de quotes-parts ou de quotes-parts représentant une part fortement prépondérante du bâtiment »⁵⁷⁹. Ainsi, l'aliénation tant du droit de superficie dans sa totalité, que d'une quote-part, voire d'une majorité de quotes-parts, constitue un cas de préemption. ⁴⁷⁹

Nous partageons donc l'opinion de L. GHANDCHI et de H. REY.⁵⁸⁰ En effet, nous ne voyons pas pourquoi le superficiel devrait attendre l'aliénation de la totalité de la copropriété par étages, voire d'une majorité importante des quotes-parts⁵⁸¹. Au regard du principe de l'accession, le droit de préemption a été conféré au préempteur afin qu'il devienne propriétaire du sol, ainsi que du dessus et du dessous ; cela peut avoir lieu en une fois si la totalité de la propriété par étages est aliénée, ou en plusieurs fois, si les parts de copropriété s'aliènent l'une après l'autre. ⁴⁸⁰

⁵⁷⁹ Voir supra No 473.

⁵⁸⁰ GHANDCHI, p. 177. BaK- REY, No 17 ad art . 682 CC.

⁵⁸¹ FOËX, *Quelques questions*, p. 12.

4. *L'aliénation de l'entreprise agricole, voire de l'immeuble agricole, et la cession de participations majoritaires à une personne morale au regard de la LDFR*

4.1 *L'aliénation de l'entreprise agricole, voire de l'immeuble agricole*

481 Au regard de la LDFR, le droit de préemption des parents (art. 42 ss LDFR), ou du fermier (art. 47 ss LDFR), porte sur l'entreprise agricole⁵⁸², voire sur l'immeuble agricole⁵⁸³. Toutefois que se passe-t-il si l'objet du droit de préemption ne correspond pas à l'objet aliéné ? Tel sera le cas par exemple si V vend une partie de son entreprise agricole. Son fils F, exploitant agricole, pourra-t-il exercer son droit sur la totalité de l'entreprise agricole, ou devra-t-il se contenter de l'exercer uniquement sur la partie aliénée ? Inversement, si V est propriétaire d'un immeuble agricole qu'il a loué en partie à un fermier, F, et qu'il vend dans sa totalité à A, le droit de préemption de F porte-t-il uniquement sur la partie louée, ou s'étend-t-il sur la totalité de l'immeuble ?

482 C. EMERY et R. HOTZ sont d'avis que « l'objet du droit de préemption ne peut pas être plus étendu que l'objet de l'aliénation »⁵⁸⁴. Ainsi, si le droit de préemption ne porte que sur une partie de l'entreprise agricole, à l'instar des exemples ci-dessus, ou d'une partie d'immeuble agricole, le préempteur devra obtenir une autorisation de partage matériel de l'entreprise agricole, voire de l'immeuble agricole, au sens de l'art. 60 LDFR, pour pouvoir exercer son droit. En effet, l'interdiction de partage matériel (art. 58 LDFR), qui relève du droit public, l'emporte sur le droit de préemption du parent, ou du fermier, qui relève du droit privé⁵⁸⁵.

483 Nous partageons l'opinion selon laquelle l'interdiction de partage matériel l'emporte sur le droit de préemption du parent, ou du fermier. D'ailleurs, si l'aliénation porte sur une partie de l'entreprise agricole, ou de l'immeuble agricole, la demande d'autorisation de partage matériel devra être faite par le vendeur pour pouvoir procéder à l'aliénation. Si cette dernière est accordée, le préempteur devrait également l'obtenir au moment de l'exercice de son droit.

484 Autre est toutefois la question si l'aliénation porte sur la totalité de l'entreprise agricole, voire de l'immeuble agricole, alors que le droit de préemption porte uniquement sur une partie. En effet, dans une telle hypothèse, l'intérêt du préempteur d'acquérir la totalité de l'entreprise agricole, voire de l'immeuble agricole, à la valeur de rendement, voire au double de celle-ci, ne doit-il pas primer l'intérêt du vendeur de vendre son bien au prix convenu avec le tiers acquéreur ? Nous le pensons, au regard de la

⁵⁸² STUDER/HOFER, p. 50. DONZALLAZ, *Traité*, p. 307, Nos 2389 ss.

⁵⁸³ EMERY, p. 35 No 92. DONZALLAZ, *Traité*, p. 100, Nos 1824 ss.

⁵⁸⁴ EMERY, p. 225 No 595. Co-LDFR-HOTZ ad art. 47 No 5.

⁵⁸⁵ *Message* p. 963. EMERY, p. 225 No 592. REY, *Neuregelung*, p. 70.

LDFR qui a pour but avant tout de faciliter la reprise de l'entreprise agricole ou de l'immeuble agricole par un exploitant agricole⁵⁸⁶.

Ainsi, dans cette dernière hypothèse, nous admettons que le préempteur ait le choix d'acquérir uniquement la partie du bien qui fait l'objet de son droit, moyennant une autorisation de partage matériel, ou d'acquérir l'intégralité de l'entreprise agricole, voire de l'immeuble agricole, s'il n'obtient pas l'autorisation de partage matériel, même si le droit ne porte que sur une partie de l'objet aliéné. ⁴⁸⁵

Demeure par ailleurs réservé l'intérêt du vendeur d'aliéner l'immeuble dans sa totalité. En effet, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que le préempteur est tenu d'exercer son droit sur la totalité de l'immeuble si ce dernier ne peut être séparé sans préjudice pour le vendeur⁵⁸⁷. ⁴⁸⁶

4.2 *La cession de participations majoritaires à une personne morale*

Dans le cadre de la LDFR, la question de l'étendue du droit de préemption se pose en cas de cession de participations majoritaires à une personne morale au sens de l'art. 4 al. 2 LDFR, en particulier si la société exerce plusieurs activités. ⁴⁸⁷

C. EMERY prend l'exemple suivant : « les actifs d'une SA (propriétaires-négociants en vin) sont constitués à 80 % de vignes et bâtiments servant à l'exploitation, qui forment à eux seuls une entreprise agricole au sens de l'art. 7 ou 5 lit. a LDFR, et à 20 % de caves. Quant au rendement de ces deux activités (agricole et de transformation), il est représenté pour 10 % par le rendement des vignes et bâtiments d'exploitation, et pour 90 % par le rendement de l'encavage et du négoce »⁵⁸⁸. Cet auteur assimile « la SA donnée en exemple comme une entreprise mixte, le caractère agricole étant prépondérant. Le préempteur pourra par conséquent exercer son droit sur la totalité de l'entreprise mixte, et par analogie sur la totalité des actions aliénées »⁵⁸⁹. ⁴⁸⁸

Si nous approuvons le résultat auquel arrive C. EMERY, nous ne la rejoignons pas quant à son raisonnement. En effet, l'entreprise mixte et la participation majoritaire à une personne morale sont deux notions différentes, toutes deux prévues par la LDFR. Il n'y a donc pas lieu de les assimiler. En effet, une entreprise mixte, au sens de l'art. 7 al. 5 LDFR est une entreprise, qui exerce plusieurs activités, dont une activité agricole prépondérante⁵⁹⁰. Quant à la personne morale visée à l'art. 4 al. 2 LDFR, elle est composée de divers actifs, principalement d'une entreprise agricole, qui peut d'ailleurs être mixte au sens de l'art. 7 al. 5 LDFR. Ainsi l'actif de la personne morale peut être ⁴⁸⁹

⁵⁸⁶ DONZALLAZ, *Traité*, p. 89, No 1803.

⁵⁸⁷ ATF 111 II, p. 496.

⁵⁸⁸ EMERY, p. 198 No 527.

⁵⁸⁹ EMERY, p. 200 No 531.

⁵⁹⁰ DONZALLAZ, *Traité*, p. 479, No 2916.

constitué d'une entreprise mixte, mais en aucun cas assimilé à cette dernière. Néanmoins, nous pensons qu'il est possible d'arriver aux mêmes conclusions que C. EMERY sur la base du champ d'application de l'art. 4 al. 2 LDFR.

⁴⁹⁰ Dès lors, soit la personne morale n'est pas soumise au champ d'application de l'art. 4 al. 2 LDFR, et le droit de préemption n'existe pas ; soit elle est soumise au champ d'application, et le droit de préemption s'exercera sur la totalité des actions. Tel sera le cas dans les hypothèses suivantes⁵⁹¹ :

⁴⁹¹ a) L'actif de la personne morale est composé exclusivement d'une entreprise agricole ;

⁴⁹² b) l'actif de la personne morale est composé de divers actifs sans aucune interdépendance entre eux, à la condition que la valeur matérielle de l'entreprise agricole représente au moins 50 pourcent de l'actif de la société ;

⁴⁹³ c) l'actif de la personne morale est composé de divers actifs interdépendants entre eux, et les autres actifs n'ont aucune raison d'être sans l'existence de l'entreprise agricole, même si la valeur matérielle de l'entreprise agricole est inférieure à 50 pourcent de l'actif de la société ;

⁴⁹⁴ d) l'actif de la personne morale est composé de divers actifs interdépendants entre eux, et l'entreprise agricole n'a aucune raison d'être sans l'existence des autres actifs, mais sa valeur matérielle est supérieure à 50 pourcent de l'actif de la société.

⁵⁹¹ Voir supra No 117. BEELER, p. 131 ss. EMERY, p. 112 No 297.

IV. Le prix

Le droit de préemption s'exerce au prix convenu entre le vendeur et le tiers acquéreur⁵⁹², sauf en cas de droit de préemption dit limitatif (art. 216 al. 2 CO). Néanmoins, que se passe-t-il si l'acte de vente entre le vendeur et le tiers acquéreur fait l'objet d'une erreur essentielle quant au prix (a), si le prix convenu entre le vendeur et le tiers acquéreur est manifestement abusif (b), ou si les parties à l'acte d'aliénation n'ont pas convenu de valeur, alors que l'opération constitue un cas de préemption (c) ? Par ailleurs, demeure réservé le droit de préemption au regard de la LDFR (d).

a) L'erreur essentielle quant au prix

L'art. 31 al. 1 CO prévoit expressément qu'une partie peut se délier d'un contrat conclu s'il y a une erreur de base⁵⁹³ quant aux prestations promises (art. 24 al. 1 ch. 3 CO). Cette dernière doit être notable tant objectivement que subjectivement. Ainsi, l'erreur doit porter non seulement sur un élément nécessaire du contrat, au regard de la loyauté commerciale⁵⁹⁴, mais elle doit être également telle que « la victime, si elle avait connu la réalité, n'aurait pas conclu le contrat ou ne l'aurait pas conclu aux conditions où elle l'a fait »⁵⁹⁵.

Ainsi, dans le cadre d'une vente, il peut y avoir erreur essentielle s'il y a une disproportion notable entre le prix de vente et la valeur réelle de l'immeuble. Cette erreur peut d'ailleurs provenir tant du vendeur que de l'acquéreur. En effet, le prix stipulé peut être notablement inférieur à la valeur réelle de l'immeuble, de sorte que l'erreur proviendrait du vendeur, ou inversement notablement supérieur, et donc imputable à l'acquéreur. Dans tous les cas, la partie dans l'erreur peut se délier du contrat (art. 31 al. 1 CO), sous réserve d'une éventuelle responsabilité précontractuelle (art. 26 CO).

La question se pose si l'invalidité du contrat peut être opposée au préempteur. Tel est l'avis de CH. BRÜCKNER, B. FOËX, H. REY, ainsi que

⁵⁹² Art. 216d al. 3 CO et art. 681 al. 1 CC. ATF 102 II 243 = JdT 1977 I 258. CoRo-Foëx No 16 ad. art. 216d CO. BaK-Hess No 8 ad art. 216d. EMERY, p. 189, No 498. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 151, No 1739.

⁵⁹³ Par opposition à une erreur de déclaration, il y a erreur de base « lorsque des éléments de fait importants sur lesquels s'est fondé l'auteur pour former sa volonté ne correspondent pas à la réalité » (TERCIER, *Le droit des obligations*, p. 152, No 730).

⁵⁹⁴ ATF 113 II 25 c. 1 = JdT 1987 I 363

⁵⁹⁵ TERCIER, *Le droit des obligations*, p. 152, No 737.

P. SIMONIUS et TH. SUTTER, qui considèrent qu'en cas d'invalidation pour cause de vice de volonté le droit de préemption ne peut pas s'exercer⁵⁹⁶.

499 Quant à P.-H. STEINAUER⁵⁹⁷, se fondant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, il considère que l'exercice du droit de préemption est en suspens tant que le vendeur et le tiers acquéreur n'ont pas remédié au vice de la volonté. En effet, selon le Tribunal fédéral, « si le contrat est effectivement annulé, l'exercice du droit de préemption est paralysé également. Mais ce droit peut être exercé dès lors que les cocontractants concluent un nouveau contrat de vente valable »⁵⁹⁸.

500 Nous partageons ces opinions. En effet, admettre que le droit de préemption puisse être exercé sur la base d'un contrat invalidé, c'est reconnaître que le transfert de propriété en faveur du préempteur puisse reposer sur un acte vicié, puisqu'en tant que droit formateur, le droit de préemption s'exerce sur la base de la déclaration du préempteur et le contrat de vente conclu entre le vendeur et le tiers acquéreur, sans qu'aucun nouvel acte de vente entre le préempteur et le vendeur soit conclu⁵⁹⁹.

501 Par ailleurs, en admettant que le droit de préemption puisse être exercé sur la base d'un contrat de vente vicié, à quel prix pourrait-il être exercé ? Au prix de vente convenu entre le vendeur et le tiers acquéreur ? Nous ne le pensons pas puisque le vice de la volonté porte justement sur le prix de vente. Dès lors, de deux choses l'une :

502 Soit le vendeur et le tiers acquéreur remédient au vice de la volonté. Ainsi, ils concluent un second contrat de vente avec un nouveau prix. Sur cette base, le droit de préemption pourra être exercé. Nous rejoignons en ce sens les conclusions du Tribunal fédéral et de P.-H. STEINAUER.

503 Soit le vendeur et le tiers acquéreur invalident le contrat de vente sans conclure de nouveau contrat. Le préempteur pourra acquérir le bien uniquement s'il est conclu un autre contrat de vente entre le vendeur et le préempteur, couvert par la forme authentique en vertu de l'art. 216 al. 1 CO, et stipulant le nouveau prix convenu entre les parties, correspondant, ou pas, au prix faisant l'objet du vice de la volonté ayant invalidé le contrat entre le vendeur et le tiers acquéreur.

504 Il y a lieu toutefois de distinguer, selon nous, si l'erreur provient du vendeur ou de l'acquéreur. Si l'erreur est imputable au vendeur, le raisonnement tenu ci-dessus s'applique, et le droit de préemption ne peut pas s'exercer. En revanche, si elle est imputable à l'acquéreur, il y a lieu de

⁵⁹⁶ BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 534. CoRo-FOÈX No 16 ad. art. 216d CO. REY, *Sachenrecht*, p. 324 No 1267. SIMONIUS/SUTTER, p. 367.

⁵⁹⁷ STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 148, No 1731d.

⁵⁹⁸ ATF 82 II 576 = JdT 1957 I 470.

⁵⁹⁹ ATF 90 II 393 ss = JdT 1965 I 597 ss.

s'interroger si le vendeur peut opposer au préempteur l'invalidation du contrat de vente due à une erreur de l'acquéreur, et ainsi refuser de transférer la propriété au préempteur qui exercerait son droit.

Selon le Message⁶⁰⁰, l'art. 216d al. 2 CO se justifierait afin d'éviter un éventuel abus de droit du vendeur. En effet, le législateur souhaitait éviter la situation où les parties à l'acte de vente le résilieraient après la déclaration du préempteur, afin d'éviter que ce dernier n'exerce son droit. Cela se comprend : permettre que la résiliation du contrat de vente ait lieu après l'exercice du droit de préemption et qu'elle puisse être opposée au préempteur, c'est ôter tout sens au droit de préemption. 505

Néanmoins, n'est-il pas également abusif, de la part du vendeur, d'opposer au préempteur l'invalidation du contrat de vente, si cette dernière provient d'une erreur invoquée par l'acquéreur ? Nous le pensons. La volonté de vendre du vendeur aux conditions stipulées dans le contrat existe. Elle n'est pas viciée. Il est donc abusif de la part du vendeur, à nos yeux, d'invoquer l'invalidation pour éviter que le préempteur puisse exercer son droit. 506

Si l'abus de droit du vendeur est manifeste, restent à résoudre, selon nous, deux questions. Tout d'abord, sur quelle base le droit de préemption pourra-t-il être exercé, dans la mesure où le contrat de vente est invalidé, et cela même si l'erreur provient de l'acquéreur ? Par ailleurs, quel sera le prix qui pourra être invoqué par le préempteur au moment de l'exercice de son droit ? 507

En effet, dans la mesure où le contrat de vente est invalidé, le transfert de propriété au préempteur ne peut pas avoir lieu. En effet, selon le Tribunal fédéral, « le transfert de la propriété d'un immeuble au titulaire d'un droit de préemption n'exige la conclusion d'un acte authentique de vente que si les parties doivent encore se mettre d'accord sur des points essentiels du contrat ; sinon il suffit de produire, à l'appui de la réquisition d'inscription au Registre foncier, le contrat de vente, la déclaration de bénéficiaire qui exerce son droit de préemption et le consentement du propriétaire »⁶⁰¹. Ainsi, soit le vendeur conclut un nouveau contrat de vente avec le préempteur, et requiert le transfert de propriété au Registre foncier (art. 963 al. 1 CC) ; soit le préempteur devra faire valoir son droit devant le juge. Ce dernier constatera le comportement abusif du vendeur, et ordonnera le transfert de propriété au Registre foncier au nom du propriétaire en vertu de l'art. 963 al. 2 CC. 508

Quant au prix convenu entre le vendeur et l'acquéreur, qui est la cause de l'invalidation du contrat de vente, peut-il être opposé au préempteur ? Nous le pensons. En effet, même si l'acte de vente a été invalidé pour erreur essentielle du fait de l'acquéreur, il n'en reste pas moins que la volonté du vendeur 509

⁶⁰⁰ Message, p. 1019.

⁶⁰¹ ATF 90 II 393 ss = JdT 1965 I 597 ss. Jurisprudence qui a été prise sous l'ancien droit, mais qui, selon nous, pourrait être maintenue par le Tribunal fédéral sous le nouveau droit.

portait sur une vente à un prix déterminé. Le préempteur ne pourra acquérir qu'à ce prix là. L'abus de droit ne saurait être invoqué à l'encontre du vendeur, si le prix proposé par le préempteur est différent que celui accepté par le vendeur dans l'acte de vente. Admettre le contraire irait à l'encontre de l'art. 216d al. 3 CO.

510 Finalement, nous sommes conscient que l'exercice du droit de préemption alors que le contrat de vente a fait l'objet d'une invalidation pour erreur quant au prix du fait de l'acquéreur est purement théorique. En effet, de deux choses l'une :

511 Soit le prix convenu dans l'acte de vente est nettement inférieur à la valeur réelle du bien vendu. Ainsi, l'invalidation de l'acte sera invoquée par le vendeur, de sorte que la propriété ne pourra être transférée au préempteur que si un nouveau contrat de vente est conclu entre le vendeur et le préempteur⁶⁰², dans la mesure où le prix est un élément essentiel du contrat⁶⁰³. Un tel contrat sera signé par le vendeur pour un prix supérieur à celui convenu antérieurement avec le tiers acquéreur.

512 Soit le prix de vente convenu dans l'acte de vente est nettement supérieur à la valeur réelle du bien vendu. Ainsi, l'invalidation de l'acte sera invoquée par l'acquéreur. Le préempteur pourrait acquérir le bien en concluant un nouveau contrat de vente avec le vendeur, ou en exerçant devant le juge son droit (art. 963 al. 2 CC). Néanmoins, dans cette dernière hypothèse, le préempteur devrait payer le prix initialement convenu entre le vendeur et l'acquéreur, puisque la volonté du vendeur porte sur ce prix ; le vice de volonté ne concerne que le tiers acquéreur. Quel serait néanmoins l'intérêt du préempteur d'exercer son droit, dans un tel cas d'espèce, dans la mesure où le prix convenu entre le vendeur et l'acquéreur est nettement supérieur à la valeur réelle de l'immeuble ? Aucun, selon nous. C'est pourquoi, nous pensons que cette hypothèse est purement théorique.

513 Demeure réservée l'hypothèse où le préempteur ne souhaite pas exercer son droit de préemption au prix convenu dans l'acte de vente. Ainsi, le préempteur pourrait invoquer l'abus de droit à l'encontre du vendeur qui prétendrait que le droit de préemption s'est éteint suite à son non exercice par le préempteur, du fait d'une invalidation du contrat de vente provenant d'une erreur invoquée par l'acquéreur. En effet, dans un tel cas d'espèce, il y a le risque que le vendeur conclue un contrat de vente avec un prix surfait, tout en sachant que le contrat sera invalidé suite à une erreur quant au prix qui sera invoquée par l'acquéreur, uniquement pour inciter le préempteur à se prononcer quant à l'exercice de son droit.

⁶⁰² ATF 90 II 393 ss = JdT 1965 I 597 ss.

⁶⁰³ BRÜCKNER, *Beurkundungsrecht*, p. 216 No 703. CoRo-FOËX, No 10 ad art. 216 CO. BeK-GIGER No 245 ad art. 216 CO. BaK-LAIM No 55 ad art. 657 CC. LEUENBERGER, p. 52 No 61. REY, *Sachenrecht*, p. 357 No 1402. RUF, p. 363. SCHMID, p. 25 No 96. SIMONIUS/SUTER, p. 296.

b) L'abus de droit quant au prix convenu entre le vendeur et l'acquéreur

Le Code civil suisse permet de rectifier une situation qui résulte d'une application abusive de la loi (art. 2 al. 2 CC). Tel sera le cas, en particulier lors de l'exercice du droit de préemption, lorsque le prix convenu avec le tiers acquéreur est manifestement abusif. Nous pensons toutefois qu'en la matière l'abus de droit a une portée limitée. En effet, il faut encore qu'un tiers acquéreur accepte de payer un prix abusif en vue de léser les intérêts du préempteur⁶⁰⁴. 514

c) L'absence de valeur dans l'acte d'aliénation

Selon le Tribunal fédéral, « si le prix de vente d'un immeuble a été correctement constaté par acte authentique, le vendeur ne peut pas se prévaloir d'une valeur plus élevée à l'égard du titulaire du droit de préemption »⁶⁰⁵. La doctrine semble également admettre que l'exercice du droit de préemption a lieu au prix constaté dans l'acte authentique⁶⁰⁶. 515

Nous partageons ce point de vue. Admettre le contraire soumettrait, selon nous, l'exercice du droit à une insécurité juridique. En effet, pour exercer son droit, le préempteur doit connaître les conditions d'exercice. Or, une décision éclairée ne peut être prise que si les informations communiquées par le vendeur sont immuables, et ne peuvent donc être modifiées postérieurement. Par ailleurs, l'art. 216d al. 3 CO prévoit clairement que le titulaire du droit de préemption peut acquérir l'immeuble aux conditions convenues entre le vendeur et le tiers. Finalement, le prix est un élément objectivement essentiel du contrat de vente⁶⁰⁷. Ainsi, le prix doit être couvert par la forme authentique⁶⁰⁸. Dès lors, seul le prix de vente constaté dans l'acte authentique est opposable au préempteur. 516

Néanmoins, à quelle valeur le droit de préemption peut-il être exercé si l'acte d'aliénation n'indique aucun prix, ou un prix nettement inférieur à la valeur réelle de l'immeuble ? Tel sera le cas notamment en cas de donation 517

⁶⁰⁴ FOËX, NOT@LEX 2010, p. 89.

⁶⁰⁵ ATF 102 II 243 = JdT 1977 I 258.

⁶⁰⁶ CoRo-FOËX No 16 ad. art. 216d CO. EMERY, p. 189, No 498. BaK-HESS No 8 ad art. 216d. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 148, No 1739.

⁶⁰⁷ BRÜCKNER, *Beurkundungsrecht*, p. 216 No 703. CoRo-FOËX, No 10 ad art. 216 CO. BeK-GIGER No 245 ad art. 216 CO. BaK-LAIM No 55 ad art. 657 CC. LEUENBERGER, p. 52 No 61. REY, *Sachenrecht*, p. 357 No 1402. RUF, p. 363. SCHMID, p. 25 No 96. SIMONIUS/SUTER, p. 296.

⁶⁰⁸ ATF 106 II 148 = JdT 1980 I 580.

mixte (1), ou d'échange (2), dans la mesure où ces opérations constituent un cas de préemption⁶⁰⁹.

1. *La donation mixte*

⁵¹⁸ Ainsi, en cas de donation mixte⁶¹⁰, le préempteur peut-il invoquer la valeur indiquée dans l'acte d'aliénation ? Selon les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC), nous ne le pensons pas. Il y a lieu tout d'abord de remarquer que le Tribunal fédéral a admis que la donation mixte ne constituait pas un cas de préemption⁶¹¹, sans toutefois argumenter, ce que nous regrettons. Cette question est d'ailleurs controversée en doctrine⁶¹². Néanmoins, même si nous admettons que la donation mixte constitue un cas de préemption, il n'en reste pas moins que, par définition, le prix convenu avec le tiers acquéreur est nettement inférieur au prix du marché. Toutefois, si rien n'est précisé dans l'acte, la seule valeur qui peut être revendiquée par le préempteur est le prix convenu avec le tiers acquéreur.

⁵¹⁹ Dès lors, en cas de donation mixte, le rôle de l'officier public est particulièrement important à double titre. Tout d'abord, selon nous, il doit attirer l'attention du vendeur et du tiers acquéreur sur la distinction entre le prix de vente et la valeur réelle de l'immeuble, et l'indiquer clairement dans l'acte. Ensuite, il doit mentionner dans l'acte les raisons pour lesquelles le prix convenu entre le vendeur et le tiers acquéreur est nettement inférieur à la valeur réelle du bien⁶¹³.

⁵²⁰ A contrario, si l'acte ne mentionne rien, nous sommes d'avis que le préempteur est en droit, de bonne foi, de considérer que l'opération constitue un cas de préemption, et que le droit peut être exercé au prix indiqué dans l'acte. Comment pourrait-il en être autrement puisque les seules informations à disposition du préempteur sont celles qui lui sont communiquées par le vendeur ? Dans cette hypothèse, l'officier public qui n'aurait pas attiré l'attention du vendeur et du tiers acquéreur à ce sujet engagerait, selon nous, sa responsabilité civile à l'égard de ces derniers pour l'éventuel dommage

⁶⁰⁹ Voir supra Nos 260 ss et 277 ss.

⁶¹⁰ La donation mixte est une vente conclue à une valeur nettement inférieure à la valeur réelle du bien. Non seulement les parties doivent être objectivement conscientes de la disproportion entre la valeur réelle du bien et la contreprestation versée, mais encore le vendeur doit agir avec la volonté de faire à l'acquéreur une prestation à titre gratuit (TERCIER, *Les contrats*, p. 263, Nos 1788 ss).

⁶¹¹ 1C_33/2008 = SJ 2008, p. 409 ss.

⁶¹² *Message*, p. 1017, BeK-MEIER-HAYOZ, No 146, ad art. 681 CC. CoRo-FOËX, No 12 ad art. 216c CC. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 147, No 1731b. Contra : Bak-HESS, No 8 ad art. 216c CC. Bak-REY No 6 ad art. 681 CC.

⁶¹³ Cette double distinction sera d'ailleurs utile non seulement pour l'exercice du droit de préemption, mais également à titre fiscal pour savoir quelle partie de l'opération sera taxée en tant que vente, et celle qui sera taxée en tant que droit de donation, mais également en matière successorale pour savoir clairement la partie de l'opération qui pourrait être soumise à un éventuel rapport (art. 626 CC), voire à une action en réduction (art. 522 ss CC), en tant que donation.

qu'ils subiraient en cas d'exercice du droit de préemption au prix indiqué dans l'acte.

Qu'en est-il si le vendeur et l'acquéreur conviennent abusivement d'une valeur nettement supérieure à la valeur réelle de l'immeuble ? Tel sera le cas par exemple si les parties à l'acte de vente conviennent un prix de Fr. 1'000'000, tout en déclarant une valeur de l'immeuble de Fr. 2'000'000. Le droit de préemption doit-il être exercé à une valeur de Fr. 2'000'000, si le préempteur sait que le bien vaut réellement Fr. 1'500'000, mais que la valeur de Fr. 2'000'000 a fictivement été convenue entre le vendeur et l'acquéreur pour l'évincer ? ⁵²¹

Dans un tel cas, le préempteur, selon nous, ne peut qu'invoquer l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). La difficulté est d'en apporter la preuve. En effet, les parties à l'acte de vente sont libres de convenir d'un prix et d'une valeur. Même si le préempteur arrive, sur la base d'une expertise, à déterminer objectivement la valeur réelle de l'immeuble, celle-ci ne liera pas les parties à l'acte de vente. Ainsi, si le préempteur invoque l'abus de droit, il lui appartient de prouver que les parties à l'acte de vente n'auraient jamais déclaré une valeur de l'immeuble aussi élevée si le droit de préemption n'existait pas. A nos yeux, une telle preuve est extrêmement difficile à apporter. ⁵²²

Néanmoins, un tel cas d'espèce est, selon nous, théorique. En effet, il est vrai que dans le cadre d'une donation mixte, l'acquéreur paie le prix convenu et non pas la valeur déclarée du bien. Le vendeur et l'acquéreur pourraient être ainsi tentés de déclarer une valeur du bien supérieure à sa valeur réelle pour empêcher l'exercice du droit de préemption. Néanmoins, la valeur déclarée peut avoir des conséquences tant civiles que fiscales, qui peuvent être fâcheuses pour l'acquéreur. ⁵²³

En effet, la donation mixte est constituée par la différence entre la valeur déclarée du bien et le prix de vente. Or, au regard du droit successoral, cette différence constitue une donation qui pourrait être rapportable (art. 626 CC)⁶¹⁴, voire réductible (art. 527 CC)⁶¹⁵, dans la succession du donateur. Cela peut donc être dissuasif de vouloir faire une fausse déclaration quant à la valeur de l'immeuble. Le donataire ne sera donc pas toujours disposé d'augmenter fictivement la valeur déclarée du bien, afin d'évincer le préempteur, au risque de voir sa donation rapportée ou réduite à la valeur déclarée fictivement lors de l'ouverture de la succession du donateur. ⁵²⁴

Il est vrai que le rapport ou la réduction peuvent être contournés au moyen d'un pacte successoral (art. 512 ss CC), passé avec les héritiers, et en particulier ⁵²⁵

⁶¹⁴ Pour une définition du rapport. GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 97 ss. STEINAUER, *Les successions*, p. 108 ss.

⁶¹⁵ Pour une définition de la réduction. GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 69 ss. STEINAUER, *Les successions*, p. 238 ss.

les héritiers réservataires du donateur. Il est néanmoins très difficile dans certains cas d'obtenir la déclaration de renonciation au rapport, voire à la réduction, des héritiers, voire des héritiers réservataires.

⁵²⁶ Par ailleurs, la valeur déclarée aura des incidences fiscales tant dans l'imposition ordinaire que particulière du donataire. Ainsi, l'imposition de la fortune du donataire dépendra de la valeur déclarée. De même les droits d'enregistrement dus lors de la donation seront perçus en fonction de la valeur déclarée. Ces arguments supplémentaires devraient dissuader le vendeur et l'acquéreur selon les montants qui sont en jeu.

⁵²⁷ Il n'en reste pas moins que le préempteur ne peut pas être, selon nous, totalement préservé d'un comportement abusif du vendeur et de l'acquéreur. Nous le regrettons. Demeure toutefois réservé l'art. 2 al. 2 CC avec les limites que l'ordre juridique suisse connaît dans l'application de cette disposition.

2. *L'échange*

⁵²⁸ Autre est la question de l'échange. En effet, par définition, les parties à l'acte d'échange ne conviennent d'aucun prix puisque la contreprestation s'effectue en nature. Ainsi, si l'échange constitue un cas de préemption⁶¹⁶, la question se pose à quel prix le droit pourra être exercé dans la mesure où le préempteur est dans l'impossibilité d'effectuer la contreprestation en nature. Ainsi, comment évaluer la prestation en argent qui serait due par le préempteur ? Peut-elle être imposée par le vendeur, ou par le préempteur ? Sur quelle base ? A quel moment ?

⁵²⁹ Nous ne pensons pas que le préempteur puisse imposer une valeur. L'art. 216d al. 3 CO est clair à ce sujet en stipulant que « le titulaire du droit de préemption peut acquérir l'immeuble aux conditions dont le vendeur est convenu avec le tiers ». Il appartient donc aux parties à l'acte d'échange de convenir de la valeur des biens échangés. Ces dernières n'ont pas, selon nous, à justifier de la façon dont la valeur a été estimée ; au même titre que les parties à un acte de vente lorsqu'elles fixent le prix.

⁵³⁰ Il est vrai qu'en la matière, l'insécurité juridique est importante pour le préempteur. En effet, les parties à l'acte d'échange pourraient vouloir surestimer la valeur des biens échangés afin d'éviter que le droit de préemption puisse être exercé ; ce d'autant plus que l'estimation des biens n'a aucune incidence civile⁶¹⁷ pour les parties à l'échange dans la mesure où les prestations dues sont effectuées en nature.

⁶¹⁶ Voir supra No 277 ss.

⁶¹⁷ Demeurent réservées les éventuelles incidences fiscales, notamment en matière de droit d'enregistrement.

Néanmoins, nous pensons que l'insécurité juridique pour le préempteur est minimisée du fait que la valeur des biens est déterminée au moment de l'échange ; soit antérieurement à l'exercice du droit de préemption. Par ailleurs demeure toujours réservé l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC).⁵³¹

Finalement, lors d'un échange, le rôle de l'officier public est particulièrement important à double titre. En effet, selon nous, il doit non seulement définir l'intention des parties à l'échange, afin de clairement déterminer si l'opération constitue un cas de préemption, mais également indiquer la valeur des biens échangés. Dans le cas contraire, se poserait la question de la responsabilité civile de l'officier public à l'égard des parties à l'acte d'échange pour l'éventuel dommage que ces dernières subiraient en cas d'exercice du droit de préemption.⁵³²

d) La valeur du bien préempté au regard de la LDFR

La LDFR distingue le droit de préemption des parents (art. 42 ss LDFR), et celui du fermier (art. 47 ss LDFR)⁶¹⁸. Le premier peut s'exercer à la valeur de rendement, s'il s'agit d'une entreprise agricole, et au double de cette valeur, s'il s'agit d'un immeuble agricole (art. 44 LDFR)⁶¹⁹. Le second s'exercera au prix convenu entre le vendeur et le tiers acquéreur (art. 216d al. 3 CO)⁶²⁰. Par ailleurs sont soumis à autorisation de l'autorité cantonale compétente⁶²¹ tant la vente qui déclenche l'exercice du droit de préemption, que le droit de préemption lui-même (art. 61 LDFR). Demeurent néanmoins réservées les exceptions prévues à l'art. 62 LDFR.

Trois questions se posent quant à l'exercice du droit de préemption au regard de la LDFR. Tout d'abord, que se passe-t-il si la vente, qui a déclenché l'exercice du droit de préemption, n'est pas autorisée par l'autorité compétente ? (1) Ensuite, alors que la vente n'est pas soumise à autorisation, à quelle condition le préempteur pourra-t-il exercer son droit, si le prix de vente convenu entre le vendeur et le tiers acquéreur est surfaît au sens des art. 63 al. 2 lit. b et 66 LDFR ? (2) Finalement, en cas d'exercice du droit de préemption des parents, à quelles conditions le vendeur pourrait-il invoquer une augmentation de la valeur de rendement ? (3)⁵³⁴

⁶¹⁸ EMERY, p. 35 No 92.

⁶¹⁹ STUDER/HOFER, p. 50.

⁶²⁰ DONZALLAZ, *Commentaire*, ad art. 47 No 450. EMERY, p. 232 No 612. Co-LDFR-HOTZ, ad art. 47 No 27.

⁶²¹ A Genève, il s'agit de la Commission foncière agricole au sens de l'art. 10 lit b LALDFR.

1. *Absence d'autorisation relative à la vente entre le vendeur et le tiers acquéreur*

535 La question se pose si le droit de préemption des parents ou du fermier peut s'exercer lorsque l'acquisition d'une entreprise agricole ou d'un immeuble agricole, qui a déclenché le cas de préemption, n'est pas autorisée par l'autorité cantonale compétente.

536 Tel est le cas lorsqu'elle ne respecte pas les conditions prescrites aux art. 61 ss LDFR. Dans une telle hypothèse, l'acte sur lequel se fonde l'acquisition est considéré nul (art. 70 LDFR). Dès lors, l'exercice du droit de préemption ne sera pas valable.

537 En effet, admettre le contraire serait reconnaître que le transfert de propriété en faveur du préempteur puisse reposer sur un acte vicié, puisqu'en tant que droit formateur, le droit de préemption s'exerce sur la base de la déclaration du préempteur et du contrat de vente conclu entre le vendeur et le tiers acquéreur, sans qu'aucun nouvel acte de vente entre le préempteur et le vendeur soit conclu⁶²². Demeure néanmoins réservé le cas où le refus d'autorisation se fonde sur des motifs tenant à la personne de l'acheteur en vertu de l'art. 216d al. 2 CO. Tel serait le cas si le refus se fonde sur un des motifs prévus à l'art. 63 al. 1 lit a et d.

538 Néanmoins, en cas de prix surfait (art. 66 LDFR), nous partageons l'opinion de la doctrine⁶²³ selon laquelle l'autorité compétente pour autoriser l'acquisition ne peut pas fixer le prix auquel le droit de préemption peut être exercé.

539 En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, si le contrat d'acquisition n'est pas valable « l'exercice du droit de préemption est en suspens [...]. Si le contrat est effectivement annulé, l'exercice du droit de préemption est paralysé également. Mais ce droit peut être exercé dès lors que les cocontractants concluent un nouveau contrat de vente valable »⁶²⁴. Ainsi, la décision négative de l'autorité cantonale compétente empêche l'exercice du droit de préemption ex tunc⁶²⁵. Dès lors, de deux choses l'une :

540 Soit le vendeur et le tiers acquéreur concluent un second contrat de vente avec un nouveau prix autorisé par l'autorité compétente. Sur cette base, le droit de préemption pourra être exercé.

⁶²² ATF 90 II 393 ss = JdT 1965 I 597 ss.

⁶²³ DONZALLAZ, *Commentaire*, ad art. 66 No 631.Co-LDFR-HOTZ, ad art. 66 No 24. EMERY, p. 234 No 616. Co-LDFR-STALDER, ad art. 63 No 11.

⁶²⁴ ATF 82 II 576 = JdT 1957 I

⁶²⁵ BRUNNER, p. 390. EMERY, p. 233 No 614. BeK-MEIER-HAYOZ, ad art. 681 No 186. BeK-MEIER-HAYOZ/REY ad art. 712C CC No 57. REY, *Sachenrecht*, p. 324 No 1267. SIMONIUS/SUTTER, p. 367 No 57. SUTTER, p. 280.

Soit le vendeur et le tiers acquéreur ne concluent pas un nouveau contrat. ⁵⁴¹
Le préempteur pourra conclure un autre contrat de vente entre le vendeur et le préempteur, couvert par la forme authentique (art. 216 al. 1 CO), et stipulant le nouveau prix convenu entre les parties, dûment autorisé par l'autorité cantonale compétente.

2. *L'exercice du droit de préemption du fermier en cas de vente à un conjoint, père ou mère*

La vente d'une entreprise ou d'un immeuble agricole à son conjoint, père ou mère n'est pas soumise à autorisation de l'autorité cantonale compétente en vertu de l'art. 62 lit b LDFR. La question se pose dès lors à quel prix le droit de préemption du fermier peut être exercé. En effet, le fermier doit exercer son droit au prix convenu entre le vendeur et le tiers acquéreur (art. 216d al. 3 CO)⁶²⁶. Néanmoins que se passera-t-il si le prix stipulé dans l'acte de vente est surfait (art. 66 LDFR), de sorte que l'autorité cantonale compétente n'autorisera pas le fermier à exercer le droit de préemption à ce prix ? Doit-on admettre que le droit de préemption ne pourra pas être exercé ? ⁵⁴²

Prenons l'exemple suivant : X vend à son conjoint C un immeuble agricole, qui est loué à un fermier F pour un prix surfait au sens de l'art. 66 LDFR. F déclare exercer son droit de préemption au sens de l'art. 47 al. 2 LDFR. Or la vente entre X et C n'est pas soumise à autorisation au sens de l'art. 62 lit b LDFR, contrairement à l'exercice du droit de préemption de F. En revanche, F n'obtiendra pas l'autorisation de l'autorité cantonale compétente dans la mesure où le prix est surfait. ⁵⁴³

Néanmoins, l'autorité cantonale n'est pas compétente pour imposer au vendeur un prix d'aliénation, en autorisant l'exercice du droit de préemption à une valeur inférieure à celle convenue entre le vendeur et le tiers acquéreur⁶²⁷. Nous sommes d'avis toutefois que le droit de préemption ne peut pas être paralysé par le simple fait que le prix convenu entre le vendeur et son conjoint est surfait. ⁵⁴⁴

En effet, si au lieu du conjoint, la vente avait été conclue avec un parent au sens de l'art. 42 al. 1 LDFR, la question du droit de préemption du fermier ne se serait pas posée puisque ce dernier est primé par le droit de préemption des parents conformément à l'art. 47 al. 3 LDFR. Ainsi, dans la mesure où le droit de préemption du fermier ne peut pas s'exercer s'il se trouve en concours avec le droit de préemption des parents, a fortiori, il est paralysé, selon nous, si l'acte d'aliénation est conclu avec un parent au sens de l'art. 42 al. 1 LDFR. Ceci constitue un argument supplémentaire pour admettre que le droit de ⁵⁴⁵

⁶²⁶ DONZALLAZ, *Commentaire*, ad art. 47 No 450. EMERY, p. 232 No 612. Co-LDFR-HOTZ, ad art. 47 No 27.

⁶²⁷ DONZALLAZ, *Commentaire*, ad art. 66 No 631. Co-LDFR-HOTZ, ad art. 66 No 24. EMERY, p. 234 No 616. Co-LDFR-STALDER, ad art. 63 No 11.

préemption des parents doit également être accordé au conjoint, voire aux père et mère⁶²⁸. Si tel était le cas, le droit de préemption de F serait primé par le droit de préemption de C (art. 47 al. 3 LDFR), de sorte qu'à fortiori le droit de F ne pourrait être exercé en cas de vente à C.

3. *L'augmentation du prix de reprise au regard de la LDFR*

⁵⁴⁶ Le droit de préemption des parents est exercé à la valeur de rendement sur une entreprise agricole, et au double de cette valeur sur un immeuble agricole (art. 44 LDFR)⁶²⁹. Cette valeur, peut-elle néanmoins être augmentée ? L'art. 52 al. 1 LDFR le permet pour l'entreprise agricole, à l'exclusion de l'immeuble agricole⁶³⁰, « si des circonstances spéciales le justifient ». Quelles sont-elles ?

⁵⁴⁷ Sont des circonstances spéciales, au sens de l'art. 52 al. 2 LDFR, notamment « un prix d'achat élevé de l'entreprise ou des investissements importants que l'aliénateur a effectués dans les 10 années qui ont précédé l'aliénation ». Selon la lettre de cette disposition, il s'agit néanmoins d'une liste exemplative. Dès lors, quelles sont les autres circonstances qui pourraient justifier une augmentation du prix de reprise ? En particulier, il y a lieu de s'interroger si une lésion de la réserve légale des héritiers de l'aliénateur justifierait l'augmentation du prix de reprise. Ainsi, prenons l'exemple suivant :

⁵⁴⁸ X a pour seuls héritiers ses descendants, B et C, tous deux non exploitants à titre personnel. Son patrimoine se compose d'un domaine estimé à Fr. 600'000, valeur de rendement, et d'autres actifs à concurrence de Fr. 200'000. L'exploitation agricole est affermée en faveur de F.

⁵⁴⁹ X décide de vendre l'exploitation à A, qui entend l'exploiter personnellement, pour le prix de Fr. 1'200'000. F exerce son droit de préemption à la valeur de rendement (art. 44 LDFR), conformément aux prescriptions légales (art. 47 LDFR).

⁵⁵⁰ Si F n'exerçait pas son droit de préemption à la valeur de rendement, le patrimoine de X serait de Fr. 1'400'000⁶³¹. En cas de décès de X, la part légale⁶³² de B et C serait de Fr. 700'000⁶³³ chacun, et leur réserve⁶³⁴ de Fr. 525'000⁶³⁵

⁶²⁸ Voir également supra Nos 205 ss.

⁶²⁹ Quant au droit de préemption du fermier, il est exercé à la valeur convenue dans l'acte de vente en vertu de l'art. 216d al. 3 CO, en l'absence de base légale contraire prévue dans la LDFR.

⁶³⁰ DONZALLAZ, *Traité*, p. 667, No 3444.

⁶³¹ $1'200'000 + 200'000 = 1'400'000$.

⁶³² Art. 457 al. 1 et 2 CC.

⁶³³ $1'400'000/2 = 700'000$.

⁶³⁴ Art. 457 al. 1 et 2 + 471 ch. 1 CC.

⁶³⁵ $3/8 \cdot 1'400'000 = 525'000$.

chacun. En exerçant son droit, la part légale de B et C est de Fr. 400'000⁶³⁶ chacun, soit inférieure à leur réserve légale.

Nous constatons que l'exercice du droit de préemption à la valeur de rendement peut léser la réserve légale des héritiers du vendeur. Il est vrai que la réserve légale n'est qu'une expectative. Ainsi, elle ne peut être calculée qu'en fonction du patrimoine au jour du décès. En effet, de son vivant, X est libre de disposer de son patrimoine, de sorte que même si l'entreprise agricole était aliénée au prix de Fr. 1'200'000, B et C ne seraient pas garantis de recevoir leur réserve légale de Fr. 525'000 chacun. Néanmoins, l'action en réduction⁶³⁷ protège B et C de certaines libéralités faites par X de son vivant. L'aliénation à la valeur de rendement n'est toutefois pas couverte par un tel acte, dans la mesure où elle ne constitue pas une intention libérale de X.

La question se pose s'il se justifie de protéger dans un tel cas d'espèce la réserve légale, et si l'art. 52 al. 1 LDFR garantit une telle protection, de sorte que la lésion de cette dernière peut être considérée comme une circonstance spéciale au sens de l'art. 52 al. 2 LDFR qui justifie une augmentation du prix de reprise.

Selon Y. Donzallaz⁶³⁸, tel n'est pas le cas. L'art. 52 al. 1 LDFR ne protégerait que l'investissement effectué par le vendeur. Nous le regrettons. La lésion de la réserve légale devrait justifier une augmentation du prix de reprise. En effet, la LDFR est une *lex specialis* par rapport au Code civil. Ainsi son but est notamment de faciliter la reprise d'une entreprise agricole, ou d'un immeuble agricole, par un exploitant à titre personnel et par les parents⁶³⁹, mais nullement de léser la réserve légale protégée par le Code civil.

Dès lors, si le préempteur exerce son droit au détriment d'héritiers réservataires (art. 471 CC) non exploitants à titre personnel⁶⁴⁰, et que son patrimoine lui permet d'acquérir à la valeur vénale sans qu'il soit contraint de s'endetter, la loi aurait dû prévoir que le prix de reprise soit augmenté⁶⁴¹. Dans le cas contraire, le droit de préemption primerait, au détriment de la réserve légale. Nous regrettons que le législateur n'ait pas prévu une telle solution.

Ainsi, dans l'exemple ci-dessus, si le patrimoine de F lui avait permis d'exercer son droit à la valeur vénale du bien sans s'endetter, le respect de la réserve légale aurait dû être un juste motif légal afin d'augmenter la valeur de rendement. Dans le cas contraire, l'exercice du droit de préemption à la valeur de rendement aurait dû se justifier, afin de faciliter la reprise de l'entreprise

⁶³⁶ $600'000 + 200'000 = 800'000/2 = 400'000$.

⁶³⁷ Art. 527 CC.

⁶³⁸ DONZALLAZ, *Traité*, p. 669, No 3449.

⁶³⁹ DONZALLAZ, *Traité*, p. 89, No 1803.

⁶⁴⁰ Voir supra Nos 195 ss.

⁶⁴¹ L'augmentation devrait avoir lieu dans les limites du prix surfait au sens de l'art. 63 al. 1 lit. b LDFR.

agricole par un exploitant agricole, conformément au but poursuivi par la LDFR⁶⁴².

⁶⁴² DONZALLAZ, *Traité*, p. 89, No 1803.

D. LA SITUATION DU PRÉEMPTEUR APRÈS L'EXERCICE DU DROIT DE PRÉEMPTION

Après avoir déclaré exercer son droit, le préempteur est au bénéfice d'une créance à l'encontre du vendeur tendant au transfert de propriété. Le transfert de propriété ne deviendra toutefois effectif qu'après l'inscription du préempteur au Registre foncier⁶⁴³. Or, quelle est la situation juridique du préempteur après la déclaration d'exercice du droit de préemption mais avant son inscription au Registre foncier ? En effet, prenons les exemples suivants :

V est propriétaire d'une parcelle X qui fait l'objet d'un droit de préemption conventionnel en faveur de P, et sur laquelle repose un bâtiment B. V conclut un contrat de vente de la parcelle X avec T, qui est inscrit au Registre foncier. P déclare exercer son droit de préemption dans les délais légaux (art. 216e CO). Toutefois, le bâtiment B est totalement ravagé par un incendie, juste avant que le droit de préemption soit exercé. Dans ces circonstances, qui doit supporter le risque de l'incendie ?

A contrario, si l'immeuble n'est pas détruit par un incendie, mais qu'il fait l'objet de la part de T, avant l'exercice du droit de préemption, de travaux de réfection, ces derniers, doivent-ils être pris en charge par le préempteur ? De même qu'en est-il des actes juridiques (conclusion de bail, constitution de servitude, etc.) conclus avant l'exercice du droit de préemption ? S'imposent-ils au préempteur ?

Pour répondre à ces questions, il y a lieu tout d'abord d'examiner la nature du pacte de préemption (I), ainsi que le mode d'acquisition de la propriété par le préempteur (II). Ensuite il y a lieu de s'attarder sur les droits et obligations du préempteur, du vendeur et du tiers acquéreur, avant la réalisation du cas de préemption, au moment de la déclaration d'exercice, et après l'inscription du préempteur au Registre foncier (III).

I. La nature du pacte de préemption

Selon la jurisprudence⁶⁴⁴, et la doctrine unanime⁶⁴⁵, le droit de préemption est un droit formateur. A ce titre, il confère à son bénéficiaire la possibilité de

⁶⁴³ CoRo-FoÈX ad art. 216e No 9. STEINAUER, *Les droits réels II*, p 51 No 1739.

⁶⁴⁴ ATF 115 II 380 = JdT 1990 I 351 ; ATF 102 II 376 = JdT 1978 I 136 ; ATF 94 II 274 = JdT 1970 I 50 ; ATF 94 II 105 = JdT 1969 I 338 ; ATF 91 II 239 = JdT 1966 I 42 ; ATF 82 II 576 = JdT 1957 I 470

⁶⁴⁵ BeK-MEIER-HAYOZ ad art. 681 CC No 3. BINZ-GEHRING, p. 38. BUGNON, p. 21. COLOMBARA, p. 192, No 272. FoÈX, SJ 1994, p. 385. GHANDCHI, p. 103. LIVER, SPR V/1, p. 204 et 212. NOELPP, p. 129.

modifier unilatéralement une situation juridique. La nature du pacte de préemption est toutefois controversée tant en doctrine qu'en jurisprudence. Deux théories s'opposent : la théorie de la vente conditionnelle potestative, et celle de l'acte constitutif d'un droit formateur. Quant à la jurisprudence, après s'être tantôt ralliée à la première⁶⁴⁶ ou à la seconde⁶⁴⁷ des théories, elle a finalement opté pour celle de la vente conditionnelle potestative⁶⁴⁸. Nous examinerons tout d'abord la théorie de la vente conditionnelle potestative (1), et ensuite la théorie de l'acte constitutif d'un droit formateur (2). Nous analyserons ensuite les conséquences de l'une et l'autre des théories au regard de l'intérêt du préempteur (3).

1. *La théorie de la vente conditionnelle potestative*

⁵⁶¹ Selon cette théorie⁶⁴⁹, le droit de préemption est une vente soumise à la condition suspensive et potestative de la réalisation d'un cas de préemption. La vente est parfaite au moment de la conclusion du pacte de préemption, qui procure ainsi au préempteur « une créance conditionnelle tendant au transfert de propriété »⁶⁵⁰. Ce dernier n'interviendra toutefois qu'au moment de la déclaration d'exercice du droit. Plusieurs arguments peuvent être mis en avant en faveur ou en défaveur de cette théorie.

⁵⁶² Tout d'abord, comme le souligne P.-H. STEINAUER⁶⁵¹, cette théorie assure une protection du préempteur avant même la déclaration d'exercice du droit de préemption. En effet, au regard de la théorie de la vente conditionnelle, il est clair que le vendeur engage sa responsabilité contractuelle (art 97 ss CO) s'il ne respecte pas ses engagements, bien évidemment après l'exercice du droit de préemption, mais aussi avant, sur la base du pacte de préemption, dans la mesure où cette théorie admet que le contrat de vente conditionnelle

REY, *Sachenrecht*, p. 317 No 1236, p. 329 No 1280, et p. 332 No 1296. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 128 No 1696a.

⁶⁴⁶ ATF 109 II 219 = JdT 1984 I 570 ; ATF 102 III 20 = JdT 1977 II 154 ; ATF 97 II 53 = JdT 1972 I 52 ; ATF 94 II 105 = JdT 1969 I 338 ; ATF 88 II 158 = JdT 1963 I 238 ; ATF 86 II 33 = JdT 1960 I 554.

⁶⁴⁷ ATF 90 II 393 = JdT 1965 I 597 ; ATF 86 II 417 = JdT 1961 I 325 ; ATF 85 II 572 = JdT 1960 I 493 ; ATF 54 II 323 = JdT 1929 I 208 ; ATF 48 II 227 ; ATF 42 II 28.

⁶⁴⁸ ATF 121 III 210 = JdT 1998 I 159 = SJ 1995 726.

⁶⁴⁹ BaK-HESS, ad art. 216 Co No 4. BeK-LEEMANN, ad art. 681 No 2. BeK-MEIER-HAYOZ, ad art. 681 CC No 46 et ad art. 683 CC Nos 31 ss. CAVIN, p. 145 ss. ENGEL, *Traité des obligations*, p. 96. FOËX, SJ 1994, p. 386. REY, *Sachenrecht*, p. 318 No 1238 et p. 329 No 1280. SIMONIUS/SUTTER, p. 346. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 128 No 1696a. VAUCHER, p. 57 ss, 112 ss, 133 ss. ZÜK-OSER/SCHOENENVERGER, ad art. 216 CO Nos 18 ss.

⁶⁵⁰ EMERY, p. 8, No 19.

⁶⁵¹ STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 128 No 1696a.

est parfait au moment de la signature du pacte⁶⁵². En particulier, le vendeur répond des garanties des art. 195 ss CO avant même l'exercice du droit.

B. FOËX adhère également à cette théorie « ne serait-ce qu'en raison du fait que les pactes de préemption, d'emption et de réméré sont réglés dans le chapitre III du Titre 6^{ème} du CO intitulé *De la vente d'immeubles* »⁶⁵³. Toutefois, comme le souligne C. EMERY, « même si cet argument peut paraître plausible en ce qui concerne le droit de préemption conventionnel, il n'est pas applicable au droit de préemption légal car ce dernier est traité dans la partie du Code civil consacrée à la propriété »⁶⁵⁴. Il nous semble néanmoins que C. EMERY fait une confusion entre la nature du pacte de préemption, et la nature du droit. Or, la théorie de la vente porte sur la nature du pacte de préemption. A ce titre, l'argument de B. FOËX nous semble pertinent, et la question du droit de préemption légal ne se pose pas, quant à la nature du pacte de préemption, puisque ce droit trouve son origine dans la loi et non pas dans un pacte.

Il est vrai néanmoins que cette théorie est difficilement applicable au droit de préemption légal. P.-H. STEINAUER l'admet d'ailleurs⁶⁵⁵. Le droit de préemption légal naît de par la loi. Dès lors, en l'absence de tout pacte de préemption, quand doit-on admettre que la vente conditionnelle a été conclue ?

En effet, selon la théorie de la vente, le titulaire d'un droit de préemption conventionnel bénéficie, avant même l'exercice de son droit, des garanties du vendeur au sens des art. 195 ss CO, puisque la vente conditionnelle est considérée parfaite avec la signature du pacte de préemption. Qu'en est-il dès lors du droit de préemption légal ? Ce dernier trouve son origine dans la loi. Ainsi, en l'absence de tout pacte de préemption, et donc de vente conditionnelle, devrions-nous considérer que le titulaire d'un droit de préemption légal ne bénéficie de la protection des art. 195 ss CO qu'après l'exercice de son droit ? Cette distinction entre le droit légal et conventionnel se justifie-t-elle ?

Une autre objection que nous pouvons faire à la théorie de la vente relève de la forme du pacte de préemption. En effet, toute vente, même conditionnelle, est soumise à la forme authentique (art. 216 al. 1 CO). Or, le pacte de préemption non qualifié est soumis à la forme écrite (art. 216 al. 3 CO)⁶⁵⁶. Ainsi, si le pacte de préemption peut être considéré comme une vente conditionnelle, pourquoi le pacte de préemption non qualifié peut-il être soumis à la forme écrite ?

⁶⁵² La responsabilité du vendeur dans le cadre d'un droit de préemption légal est d'ailleurs plus difficilement justifiable en l'absence de base contractuelle.

⁶⁵³ FOËX, SJ 1994, p. 387.

⁶⁵⁴ EMERY, p. 11, No 28.

⁶⁵⁵ STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 128 No 1696a.

⁶⁵⁶ Voir supra Nos 65 ss.

2. *La théorie de l'acte constitutif d'un droit formateur*

⁵⁶⁷ Selon cette théorie⁶⁵⁷, le pacte de préemption donne naissance à un droit formateur qui permet au bénéficiaire de provoquer la conclusion du contrat de vente, qui n'est pas valablement conclu et n'engage pas les parties, même conditionnellement, tant que le droit n'a pas été exercé.

⁵⁶⁸ Cette théorie ne fait donc aucune distinction entre le droit de préemption légal et celui conventionnel. En effet, elle admet pour les deux droits que le vendeur et le préempteur ne sont valablement engagés qu'au moment de l'exercice du droit de préemption.

⁵⁶⁹ P.-H. STEINAUER souligne néanmoins que cette théorie prive le bénéficiaire de toute protection avant même la déclaration d'exercice du droit⁶⁵⁸. A. COLOMBARA et C. EMERY réservent néanmoins l'abus de droit⁶⁵⁹. En effet, selon ces auteurs, la théorie de l'acte constitutif d'un droit formateur permet, même si elle n'assimile pas le pacte de préemption à une vente conditionnelle, de protéger le préempteur en cas de comportement abusif, ou contraire aux règles de la bonne foi (art. 2 CC).

3. *Les conséquences de l'une et l'autre des théories au regard de la situation du préempteur*

⁵⁷⁰ Pour pouvoir se prononcer en faveur de l'une ou l'autre des théories, il y a lieu tout d'abord de rappeler les différentes garanties du vendeur au sens des art. 192 ss CO (3.1). Ensuite, nous nous interrogerons sur le bien-fondé de la théorie de l'acte de vente (3.2), et finalement sur celui de la théorie de l'acte constitutif (3.3).

3.1 *Les garanties du vendeur*

⁵⁷¹ L'acquéreur est, à l'égard du vendeur, tout d'abord garanti quant à l'éviction de la propriété au sens des art. 192 et ss du CO. Il y a éviction lorsque l'acquéreur se voit privé de tout (éviction totale) ou partie (éviction partielle) du droit de propriété. Tel est le cas si un tiers revendique avec succès un droit de propriété et les droits y afférents, ou ne revendique qu'une partie de la chose ou un droit réel limité (art. 192 al. 1 CO)⁶⁶⁰. La garantie n'est pas applicable si le tiers invoque une restriction de droit public⁶⁶¹, une créance

⁶⁵⁷ COLOMBARA, p. 195, No 274. KELLER, p. 313. REY, Sachenrecht, p. 329 No 1280. ZÜK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL ad art. 681/682 CC No 2 et ad art. 683 CC No 1.

⁶⁵⁸ STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 128 No 1696a.

⁶⁵⁹ COLOMBARA, p. 194, No 273. EMERY, p. 11, No 27.

⁶⁶⁰ CoRo-VENTURI ad art. 192 No 1. TERCIER, *Les contrats*, p. 90, No 635.

⁶⁶¹ Dans une telle hypothèse, la garantie contre l'éviction ne s'appliquera pas, seule la garantie pour défauts (art. 197 CO) est ouverte.

(sous réserve d'un droit personnel annoté au Registre foncier)⁶⁶², ou un droit de passage non inscrit au Registre foncier⁶⁶³. La responsabilité est objective de sorte qu'elle existe indépendamment d'une faute du vendeur⁶⁶⁴. L'éviction a pour effet la résolution du contrat de vente, qui intervient de plein droit (art. 195 al. 1 CO)⁶⁶⁵. La garantie d'éviction n'existe que si le transfert de propriété a eu lieu en faveur de l'acquéreur, et que la cause d'éviction existait avant la conclusion du contrat⁶⁶⁶. Demeure réservée la connaissance par l'acquéreur du risque d'éviction au sens de l'art. 195 al. 2 CO. L'application de la garantie pour éviction est donc très restrictive, d'autant plus que le droit suisse reconnaît la protection du tiers de bonne foi au sens de l'art. 973 CC.

L'acquéreur est également protégé, à l'égard du vendeur, quant aux défauts de la chose promise au sens des art. 197 ss CO. Une telle garantie protège « l'absence d'une qualité dont le vendeur avait promis l'existence ou à laquelle l'acheteur pouvait s'attendre selon les règles de la bonne foi »⁶⁶⁷. Le défaut est une notion juridique qui prend en compte la différence entre l'état de la chose qui est livrée et celui qui aurait dû être livré selon le contrat⁶⁶⁸. La garantie pour défaut couvre donc un vice de qualité, par opposition à un vice du droit de propriété qui est couvert par la garantie quant à l'éviction⁶⁶⁹. La garantie n'intervient néanmoins que si le défaut s'est produit antérieurement au transfert des risques, qui a lieu au moment de la signature du contrat de vente, sauf convention contraire, s'il s'agit d'une vente immobilière (art. 185 al. 1 CO)⁶⁷⁰. Finalement, la garantie quant aux défauts de la chose promise permet à l'acquéreur d'intenter soit une action en résolution du contrat, soit une action en réduction du prix (art. 205 al. 1 CO), ou encore une action en remplacement de la chose vendue (art. 206 CO).

3.2 *Le bien-fondé de la théorie de l'acte de vente*

Pour savoir si le pacte de préemption doit être qualifié de vente conditionnelle, de sorte que le préempteur puisse bénéficier des garanties du vendeur, avant même la réalisation du cas de préemption, comme le préconise la théorie de l'acte de vente⁶⁷¹, nous sommes d'avis qu'il y a lieu d'examiner à quelles

⁶⁶² CoRo-VENTURI ad art. 192 No 5. TERCIER, *Les contrats*, p. 92, No 651.

⁶⁶³ ATF 98 II 1 191 = JdT 1973 I 370.

⁶⁶⁴ BaK-HONSELL, Vorbem, ad art 192-210 No 1. CoRo-VENTURI Introduction, ad art. 192-196 No 1.

⁶⁶⁵ BaK-HONSELL, ad art. 195 No 2. BeK-GIGER, ad art. 195 No 5. CoRo-VENTURI, ad art. 195 No 2. TERCIER, *Les contrats*, p. 94, No 668.

⁶⁶⁶ CoRo-VENTURI, ad art. 195 No 5. TERCIER, *Les contrats*, p. 92, Nos 649 et st.

⁶⁶⁷ TERCIER, *Les contrats*, p. 106, No 723.

⁶⁶⁸ BaK-HONSELL, ad art 197 No 2. CoRo-VENTURI, ad art. 197 No 2.

⁶⁶⁹ CoRo-VENTURI, ad art. 197 No 3. TERCIER, *Les contrats*, p. 105, No 717.

⁶⁷⁰ Art. 220 CO. CoRo-VENTURI, ad art. 197 No 9. TERCIER, *Les contrats*, p. 104, No 710.

⁶⁷¹ BaK-HESS, ad art. 216 Co No 4. BeK-LEEMANN, ad art. 681 No 2. BeK-MEIER-HAYOZ, ad art. 681 CC No 46 et ad art. 683 CC Nos 31 ss. CAVIN, p. 145 ss. ENGEL, *Traité des obligations*, p. 96. FÖEX, SJ

conditions le préempteur pourrait invoquer, avant même la réalisation d'un cas de préemption, la garantie contre l'éviction (3.2.1) et celle quant aux défauts de la chose promise (3.2.2), et ensuite de conclure (3.2.3).

3.2.1 La garantie contre l'éviction

⁵⁷⁴ Le droit de préemption peut être défini comme un droit d'acquisition prioritaire dans la mesure où le vendeur s'oblige unilatéralement à donner au préempteur « la préférence s'il décide de vendre »⁶⁷². Il s'engage donc, au terme du pacte, à transférer la propriété au préempteur, si ce dernier en manifeste la volonté, lors de la réalisation du cas de préemption, moyennant le paiement du prix convenu avec le tiers acquéreur⁶⁷³. Dès lors, tant que le cas de préemption n'est pas réalisé, le transfert de propriété n'a pas lieu.

⁵⁷⁵ C'est pourquoi, même si nous qualifions le pacte de préemption de contrat de vente, le préempteur ne pourrait faire valoir la garantie du vendeur contre l'éviction avant la réalisation d'un cas de préemption puisque cette dernière ne peut être invoquée que si le transfert de propriété a eu lieu en sa faveur⁶⁷⁴, ce qui est le cas après l'exercice du droit de préemption, quelle que soit la qualification du pacte. La théorie de l'acte de vente ne permet donc pas au préempteur de bénéficier de la garantie de l'éviction avant la réalisation d'un cas de préemption, comme elle le prétend. Par ailleurs, même si le cas d'éviction survient après le transfert de propriété, le droit revendiqué par le tiers doit avoir existé avant la conclusion du pacte de préemption, à l'exclusion de tout droit acquis entre la conclusion du pacte de préemption et la réalisation du cas de préemption. L'application de la garantie de l'éviction en faveur du préempteur est donc extrêmement restrictive.

3.2.2 La garantie quant aux défauts de la chose promise

⁵⁷⁶ Quant aux défauts de la chose promise, nous sommes d'avis qu'il y a lieu de distinguer entre le droit de préemption limitatif (i) et celui non limitatif (ii).

i. Le droit de préemption non limitatif

⁵⁷⁷ Nous ne pensons pas que cette garantie puisse être appliquée au bénéficiaire d'un droit de préemption non limitatif avant la réalisation d'un cas de préemption. En effet, le défaut au sens de l'art. 197 CO est une notion subjective, en ce sens qu'elle dépend des accords convenus entre les parties⁶⁷⁵.

1994, p. 386. REY, *Sachenrecht*, p. 318 No 1238 et p. 329 No 1280. SIMONIUS/SUTTER, p. 346. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 128 No 1696a. VAUCHER, p. 57 ss, 112 ss, 133 ss. ZÜK-OSER/SCHOENENVERGER, ad art. 216 CO Nos 18 ss.

⁶⁷² EMERY, p. 9 n. 24.

⁶⁷³ ENGEL, *Les contrats*, p. 100 à 102. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 140, No 1719. TERCIER, *Les contrats*, p. 168 No 1125. ATF 126 III 421 = SJ 2001 I 99.

⁶⁷⁴ CORo-VENTURI, ad art. 195 No 5. TERCIER, *Les contrats*, p. 92, Nos 649 et st.

⁶⁷⁵ TERCIER, *Les contrats*, p. 107, No 727.

Or, dans un pacte non limitatif, l'engagement du vendeur porte sur le droit prioritaire d'acquisition conféré au préempteur⁶⁷⁶, indépendamment de toute qualité promise. Le vendeur ne doit pas prendre des mesures particulières pour garantir la valeur de l'immeuble⁶⁷⁷. L'absence de prix dans le pacte non limitatif est un indice en ce sens. En effet, il est vrai que la notion de défaut est indépendante du prix de vente⁶⁷⁸. Néanmoins le prix est un indice de la qualité qui peut être attendue de la chose⁶⁷⁹. Le prix que le préempteur devra payer au moment de l'exercice du droit, qui a été convenu avec le tiers acquéreur, tiendra lui compte des qualités de la chose au moment de la réalisation du cas de préemption. Ainsi, ce n'est qu'au moment de l'exercice de son droit, au prix convenu par le tiers acquéreur, que le préempteur pourra invoquer la garantie quant aux défauts de la chose promise. Là encore, la théorie de l'acte de vente ne permet donc pas au préempteur de bénéficier de la garantie quant aux défauts de la chose promise, avant la réalisation d'un cas de préemption, comme elle le prétend, sauf si le pacte de préemption prévoit déjà l'existence de certaines qualités, ce qui n'est pas fréquent.

ii. Le droit de préemption limitatif

La garantie quant aux défauts de la chose promise pourrait néanmoins être plus facilement invoquée lors de l'exercice d'un droit de préemption limitatif.⁵⁷⁸ En effet, il est légitime d'admettre que si le préempteur accepte de payer un prix déterminé, au moment de la conclusion du pacte, c'est qu'il attend d'avance certaines qualités de l'immeuble grevé. Le prix a d'ailleurs été fixé en conséquence. Ainsi, il devrait pouvoir bénéficier de la garantie du vendeur quant aux défauts de la chose promise. Toutefois, le préempteur peut invoquer cette garantie si le risque est à la charge du vendeur. Or, à quel moment doit-on admettre que le transfert des risques a lieu ? Prenons l'exemple suivant :

V confère à P un droit de préemption limitatif sur l'immeuble I d'une durée de deux ans, et sans déterminer un terme quant à l'entrée en possession et jouissance. L'année suivante, V vend à A l'immeuble I, et notifie le cas de préemption à P. Un mois après, l'immeuble I est détruit par un incendie fortuit, alors que A est d'ores et déjà inscrit comme propriétaire au Registre foncier, et est entré en possession et jouissance de l'immeuble. P déclare néanmoins exercer son droit de préemption à l'échéance du délai légal (art. 216^e CO). Qui doit supporter le risque de l'incendie ? P peut-il invoquer à l'encontre de V la garantie de la chose promise ?⁵⁷⁹

Si le pacte de préemption limitatif est qualifié de vente conditionnelle, V est tenu à l'égard de P de la garantie du vendeur quant aux défauts de la chose⁵⁸⁰

⁶⁷⁶ EMERY, p. 9 n. 24. TERCIER, *Les contrats*, p. 168, No 1125.

⁶⁷⁷ TERCIER, *Les contrats*, p. 169, No 1133.

⁶⁷⁸ CoRo-VENTURI, ad art. 197 No 7.

⁶⁷⁹ ATF 114 II 131 c. 2a = JdT 1988 I 508, ATF 82 II 411 c. 7 = JdT 1957 I 182.

promise, dès la conclusion du pacte, et avant même la réalisation d'un cas de préemption et l'exercice du droit par P. Néanmoins, ce dernier peut invoquer cette garantie uniquement si le risque de l'incendie est à la charge de V.

581 Or, dans le cadre d'une vente, le transfert des risques est régi par les art. 185 et 220 CO. Ainsi, dans la mesure où aucun terme n'est convenu dans le pacte de préemption quant à l'entrée en possession et jouissance, l'art. 220 CO ne s'applique pas. Par ailleurs, si le pacte de préemption limitatif est qualifié de vente conditionnelle, l'art. 185 al.3 CO s'applique de sorte « les profits et les risques de la chose aliénée ne passent à l'acquéreur que dès l'accomplissement de la condition », savoir dans le cadre d'un pacte de préemption limitatif, dès que le cas de préemption s'est réalisé, et que le préempteur a déclaré exercer son droit.

582 Ainsi, au moment de la conclusion du pacte de préemption limitatif, si celui-ci est qualifié de vente conditionnelle, en vertu de l'art. 185 al. 3 CO, les profits et les risques de la chose restent au vendeur.

583 Par ailleurs, le risque de l'incendie reste à la charge du vendeur, si l'incendie a lieu après la réalisation du cas de préemption, mais avant la déclaration d'exercice de P, en vertu de l'art. 185 al. 3 CO dans la mesure où les deux conditions suspensives auxquelles est soumise la vente ne sont pas réalisées au moment de la survenance du risque. Ainsi, au moment de sa déclaration d'exercice du droit de préemption, P pourra invoquer à l'égard de V la garantie quant aux défauts de la chose promise.

3.2.3 Conclusion

584 Nous constatons donc que, même si le pacte de préemption était qualifié de contrat de vente conditionnelle, à l'instar de la théorie de l'acte de vente, la garantie du vendeur contre l'éviction ne peut être appliquée au préempteur que restrictivement et après l'exercice du droit de préemption. Quant à la garantie des défauts de la chose promise, elle est envisageable, selon nous, uniquement s'il s'agit d'un pacte de préemption dit limitatif, et si au moment de la survenance du risque, ce dernier est encore à la charge du vendeur. Tel est le cas si le risque intervient avant la réalisation du cas de préemption, et/ou avant la déclaration d'exercice du droit par le préempteur. Nous ne nous rallions pas à cette théorie. Telle n'est pas l'opinion de P.-H. STEINAUER⁶⁸⁰ qui se rallie à cette théorie, prétendant qu'elle permet au préempteur de bénéficier d'une certaine protection avant même que le droit ne soit exercé. Cet auteur n'examine pas expressément l'étendue de la protection qui pourrait être offerte au préempteur. Nous le regrettons.

⁶⁸⁰ STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 128 No 1696a.

3.3 *Le bien-fondé de la théorie de l'acte constitutif*

Qualifier le pacte de préemption d'acte constitutif d'un droit formateur, c'est refuser au préempteur, avant l'exercice du droit de préemption, les garanties du vendeur quant à l'éviction et aux défauts de la chose promise. Dès lors, quelle protection peut espérer le préempteur avant l'exercice du droit, hormis la protection contre l'abus de droit, telle qu'évoquée par A. COLOMBARA et C. EMERY⁶⁸¹? 585

En effet, que se passe-t-il si l'immeuble est détérioré fortuitement sans que le vendeur et le tiers acquéreur aient fait preuve d'un quelconque comportement abusif ? 586

Nous rejoignons P. ENGEL⁶⁸² qui qualifie les pactes de préemption, d'emption et de réméré de contrats balbutiés, savoir « ni véritablement contrats nommés, ni vraiment innomés, ils n'ont fait que l'ébauche d'une réglementation dans nos codifications »⁶⁸³. Par ailleurs, dans la mesure où cette réglementation ne traite pas expressément des garanties entre vendeur et préempteur, nous sommes d'avis qu'il y a lieu de se référer à la partie générale du CO, en particulier les art. 103 et 119 CO. 587

Ainsi, au moment de la déclaration d'exercice du droit de préemption, le préempteur est titulaire envers le vendeur d'une créance tendant au transfert de propriété⁶⁸⁴, qui est devenue exigible, et ce qu'il s'agisse d'un droit conventionnel ou légal. 588

Par ailleurs, selon l'art. 119 al. 1 CO, une obligation « s'éteint lorsque l'exécution en devient impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur ». Si l'impossibilité survient après l'exigibilité de l'obligation, conformément à l'art. 103 al. 1 CO, le débiteur devra « des dommages-intérêts pour cause d'exécution tardive et répond même du cas fortuit », sauf s'il apporte la preuve libératoire que le cas fortuit ne lui est pas imputable et qu'il serait survenu au détriment du créancier indépendamment du retard dans l'exécution, conformément à l'al. 2 de cette disposition. Demeure par ailleurs réservée l'impossibilité partielle, qui n'est pas expressément prévue par loi, 589

⁶⁸¹ COLOMBARA, p. 194, No 273. EMERY, p. 11, No 27.

⁶⁸² ENGEL, *Traité des obligations*, p. 159 No 37.

⁶⁸³ Comme le précise B. FOËX, sans toutefois adhérer à cette définition (FOËX, S.J. 1994, p. 387). Cet auteur remarque par ailleurs, très justement, selon nous, contrairement à l'opinion de A. COLOMBARA (COLOMBARA, p. 191 No 271) et C. EMERY (EMERY, p. 9 No 22) que nous ne partageons pas, que les pactes de préemption, d'emption et de réméré ne peuvent pas être qualifiés de « contrats innomés puisque le Code des obligations contient quelques dispositions les régissant expressément. » (FOËX, S.J. 1994, p. 387).

⁶⁸⁴ Arrêt du Kantonsgericht VS du 29 mai 1991 = RNRF 1993, p. 352. CoRo-FOËX, ad art. 216e No 9. TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1144. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 151 No 1739.

mais admise en doctrine, et qui peut conduire à une réduction proportionnelle de la contreprestation⁶⁸⁵.

⁵⁹⁰ Dès lors, concernant l'exercice du droit de préemption, si le cas fortuit intervient entre le moment de la réalisation du cas de préemption et la déclaration d'exercice du droit, la créance du préempteur tendant au transfert de propriété s'éteint, conformément à l'art. 119 al. 1 CO. Si elle intervient après la déclaration d'exercice, mais avant le transfert de propriété au Registre foncier, des dommages et intérêts sont dus au préempteur pour impossibilité d'exécution, en vertu de l'art. 103 al. 1 CO, sauf si la preuve libératoire prévue à l'al. 2 est apportée. Demeure réservée l'impossibilité partielle qui conduira à une réduction du prix à payer par le préempteur, si ce dernier exerce son droit malgré l'impossibilité. A remarquer que les art. 103 et 119 s'appliquent également au tiers acquéreur, qui serait devenu propriétaire de l'immeuble avant l'exercice du droit, puisque dans cette hypothèse il devient débiteur de la créance tendant au transfert de propriété envers le préempteur dans les limites des art. 681a al. 3 CC et 216^e CO⁶⁸⁶.

⁵⁹¹ Ainsi, dans le cadre de l'exemple cité ci-dessus⁶⁸⁷, l'incendie, intervenu après la réalisation du cas de préemption mais avant la déclaration d'exercice, est un cas d'impossibilité partielle d'exécution. Le préempteur pourra donc exercer son droit en demandant une réduction proportionnelle du prix, en vertu de l'art. 119 CO, à l'encontre du tiers acquéreur qui est le débiteur de la créance tendant au transfert de propriété, dans la mesure où il est inscrit comme propriétaire au Registre foncier au moment de l'exercice du droit.

⁵⁹² Dès lors, nous constatons que la théorie de l'acte constitutif d'un droit formateur définit clairement la responsabilité du vendeur, du tiers acquéreur et celle du préempteur, et évite ainsi toute insécurité juridique, tout en offrant au préempteur une certaine protection avant la déclaration d'exercice du droit. Elle s'applique par ailleurs tant au droit conventionnel qu'au droit légal. C'est pourquoi, nous nous rallions à cette théorie.

⁶⁸⁵ CoRo-THEVENOZ, ad art. 119 No 29.

⁶⁸⁶ ATF 116 II 49 = JdT 1992 I 66. CoRo-FOËX, ad art. 216e No 6. REY, *Sachenrecht*, p. 327, No 1276. TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1142. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 152 No 1743.

⁶⁸⁷ Voir supra No 579.

II. Le transfert de propriété

La déclaration d'exercice du droit de préemption permet au préempteur d'être au bénéfice d'une créance tendant au transfert de propriété⁶⁸⁸. Ce dernier n'intervient qu'au moment de l'inscription au Registre foncier. La réquisition de transfert de propriété doit provenir du vendeur, propriétaire de l'immeuble (art. 963 al. 1 CC)⁶⁸⁹. Si ce dernier refuse, le préempteur peut intenter à son encontre une action tendant au transfert de la propriété, qui se prescrit par 10 ans (art. 665 al. 1 CC. art. 127 CO)⁶⁹⁰.

Si au moment de l'exercice du droit de préemption, le tiers acquéreur a d'ores et déjà été inscrit comme propriétaire, il y a lieu de distinguer entre le droit de préemption conventionnel non annoté au Registre foncier (a), et le droit de préemption légal, voire le droit de préemption conventionnel annoté au Registre foncier (b).

a) Le droit de préemption conventionnel non annoté au Registre foncier

Si le droit de préemption conventionnel n'est pas annoté au Registre foncier, le préempteur ne peut plus exiger le transfert de propriété à son nom ; seule une action en dommages et intérêts pour non exécution des engagements pris dans le pacte de préemption (art. 97 ss CO)⁶⁹¹ peut être intentée à l'encontre du vendeur. A titre préventif, il peut être imaginé qu'il soit convenu dans le pacte de préemption une clause pénale (art. 160 CO). Une telle clause permettrait de convenir de l'indemnité due en cas de non exécution par le vendeur des engagements pris à l'égard du préempteur, et pourrait être ainsi dissuasive. Par ailleurs, demeure réservée l'annotation d'une restriction du droit d'aliéner (art. 960 CC) que pourrait demander le préempteur au juge.

b) Le droit de préemption conventionnel annoté au Registre foncier ou le droit de préemption légal

En revanche, si le droit est annoté au Registre foncier, ou s'il s'agit d'un droit légal, le droit est opposable directement au tiers acquéreur. Ainsi, le

⁶⁸⁸ CoRo-FoËX, ad art. 216e No 9. TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1144. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 151 No 1739.

⁶⁸⁹ ATF 90 II 138 = JdT 1960 I 265. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 151 No 1740.

⁶⁹⁰ CoRo-FoËX, ad art. 216e No 9. TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1144. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 151 No 1740.

⁶⁹¹ CoRo-FoËX, ad art. 216e No 9. TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1144. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 151 No 1742.

préempteur peut intenter à l'encontre de ce dernier une action en exécution du droit de préemption (art. 665 al. 1 CC. art. 975 al. 1 CC)⁶⁹², doublée d'une action en rectification du Registre foncier dans un délai de 3 mois dès la connaissance du cas de préemption⁶⁹³.

⁵⁹⁷ La question se pose de savoir si, dans cette dernière hypothèse, le préempteur acquiert la propriété directement du tiers acquéreur. Nous ne le pensons pas. Nous sommes d'avis que le titre d'acquisition du préempteur demeure le contrat de vente conclu entre le vendeur et le tiers acquéreur, de sorte qu'il acquiert la propriété directement du vendeur, en aucun cas du tiers acquéreur.

⁶⁹² ATF 101 II 235. ATF 90 II 135 = JdT 1964 I 522. ATF 92 II 147 = JdT 1967 I 174. BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 543 ss. CoRo-FOEX, ad art. 216e No 9. SIMONIUS/SUTTER, p. 376, No 74. STEINAUER, *Les droits réels II*, p 128 No 1743.

⁶⁹³ Quant au droit de préemption légal, demeure réservé le délai absolu de 2 ans dès l'inscription au Registre foncier du tiers acquéreur comme propriétaire, en sus du délai relatif de 3 mois dès la connaissance de la conclusion du contrat de vente et de son contenu (art. 681a al. 2 CC).

III. Les rapports entre le préempteur, le vendeur et le tiers acquéreur

L'exercice du droit de préemption met en scène trois intervenants : le préempteur, titulaire du droit ; le vendeur, propriétaire de l'immeuble vendu ; et le tiers acquéreur, lié au vendeur par un contrat de vente, mais qui, une fois inscrit au Registre foncier, peut se voir opposer par le préempteur l'exercice du droit de préemption (art. 681a al. 3 CC et 216e CO)⁶⁹⁴, alors même qu'il n'existe aucun rapport juridique entre eux. Demeure réservé le droit de préemption conventionnel non annoté au Registre foncier qui n'est pas opposable au tiers acquéreur. 598

Face à la complexité de la situation, plusieurs questions peuvent se poser. 599
En effet, qui répond, tant à l'égard du vendeur que du préempteur, d'une diminution de la valeur de l'immeuble ? De même, qui peut revendiquer la plus-value apportée à l'immeuble ? Finalement, à qui appartiennent les profits de l'immeuble ?

Nous examinerons tout d'abord la diminution de valeur de l'immeuble (a). 600
Nous analyserons ensuite la plus-value apportée à l'immeuble par le tiers acquéreur (b), et le sort des charges et profits engendrés par l'immeuble (c).

a) La diminution de valeur de l'immeuble

La diminution de la valeur de l'immeuble n'est pertinente au regard de l'exercice du droit de préemption que si elle intervient après la réalisation du cas de préemption, mais avant l'inscription du préempteur au Registre foncier comme propriétaire de l'immeuble. En effet, avant l'exercice du droit de préemption, le vendeur conserve son droit de disposer sur l'immeuble. Par ailleurs, le préempteur n'a aucun moyen de limiter les comportements du vendeur qui nuiraient à la valeur de l'immeuble. La créance du préempteur tendant au transfert de propriété de l'immeuble ne devient exigible qu'au moment de la réalisation du cas de préemption et après la déclaration d'exercice du droit par le préempteur⁶⁹⁵. Or, nous avons d'ores et déjà examiné le cas où la diminution de la valeur de l'immeuble est due à un cas fortuit avec l'application des art. 103 et 119 CO⁶⁹⁶. Il y a lieu maintenant d'examiner la situation où la diminution de valeur de l'immeuble est imputable soit au vendeur, soit au tiers acquéreur. 601

⁶⁹⁴ ATF 116 II 49 = JdT 1992 I 66. CoRo-FoEX, ad art. 216e No 6. REY, *Sachenrecht*, p. 327, No 1276. TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1142. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 152 No 1743.

⁶⁹⁵ BeK-MEIER-HAYOZ, ad art. 681 CC No 281. STEINAUER, *Les droits réels II*, p 146 No 1730b.

⁶⁹⁶ Voir supra Nos 590 ss.

⁶⁰² Une diminution de valeur peut être imputée au vendeur uniquement si, après la réalisation du cas de préemption, en attendant la détermination du préempteur, il demeure propriétaire du bien, et ne transfère pas la propriété au tiers acquéreur. Durant ce laps de temps, son droit de disposer de la chose n'est pas restreint. Néanmoins, selon nous, il est tenu de respecter les règles de la bonne foi (art. 2 al. 2 CC). A ce titre, il doit s'abstenir de tout comportement préjudiciable, tant activement que passivement, notamment de tout acte qui pourrait compromettre l'exercice du droit (ex : constitution de gage ou de servitude, conclusion de bail, etc.) et prendre toutes les mesures nécessaires à la conservation et au maintien de l'immeuble. La violation des règles de la bonne foi engagerait la responsabilité du vendeur au sens des art. 97 ss CO. En effet, le préempteur acquiert l'immeuble aux conditions convenues avec l'acquéreur, y compris les clauses accessoires qui ne figurent pas dans l'acte authentique⁶⁹⁷. Ainsi, s'il y a une détérioration fautive de l'immeuble après la réalisation du cas de préemption, le vendeur devra des dommages et intérêts pour mauvaise exécution.

⁶⁰³ Quant à la responsabilité du tiers acquéreur, elle ne peut être engagée que dans la mesure où il a la jouissance de l'immeuble, notamment s'il est inscrit au Registre foncier avant la déclaration d'exercice du droit de préemption. A ce titre, il devrait répondre « de la perte et de la dépréciation de la chose, s'il ne prouve pas que le dommage est survenu sans sa faute », conformément à l'art. 752 CC par analogie⁶⁹⁸.

⁶⁰⁴ La question se pose de savoir si la responsabilité du tiers acquéreur peut également se fonder sur l'art. 152 CO. STEINAUER⁶⁹⁹ et MEIER-HAYOZ⁷⁰⁰ l'excluent. Nous partageons ce point de vue. En effet, l'art. 152 CO protège l'exécution de l'obligation, savoir en l'espèce le transfert de propriété de l'immeuble en faveur du préempteur. Or, cette obligation peut être exécutée juridiquement, même si des actes de dépréciation ont eu lieu. L'art. 152 CO ne peut donc pas, selon nous, être invoqué par le préempteur à l'encontre du tiers acquéreur.

b) L'augmentation de la valeur de l'immeuble

⁶⁰⁵ Seule doit être prise en compte l'augmentation de la valeur liée à une plus-value apportée par le vendeur ou le tiers acquéreur, à l'exclusion de toute plus-value conjoncturelle⁷⁰¹. En effet, admettre le contraire serait ôter tout sens

⁶⁹⁷ ATF 82 II 576 = JdT 1993 I 12. STEINAUER, *Les droits réels II*, p 146 No 1739a.

⁶⁹⁸ BINZ-GEHRING, p. 184 No 62. WIEDERKEHR, p. 187 No 53.

⁶⁹⁹ STEINAUER, *Les droits réels II*, p 146 No 1730b.

⁷⁰⁰ BeK-MEIER-HAYOZ, ad art. 681 CC No 281.

⁷⁰¹ ATF 102 II 243 = JdT 1977 I 258

au droit de préemption dans la mesure où le préempteur pourrait être contraint à exercer son droit à une valeur supérieure à celle convenue avec le tiers acquéreur.

Par ailleurs, seules les plus-values nécessaires apportées au maintien ou à la conservation de l'immeuble doivent être prises en compte, à l'exclusion des plus-values luxueuses ou utiles, ou de toute autre. Ainsi, les plus-values nécessaires doivent augmenter le prix dans la mesure où elles constituent un enrichissement pour le préempteur⁷⁰². En effet, dans la mesure où il est admis que le vendeur, voire le tiers acquéreur, sont tenus de prendre les mesures nécessaires au maintien ou à la conservation de l'immeuble⁷⁰³, ils doivent être désintéressés des plus-values apportées à l'immeuble à cet effet. Quant aux plus-values luxueuses ou utiles⁷⁰⁴, elles peuvent être enlevées dans la mesure où cela ne détériore pas l'immeuble. Finalement, les autres plus-values ne justifient aucune augmentation du prix⁷⁰⁵.⁶⁰⁶

c) Les charges et profits engendrés par l'immeuble

Tant que le droit de préemption n'a pas été exercé, le vendeur, voire le tiers acquéreur, en ont la jouissance. Durant ce laps de temps, ils devraient supporter donc les charges et bénéficier des profits de l'immeuble. Dès que le préempteur a la maîtrise effective de l'immeuble, il devrait supporter les charges et bénéficier des profits, sans effet rétroactif, sauf convention contraire.⁶⁰⁷

⁷⁰² BeK-MEIER-HAYOZ, ad art. 681 CC No 283.

⁷⁰³ Voir supra No 602 et st.

⁷⁰⁴ BeK-MEIER-HAYOZ, ad art. 681 CC No 282.

⁷⁰⁵ BeK-MEIER-HAYOZ, ad art. 681 CC No 283.

E. LA SITUATION DU PRÉEMPTEUR AVANT LA RÉALISATION DU CAS DE PRÉEMPTION

Dès la réalisation d'un cas de préemption, le préempteur doit déclarer exercer ou renoncer à l'exercice de son droit. Une telle déclaration est un acte formateur, soit une déclaration unilatérale, sujette à réception⁷⁰⁶. Peut-il néanmoins se prononcer avant la réalisation d'un cas de préemption ? Par ailleurs, les parties peuvent-elles contractuellement convenir que le préempteur devra se prononcer antérieurement à la réalisation d'un cas de préemption ? Finalement, dans l'hypothèse où le préempteur souhaite se prononcer avant la réalisation d'un cas de préemption, quelles sont les précautions qui devraient être prises afin de préserver les intérêts du préempteur ?

Nous examinerons tout d'abord la déclaration unilatérale du préempteur d'exercer son droit, ou de renoncer à l'exercice de son droit, antérieurement à la réalisation d'un cas de préemption tant au regard du droit légal qu'à celui conventionnel (a). Nous procéderons ensuite de la même manière pour la clause contractuelle stipulant une déclaration d'exercice anticipé, ou de renonciation anticipée du préempteur (b). Finalement, nous analyserons si une vente future envisagée par le vendeur peut faire l'objet d'une modification du droit, et ainsi être exclue des cas de préemption (c).

a) La déclaration unilatérale du préempteur d'exercer, ou de renoncer, à l'exercice de son droit, antérieurement à la réalisation du cas de préemption

1. La déclaration unilatérale du préempteur d'exercer son droit

Tant la loi que le Message sont muets en la matière. Il n'existe, par ailleurs, aucune jurisprudence à ce sujet. La doctrine semble toutefois admettre tant pour le droit légal que pour le droit conventionnel que le préempteur peut librement passer un contrat de vente avec le vendeur avant même la réalisation d'un cas de préemption⁷⁰⁷. Nous partageons ce point de vue. Néanmoins, il ne s'agit pas, selon nous, de l'exercice du droit, à proprement dit, mais de la conclusion d'un contrat au sens de l'art. 1 al. 1 CO, soit manifestations de volonté concordantes et réciproques. En effet, l'exercice du droit implique une déclaration unilatérale du préempteur d'acquérir la

⁷⁰⁶ CoRo-FoÈX No 4 ad 216^e CO. BeK-GIGER No 142 ad art. 216 CO. SIMONIUS/SUTTER, p. 360. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 150 No 1736.

⁷⁰⁷ FoÈX, *Quelques questions*, p. 17. CoRo-FoÈX No 8 ad 216^e CO. BeK-MEIER-HAYOZ No 176, 183 et 244 ad art. 681 CC. SIMONIUS/SUTTER, p. 365.

propriété, précise et univoque⁷⁰⁸, sans conditions ni réserves⁷⁰⁹. Or, tel n'est pas le cas puisqu'il y a contrat de vente au sens de l'art. 184 CO. Ainsi, selon nous, il y a lieu de comprendre la doctrine en ce sens que le préempteur ne peut pas exercer son droit, savoir déclarer unilatéralement vouloir acquérir la propriété, tant que le cas de préemption n'est pas réalisé.

⁶¹¹ B. FOËX souligne par ailleurs, à juste titre, les risques qu'encourt le préempteur à se prononcer avant la réalisation d'un cas de préemption. En effet, le préempteur « dévoile ses batteries avant même que les parties aient couché en la forme authentique les conditions auxquelles le tiers acquéreur est prêt à acheter l'immeuble. Il s'expose donc à acquérir l'immeuble à des conditions en définitive moins favorables que celles qui auraient été consenties au tiers »⁷¹⁰.

⁶¹² Ces risques devraient néanmoins, selon nous, être atténués par le fait que le transfert de propriété a lieu au moyen d'un contrat de vente passé en la forme authentique, au sens de l'art. 216 al. 1 CO, entre le préempteur et le vendeur. Il appartient donc à l'officier public qui reçoit l'acte de vente, dans le cadre de son devoir d'information⁷¹¹, de souligner au préempteur que la loi ne le contraint en aucun cas à conclure le contrat de vente avant la réalisation du cas de préemption, et des risques qu'il encourt à le faire.

2. *La déclaration unilatérale du préempteur de renoncer à l'exercice de son droit*

⁶¹³ La déclaration de renonciation à l'exercice du droit légal antérieurement à la réalisation d'un cas de préemption est exclue en vertu de l'art. 681b al. 2 CC, ce qui a été expressément confirmé par le Conseil fédéral⁷¹². Il s'agit de droit impératif⁷¹³. La renonciation à l'exercice du droit ne peut intervenir que sous la forme écrite après la réalisation d'un cas de préemption⁷¹⁴. Demeure toutefois réservé le droit légal de préemption du fermier qui ne peut y renoncer d'avance « qu'en vue d'un cas de préemption imminent. Il doit y renoncer par un acte authentique comprenant les éléments essentiels du contrat qui sera conclu entre le vendeur et le tiers », en vertu de l'art. 48 al. 1 LDFR.

⁶¹⁴ Quant au droit conventionnel, le Code des obligations et le Message sont muets. S'agit-il d'un silence qualifié, de sorte que la déclaration de

⁷⁰⁸ ATF 117 II 30 = JdT 1993 I 12. ATF 117 II 30 = JdT 1992 I 12 ; ATF 1955 II 239 = JdT 1956 I 7.

⁷⁰⁹ ATF 117 II 30 = Jdt 1993 I 12. ATF 1966 II 147 = JdT 1967 I 174. BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 540. CoRo-FOËX No 4 ad 216^e CO. REY, *Sachenrecht*, p. 327, No 1275. TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1144. STEINAUER, *Les droits réels II*, p 150 No 1736.

⁷¹⁰ FOËX, *Quelques questions*, p. 17.

⁷¹¹ MOOSER, *Le droit notarial*, p. 103 No 233

⁷¹² *Message*, p. 1012.

⁷¹³ FOËX, *Quelques questions*, p. 15. FOËX, NOT@LEX 2010, p 80.

⁷¹⁴ FOËX, NOT@LEX 2010, p 80. STEINAUER, *La renonciation*, No 51.

renonciation à l'exercice antérieurement à la réalisation d'un cas de préemption doit être admise pour le droit conventionnel, contrairement au droit légal ? Au contraire, s'agit-il d'une lacune de la loi qu'il y aurait lieu simplement de combler ?

Selon le Tribunal fédéral, « on est en présence d'une lacune proprement dite lorsque le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi [...] »⁷¹⁵.

Par ailleurs, conformément à l'art. 1 al. 1 CC, la loi s'interprète au regard de sa lettre, mais également en vertu de son esprit. Ce dernier peut se déterminer grâce à une interprétation historique de la norme, en recherchant la volonté du législateur ; grâce à une interprétation systématique compte tenu du contexte législatif ; ou encore grâce à une interprétation téléologique qui tend à rechercher le but de la loi⁷¹⁶.

En l'espèce, dans la mesure où les travaux préparatoires et le Message sont muets en la matière, l'interprétation historique ne nous permet pas de conclure qu'il y a lacune proprement dite. Par ailleurs l'interprétation systématique de la loi ne nous permet pas par ailleurs de répondre à la question. Dès lors, qu'en est-il de l'interprétation téléologique ?

CH. BRÜCKNER, B. FOËX, S. MARCHAND, A. MEIER-HAYOZ, P. SIMONIUS et TH. SUTTER, ainsi que P.-H. STEINAUER⁷¹⁷ admettent la déclaration de renonciation à l'exercice du droit de préemption conventionnel antérieurement à la réalisation d'un cas de préemption. Une telle déclaration n'est soumise à aucune forme⁷¹⁸. La forme écrite est néanmoins recommandée⁷¹⁹. S. MARCHAND souligne que « la déclaration de renonciation doit être compatible avec l'art. 216d CO, qui implique que le préempteur soit informé de la conclusion du contrat constitutif du cas de préemption et de son contenu. Pour être valable, la renonciation doit donc reposer sur une connaissance suffisante de l'acte constitutif du cas de préemption. Si cet acte est modifié entre la déclaration de renonciation et sa passation, une nouvelle déclaration de renonciation est nécessaire. D'un point de vue pratique, la seule façon de respecter ces conditions est de soumettre au titulaire du droit de préemption un projet, qui doit être par la suite instrumenté sans modification »⁷²⁰.

⁷¹⁵ ATF 121 III 219 = JdT 1996 I 162.

⁷¹⁶ Notamment ATF 112 Ib 465. ATF 100 II 52 = JdT 1975 258.

⁷¹⁷ BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 542. FOËX, *Quelques questions*, p. 16. FOËX, NOT@LEX 2010, p 80. MARCHAND, p. 164. BeK-MEIER-HAYOZ Nos 183, 202 et 325 ad art. 681 CC. SIMONIUS/SUTTER, p. 366. STEINAUER, *La renonciation*, No 36.

⁷¹⁸ BeK-MEIER-HAYOZ No 325 ad art. 681 CC. FOËX, *Quelques questions*, p. 16. FOËX, NOT@LEX 2010, p 80. STEINAUER, *La renonciation*, No 37. Contra : PFÄFFLI, JUSLETTER 2004 No 11.

⁷¹⁹ FOËX, *Quelques questions*, p. 16.

⁷²⁰ MARCHAND, p. 164.

619 B. FOËX souligne néanmoins, très justement selon nous, « qu'une telle renonciation anticipée comporte toutefois des risques non négligeables : le préempteur se prononce à l'aveuglette, alors que tous les paramètres ne sont pas encore connus ; il peut être induit en erreur par les parties au contrat de vente en cours de négociation, qui lui présentent peut-être une affaire moins intéressante que celle qu'elles entendent en réalité réaliser. [...] Une renonciation anticipée est également génératrice d'insécurité juridique. Quid en effet si la vente conclue en définitive avec le tiers diffère de celle qui avait été annoncée au préempteur ? Faut-il l'en informer et recueillir également son consentement ? Peut-on se contenter de ne l'informer qu'en cas de divergences importantes entre l'acte et les représentations qui lui avaient été faites ? »⁷²¹

620 Ces risques et insécurité juridique existent néanmoins tant pour le droit légal que pour le droit conventionnel. Alors, pourquoi le législateur aurait-il expressément exclu la déclaration de renonciation à l'exercice pour le droit légal et non pas pour le droit conventionnel ? Cela nous paraît d'autant plus étonnant, qu'à nos yeux, la déclaration de renonciation à l'exercice du droit conventionnel nous semble plus risquée, en particulier en cas de droit non annoté au Registre foncier. En effet, ce dernier n'est pas opposable au tiers acquéreur, contrairement au droit légal, ou au droit conventionnel annoté au Registre foncier. Ainsi, la déclaration de renonciation à l'exercice d'un tel droit équivalait à une extinction anticipée du droit⁷²².

621 Par ailleurs, si le législateur avait admis une déclaration de renonciation de l'exercice du droit conventionnel, ne l'aurait-il pas prévue expressément dans la loi, peut-être en la soumettant à la forme authentique, à l'instar du droit de préemption du fermier (art. 48 LDFR) ? Nous le pensons.

622 Nous ne sommes donc pas face à un silence qualifié, en l'espèce, mais bien face à une question que le législateur aurait dû régler mais qu'il n'a pas réglée. Par ailleurs, aucune solution satisfaisante ne peut être tirée ni du texte de la loi, ni de son interprétation. Nous sommes donc, selon nous, face à une lacune de la loi qu'il y a lieu de combler. Pour ce faire, deux solutions se présentent à nous : appliquer par analogie au droit de préemption conventionnel soit l'art. 681b al. 2 CC, qui exclut la renonciation anticipée du préempteur ; soit l'art. 48 LDFR qui permet la renonciation anticipée du fermier pour un cas imminent et à la condition que la déclaration de renonciation ait lieu en la forme authentique.

623 Nous sommes d'avis qu'il y aurait lieu d'appliquer l'art. 681b al. 2 CC par analogie. En effet, cette disposition est tout d'abord une *lex generalis* qui s'applique à tous les droits de préemption légaux de droit fédéral, à l'exclusion de celui du fermier qui est régi par la *lex specialis* de l'art. 48 LDFR. Par

⁷²¹ FOËX, *Quelques questions*, p. 16. Dans ce sens voir également, FOËX, NOT@LEX 2010, p 81.

⁷²² MARCHAND, p. 164. STEINAUER, *La renonciation*, No 46.

ailleurs, le vendeur et le fermier sont liés par un contrat de bail. C'est d'ailleurs pour éviter que le bail puisse être soumis à la condition d'une renonciation à l'exercice du droit de préemption que le législateur a exigé que la renonciation n'ait pas lieu pour un cas abstrait, mais pour un cas concret et imminent⁷²³. Or, dans le cadre d'un droit conventionnel, le vendeur et le préempteur sont rarement liés par un bail. La protection de l'art. 48 LDFR ne se justifie donc pas, à nos yeux. Une application par analogie de l'art. 681b al. 2 CC serait plus adéquate.

b) La clause contractuelle stipulant la déclaration d'exercice, ou la renonciation à l'exercice du préempteur, antérieurement à la réalisation d'un cas de préemption

Si nous admettons que la déclaration unilatérale du préempteur de renoncer à son droit, antérieurement à la réalisation d'un cas de préemption, n'est possible ni pour le droit légal, en vertu de l'art. 681b al. 2 CC, ni pour le droit conventionnel, en vertu de l'art. 681b al. 2 CC par analogie, il y a lieu de s'interroger sur le caractère impératif ou dispositif de cette disposition. Autrement dit, peut-on y déroger conventionnellement, et stipuler dans un pacte de préemption que le préempteur devra se prononcer sur l'exercice de son droit avant même la réalisation du cas de préemption ? ⁶²⁴

Le Conseil fédéral a expressément précisé que « les déclarations de renonciation produites avant la survenance du cas de préemption n'ont pas à être prises en considération »⁷²⁴. La doctrine, quant à elle, distingue le droit de préemption légal de celui conventionnel. ⁶²⁵

Concernant le droit légal, B. FOËX, S. MARCHAND, H. REY et P.-H. STEINAUER⁷²⁵ l'excluent. Selon B. FOËX, l'art. 681b al. 2 CC est « une norme de droit impératif. En conséquence, les parties ne sauraient y déroger, en convenant que le préempteur pourra valablement renoncer à exercer son droit avant la survenance d'un cas de préemption ». Quant au droit conventionnel, B. FOËX et A. MEIER-HAYOZ⁷²⁶ considèrent que les parties peuvent convenir dans un pacte une clause d'exercice ou de renonciation anticipée. Toutefois, ils estiment qu'il ne s'agit plus d'un droit de préemption. « Selon les circonstances (soit notamment si le pacte fixe le prix d'acquisition) un tel droit peut être qualifié de droit d'emption conditionnel et peut être annoté au Registre foncier comme droit d'emption ; mais le régime juridique des droits d'emption ⁶²⁶

⁷²³ *Message*, p. 964.

⁷²⁴ *Message*, p. 1012.

⁷²⁵ FOËX, *Quelques questions*, p. 15. MARCHAND, p. 162. BAK-REY No 6 ad art. 681b CC. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 170 No 1796b. STEINAUER, *La renonciation*, No 49.

⁷²⁶ FOËX, *Quelques questions*, p. 14. BEK-MEIER-HAYOZ No 176 ad art. 681 CC.

(nécessité d'un acte authentique, limitation de la durée à 10 ans, etc.) lui est applicable ». Cette opinion n'est néanmoins pas partagée par U. Hess⁷²⁷.

⁶²⁷ Nous partageons l'opinion selon laquelle l'art. 681b al. 2 CC est de droit impératif, de sorte que les parties ne peuvent pas prévoir conventionnellement que le préempteur devra se déterminer avant même la réalisation d'un cas de préemption. Quant au droit conventionnel, sans nous déterminer sur la distinction entre le droit de préemption et le droit d'emption conditionnel, nous ne comprenons pas pourquoi, en la matière, le législateur aurait voulu faire une distinction entre le droit légal et le droit conventionnel. Les risques pour le préempteur et l'insécurité juridique sont les mêmes. Face au silence de la loi et du Message, nous considérons qu'il y a une lacune à combler en appliquant par analogie l'art. 681 al. 2 CC au droit de préemption conventionnel. Ainsi, toute clause du pacte de préemption prévoyant que le préempteur devra se prononcer sur l'exercice de son droit antérieurement à la réalisation d'un cas de préemption est nulle, selon nous.

c) La vente future exclue des cas de préemption

1. *Qualification de la convention*

⁶²⁸ Si la déclaration unilatérale du préempteur de renoncer à l'exercice de son droit avant la réalisation d'un cas de préemption est exclue, et que toute clause dans le pacte de préemption relative à une telle déclaration doit être considérée nulle, il n'en reste pas moins, qu'en pratique, il peut être utile pour le propriétaire grevé de connaître la volonté du préempteur avant la réalisation d'un cas de préemption.

⁶²⁹ Il est vrai que pour le préempteur, une renonciation anticipée de son droit ne devrait pas présenter d'avantage, mais au contraire, certains risques⁷²⁸. En particulier, pour le préempteur, au bénéfice d'un droit conventionnel non annoté au Registre foncier, la renonciation à l'exercice du droit équivaut à la renonciation de son droit dans la mesure où il ne pourra plus l'opposer aux futurs acquéreurs.

⁶³⁰ Toutefois, si le préempteur, conscient des risques qu'il encourt, souhaite néanmoins renoncer à l'exercice de son droit de façon anticipée, pourquoi lui refuser cette possibilité ?

⁶³¹ Le bénéficiaire d'un droit de préemption pourrait, en particulier, avoir intérêt à y renoncer si en contrepartie, il reçoit une indemnité pécuniaire ou en nature. Par ailleurs, en cas de droit de préemption conventionnel non annoté au Registre foncier, le titulaire du droit pourrait avoir avantage à renoncer de

⁷²⁷ BaK-Hess No 2 ad art 216d CO.

⁷²⁸ FoEX, *Quelques questions*, p. 16.

façon anticipée à l'exercice de son droit, si en contrepartie, il est assuré qu'il conserverait son droit après sa renonciation. En effet, seul le droit conventionnel annoté au Registre foncier bénéficie de l'effet propter rem de l'annotation pendant toute la durée de celle-ci au Registre foncier⁷²⁹. Ainsi, si le droit n'est pas exercé lors de la réalisation d'un cas de préemption, il ne s'éteint pas, mais au contraire est opposable à tout tiers acquéreur pendant toute la durée de l'annotation. A contrario, si le droit conventionnel n'est pas annoté au Registre foncier, il s'éteint s'il n'est pas exercé au moment de la réalisation du cas de préemption.

Prenons l'exemple suivant : P est bénéficiaire d'un droit de préemption conventionnel non annoté au Registre foncier sur l'immeuble I, propriété de V.⁶³² A souhaite acquérir l'immeuble I, à la condition que P renonce à l'exercice de son droit. Or, P n'a aucun intérêt à renoncer à son droit de manière anticipée. En effet, dans la mesure où son droit n'est pas annoté au Registre foncier, il ne bénéficie pas de l'effet propter rem de l'annotation⁷³⁰. Ainsi, son droit ne peut pas être opposé à un tiers acquéreur inscrit au Registre foncier ; dans cette dernière hypothèse, seule une action en dommages et intérêts est envisageable à l'égard du vendeur⁷³¹. Dès lors, la déclaration de renonciation anticipée du droit par le préempteur équivaldrait à une extinction anticipée de son droit, sauf s'il reçoit une contrepartie, soit sous forme d'indemnité pécuniaire ou en nature, soit s'il obtient la garantie que son droit subsistera malgré la renonciation de son exercice lors de la vente à A.

Une telle garantie est possible, selon nous, si une convention expresse de modification du droit de préemption est conclue entre le vendeur et le préempteur au terme de laquelle il est convenu que la vente future à A ne constituera pas un cas de préemption à la condition que le droit de préemption puisse être opposé à A lors de la réalisation d'un nouveau cas de préemption.⁶³³ Ainsi, au moment de l'aliénation, P ne pourra pas exercer son droit. En revanche, ce dernier subsistera jusqu'à la réalisation d'un nouveau cas de préemption. Il s'agit d'une convention de restriction du cas de préemption spécifiquement, par opposition à génériquement.

Or, s'il est admis que les cas de préemption peuvent conventionnellement être limités génériquement⁷³², la question se pose si la restriction des cas de préemption peut se limiter de façon spécifique à une opération déterminée.⁶³⁴

⁷²⁹ ATF 116 II 49 = JdT 1992 I 66. TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1145. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 133 No 1706.

⁷³⁰ ATF 116 II 49 = JdT 1992 I 66. TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1145. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 133 No 1706.

⁷³¹ TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1144.

⁷³² BaK-HESS No 13 ad art 216c CO. BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 521. CoRo-FoÈx No 17 ad 216c CO. GHANDCHI, p. 208. TERCIER, *Les contrats*, p. 170, No 1139.

635 Prenons l'exemple suivant : V est propriétaire de la parcelle F1. Il confère un droit de préemption conventionnel à P. Néanmoins, il ne souhaite pas que ce droit puisse être exercé si la parcelle F1 est vendue à A, propriétaire de la parcelle F2, voisine de la sienne. Au regard des art. 681b al. 1 CC et 216c al. 1 CO, la convention de modification du droit de préemption, doit-elle se limiter à prévoir génériquement que le droit de P ne pourra pas s'exercer en cas de vente de la parcelle F1 au propriétaire de la parcelle F2 ? Au contraire, V et P peuvent-ils convenir spécifiquement que le droit de préemption ne pourra s'exercer en cas de vente de la parcelle F1 à A ?

636 Ni la lecture des art. 681b al. 1 CC et 216c al. 1 CO, ni leur interprétation historique, systématique ou téléologique, ne nous permettent de penser qu'une restriction générique des cas de préemption est possible, à l'exclusion de toute restriction spécifique. Par ailleurs, dans la mesure où ces dispositions sont de droit dispositif⁷³³, et qu'il est admis que les parties peuvent convenir que le droit de préemption pourra être exercé sans qu'il y ait un cas de préemption⁷³⁴, nous ne voyons pas pourquoi les parties à la convention de modification du droit de préemption ne pourraient pas convenir d'une restriction spécifique, si telle est leur volonté.

637 Autre est la question de savoir à quel moment la convention de modification du droit de préemption peut être conclue. Peut-elle avoir lieu juste avant la réalisation d'un cas de préemption ? Sur ce point, la loi est également muette. Compte tenu du caractère dispositif des art. 681b al. 1 CC et 216c al. 1 CO⁷³⁵, nous ne voyons pas d'objection à ce que la convention de modification du droit de préemption intervienne juste avant la réalisation d'un cas de préemption, si telle est la volonté des parties.

638 Ainsi, si la convention de modification du droit de préemption peut porter spécifiquement, et non seulement génériquement, sur un cas de préemption, et que par ailleurs, elle peut être conclue juste avant la réalisation d'un cas de préemption, nous devons admettre, a fortiori, que le préempteur peut renoncer à exercer son droit, conventionnel ou légal, en concluant avec le vendeur, au plus tard avant la réalisation du cas de préemption, une convention de modification du droit de préemption, au sens des art 681b al. 1 CC ou 216c al. 1 CO, aux termes de laquelle le vendeur et le préempteur conviennent expressément que ne constituera pas un cas de préemption la vente de l'immeuble à un tiers acquéreur, qui sera conclue aux conditions définies d'avance et à un délai déterminé.

639 La convention de modification du droit de préemption peut être annotée au Registre foncier, à la condition que le pacte constitutif du droit de

⁷³³ CoRo-FoEX No 16 ad 216c CO. FoEX, SJ 1994, p. 405.

⁷³⁴ CoRo-FoEX No 19 ad 216c CO. SIMONIUS/SUTTER I, p. 349 No 13.

⁷³⁵ CoRo-FoEX No 16 ad 216c CO. FoEX, SJ 1994, p. 405.

préemption ait lui-même été annoté⁷³⁶. Elle sera soumise à la forme authentique s'il s'agit d'un droit de préemption légal, ou conventionnel dit limitatif ; à la forme écrite s'il s'agit d'un droit conventionnel illimité (art. 681b al. 1 CC et art. 216 al. 2 et 3 CC)⁷³⁷. Concernant cette dernière hypothèse, nous regrettons que la forme écrite suffise. En effet, la forme authentique aurait permis, au travers du devoir d'information auquel est tenu l'officier public⁷³⁸, d'éclairer les parties sur les engagements qu'elles prennent. Malheureusement, telle est la volonté du législateur. Nous l'acceptons donc, même si nous ne l'approuvons pas.

2. *Le contenu de la convention*

La rédaction de la convention, excluant des cas de préemption la vente envisagée par le propriétaire, est un exercice difficile. En effet, dans la mesure où la convention porte sur un événement qui ne s'est pas encore réalisé, soit la vente future, de nombreux paramètres restent incertains. En particulier, l'officier public qui serait chargé de la rédiger doit être conscient de cette difficulté afin de préserver au mieux l'intérêt tant du propriétaire grevé que du préempteur, et limiter sa responsabilité. ⁶⁴⁰

Ainsi, nous pensons que la convention devrait consigner les volontés clairement exprimées du préempteur et du propriétaire grevé, de ne pas considérer la vente future comme un cas de préemption. Par ailleurs, pour que les intérêts du préempteur ne puissent pas être lésés, elle devrait, selon nous, décrire précisément tous les éléments de la vente future envisagée par le propriétaire grevé, et être soumise à la condition suspensive que tous les éléments de la vente future, qu'envisage de conclure le propriétaire grevé, soient identiques à ceux qui figurent dans la convention. Si les éléments de la vente indiqués dans la convention ne correspondent pas en tout point aux éléments qui figurent dans le contrat de vente définitive, la convention devient caduque. Le préempteur sera donc libéré de ses engagements, et pourra exercer son droit au moment de la vente au tiers acquéreur. ⁶⁴¹

Finalement, la convention devrait, selon nous, fixer dans quel délai la vente future sera conclue. Cette limitation s'impose, selon nous, car plus il y a de temps entre le pacte de renonciation et l'acte de vente, plus il y a de risques que le marché immobilier se soit modifié, de sorte que les conditions de renonciation stipulées dans le pacte ne correspondent plus à celles figurant dans l'acte de vente définitive. La question est de savoir quel est le délai maximum entre le pacte de renonciation et l'acte de vente qui serait ⁶⁴²

⁷³⁶ La doctrine est restrictive sur la question. BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 521. CoRo-FOEX No 19 ad 216c CO.

⁷³⁷ Voir supra Nos 12 ss.

⁷³⁸ MOOSER, *Le droit notarial*, p. 103 No 233.

admissible. L'art. 48 al.2 LDFR soumet la validité de la déclaration de renonciation à l'exercice du fermier à un délai de 6 mois dès la déclaration. Nous proposons d'appliquer par analogie le même délai. Ainsi, la validité de la convention devrait, selon nous, être soumise à un délai de 6 mois dès sa signature. Expiré ce délai, le pacte deviendrait caduc, et les parties seraient libérées de leur engagement.

3. *Bien-fondé de la convention de modification*

⁶⁴³ La convention de modification répond, selon nous, tant aux intérêts du vendeur qu'à ceux du préempteur. Ainsi, le premier s'assure que le préempteur n'exercera pas son droit au moment de la réalisation du cas de préemption. Quant au préempteur, ses intérêts sont garantis, selon nous, dans la mesure où il pourra exercer son droit de préemption, malgré sa renonciation anticipée, si la vente définitive ne correspond pas en tout point aux éléments qui figurent dans le pacte de renonciation.

⁶⁴⁴ En particulier, nous ne partageons pas l'opinion de U. Hess⁷³⁹, selon laquelle le propriétaire grevé est tenu d'informer le préempteur sur tout élément essentiel du contrat de vente qui aurait été modifié. Tout d'abord, selon nous, il n'appartient pas au propriétaire grevé de décider si un élément est essentiel ou pas. Par ailleurs, il y a là source d'insécurité juridique. En effet, quel est le moyen à disposition du propriétaire grevé pour savoir si, aux yeux du préempteur, un élément est essentiel ou pas ? Aucun, selon nous. Ainsi, le propriétaire grevé court le risque que le préempteur lui reproche, après la réalisation du cas de préemption, de ne pas l'avoir informé d'un élément essentiel, à ses yeux, et à ce titre d'exercer le droit de préemption, si le droit est opposable au tiers par l'effet propter rem de l'annotation⁷⁴⁰, voire en cas de droit de préemption légal, ou de lui intenter une action en dommage et intérêts, dans le cas contraire (art. 97 CO)⁷⁴¹.

⁶⁴⁵ A cet effet, l'éventuelle annotation de la convention au Registre foncier est d'ailleurs source de sécurité à double titre. Elle permet tout d'abord d'informer le Conservateur du Registre foncier qui, au moment où il recevra la réquisition d'inscription de l'acte de vente définitive avec le tiers acquéreur, pourra comparer le pacte de renonciation avec l'acte de vente, et ainsi notifier le cas de préemption si les deux actes ne correspondent pas en tout point. Elle permet également d'attirer l'attention du futur tiers acquéreur des engagements pris entre le préempteur et le propriétaire grevé, qui sera ainsi informé que si la

⁷³⁹ BaK-HESS No 3 ad art 216d CO.

⁷⁴⁰ ATF 116 II 49 = JdT 1992 I 66. TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1145. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 133 No 1706.

⁷⁴¹ TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1144.

vente ne correspond pas en tout point à la convention, il y aura un risque que le préempteur exerce son droit.

Reste la situation particulière du préempteur au bénéfice d'un droit conventionnel non annoté au Registre foncier qui, en s'engageant à ne pas exercer son droit dans le cadre d'une vente future, fait plus que renoncer à l'exercice du droit. Il renonce au droit lui-même. En effet, dans la mesure où le droit n'est pas annoté, il ne pourra plus être opposé au tiers acquéreur⁷⁴². Ainsi, en convenant qu'une vente future ne constituera pas un cas de préemption, le préempteur renonce non seulement à l'exercice de son droit au moment de la réalisation de la vente future convenue, mais également pour toute autre vente postérieure, dans la mesure où le droit ne sera pas opposable au tiers acquéreur. Pour remédier à cela, le pacte de renonciation doit prévoir, selon nous, soit une reprise du droit par le tiers acquéreur (art. 175 CO)⁷⁴³, soit une stipulation pour autrui (art. 112 CO)⁷⁴⁴. En particulier, l'officier public chargé de modifier un pacte de préemption limitatif non annoté au Registre foncier doit en être conscient et informer les parties en conséquence⁷⁴⁵.

⁷⁴² ATF 116 II 49 = JdT 1992 I 66. TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1145. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 133 No 1706.

⁷⁴³ Voir supra No 127.

⁷⁴⁴ Voir supra No 132.

⁷⁴⁵ MOOSER, *Le droit notarial*, p. 103 No 233.

F. LE RANG DU DROIT DE PRÉEMPTION

En exerçant son droit, le préempteur peut se voir opposer un autre droit prioritaire d'acquisition. Ainsi, le préempteur pourrait être en concours avec un droit de préemption identique, par exemple si deux copropriétaires exercent leur droit simultanément. Deux droits de même nature peuvent également être revendiqués ; tel est le cas de deux ou plusieurs droits conventionnels, ou deux ou plusieurs droits légaux, identiques ou différents. Par ailleurs, il est imaginable que soit exercé un droit de préemption légal et un droit conventionnel. Finalement, qu'en est-il des autres droits légaux d'acquisition prioritaire, tels que notamment le droit légal d'attribution de l'héritier d'un immeuble au sens des art. 21 ss LDFR, ou le droit légal d'emption des parents au sens des art. 25 ss LDFR ? ⁶⁴⁷

Face à toutes ces hypothèses, comment départager les différents titulaires de droit ? Quel droit primera ? Nous examinerons tout d'abord l'hypothèse du concours entre deux droits conventionnels (I). Nous analyserons ensuite la situation où un droit de préemption conventionnel est exercé simultanément à un droit légal (II). Nous envisagerons ensuite la situation où deux ou plusieurs droits légaux, identiques sont revendiqués (III), voire des droits légaux différents sont revendiqués (IV). Nous nous arrêterons finalement au concours entre les droits de préemption et les autres droits d'acquisition prioritaire (V), ainsi qu'au concours entre les droits de préemption et les autres droits inscrits au Registre foncier (VI). ⁶⁴⁸

I. Le concours entre des droits de préemption conventionnels

a) Le droit de préemption conventionnel non annoté au Registre foncier

Le droit de préemption conventionnel résulte d'un contrat passé entre le vendeur et le préempteur⁷⁴⁶. Ainsi, le pacte de préemption doit contenir tous les éléments essentiels qui permettent au préempteur, au moment de l'exercice du droit de préemption, d'exiger de la part du vendeur unilatéralement le transfert de propriété⁷⁴⁷. Qu'en est-il, en particulier, si le propriétaire décide d'accorder un droit de préemption à plusieurs personnes ? Si ces dernières ⁶⁴⁹

⁷⁴⁶ STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 141 No 1720.

⁷⁴⁷ ATF 119 II 135 = Jdt 1999 I 99. BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 547. MOOSER, *Le droit notarial*, p. 259 No 536. TERCIER, *Les contrats*, p. 167, No 1112. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 130 No 1700.

exercer leur droit, lequel primera ? Que pourront revendiquer les autres préempteurs ? Auprès de qui ? Finalement quelles sont les mesures à prendre dans le pacte de préemption afin d'éviter le concours de plusieurs droits ?

650 Prenons l'exemple suivant : V est propriétaire d'un immeuble I. Il confère à titre gratuit à B, puis à C un droit de préemption conventionnel non qualifié ; les deux droits s'exerçant aux mêmes conditions et ne sont pas annotés au Registre foncier. V décide six mois plus tard de vendre l'immeuble I à A pour le prix de Fr. 500'000. C, puis B, déclarent exercer leur droit de préemption. Comment départager les deux préempteurs ?

651 En effet, V, doit-il transférer la propriété à B, qui est le premier à avoir obtenu le droit de préemption conventionnel ? Au contraire, le transfert de propriété doit-il être effectué en faveur de C qui est celui qui a exercé d'abord son droit de préemption ? V pourrait également imposer à B et C d'acquérir en copropriété moitié chacun, ou choisir arbitrairement entre B et C. Finalement, V pourrait offrir à B et C d'aliéner le bien au plus offrant.

652 Néanmoins, dans cette dernière hypothèse, le transfert de propriété ne se ferait pas sur la base de l'exercice du droit de préemption, mais sur la base d'un contrat de vente conclu entre V et le plus offrant des deux préempteurs. En effet, le droit de préemption ne peut s'exercer qu'aux conditions convenues entre V et A⁷⁴⁸. Sur la base de la déclaration unilatérale du préempteur, précise et univoque⁷⁴⁹, sans conditions ni réserves⁷⁵⁰, le préempteur et le vendeur sont liés sans qu'un nouveau contrat de vente doive être passé⁷⁵¹. Or, si V décide de transférer la propriété au plus offrant des deux préempteurs, une des conditions du contrat de vente entre V et A n'est plus respectée, savoir le prix qui sera plus élevé que celui convenu dans l'acte de vente. C'est pourquoi, un nouveau contrat de vente doit être conclu, qui sera soumis à la forme authentique, entre V et B ou C, selon le prix le plus élevé qui aura été offert.

653 Aucune solution ne peut être imposée. En effet, seul V, en sa qualité de propriétaire de l'immeuble, peut décider à qui il transfère la propriété. Par ailleurs, quelle que soit la décision de V, elle lèsera l'un des préempteurs. Ce dernier ne pourra pas opposer son droit à l'autre préempteur, même s'il est antérieur, dans la mesure où il n'est pas annoté au Registre foncier. Il pourra néanmoins se retourner contre V pour violation des engagements contractuels

⁷⁴⁸ TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1144.

⁷⁴⁹ 117 II 30 = JdT 1993 I 12. ATF 117 II 30 = JdT 1992 I 12 ; ATF 1955 II 239 = JdT 1956 I 7.

⁷⁵⁰ RNRF 1993 303. ATF 1966 II 147 = JdT 1967 I 174. BRÜCKNER, *Verwandte*, p. 540. CoRo-FoÈX No 4 ad 216^e CO. REY, *Sachenrecht*, p. 327, No 1275. TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1144. STEINAUER, *Les droits réels II*, p 150 No 1736.

⁷⁵¹ ATF 90 II 143 = JdT 1965 I 597. STEINAUER, *Les droits réels II*, p 150 No 1736.

(art. 97 CO)⁷⁵². Le même raisonnement s'applique en cas de concours avec un droit d'émption conventionnel.

La responsabilité contractuelle de V ne reposera pas sur le fait qu'il ait conclu plusieurs pactes de préemption. En effet, en accordant un droit de préemption, V ne confère pas au préempteur une exclusivité d'acquisition. En revanche, en concluant un pacte de préemption, V s'engage à transférer la propriété de l'immeuble au préempteur, si ce dernier manifeste la volonté de l'acquérir aux conditions convenues avec A. Ainsi, la responsabilité de V portera sur la violation fautive de cet engagement-là. ⁶⁵⁴

Il restera encore au préempteur lésé d'apporter la preuve du dommage subi. En effet, dans la mesure où le droit lui a été conféré à titre gratuit, il n'a pas subi de diminution de son patrimoine. Son dommage consiste dans l'intérêt qu'il porte à l'acquisition de l'immeuble. Comment quantifier ce dernier ? Cette question peut d'ailleurs également se poser en cas de droit de préemption qualifié. ⁶⁵⁵

En effet, prenons l'exemple suivant : V est propriétaire d'un immeuble I. Il confère à titre gratuit à son très cher ami B un droit de préemption conventionnel non qualifié, puis à C un droit de préemption qualifié pour le prix de Fr. 600'000 que C paye Fr. 50'000. V décide six mois plus tard de vendre l'immeuble I à A pour le prix de Fr. 500'000, correspondant au prix du marché. B déclare exercer son droit de préemption au prix et aux conditions convenus avec A. C fait de même mais au prix convenu dans le pacte de Fr. 600'000. Même si le prix payé par C est supérieur, V décide de transférer la propriété à B, compte tenu du lien d'amitié qui les unit. Quel est le dommage subi ? L'indemnité de Fr. 50'000 versée ? Qu'en est-il de l'intérêt de C d'acquérir le bien ? L'intérêt financier n'existe pas puisqu'il acquiert à un prix supérieur à celui du marché. Qu'en est-il de son intérêt personnel à l'acquisition ? Comment en tenir compte ? ⁶⁵⁶

Nous voyons que le concours entre plusieurs droits de préemption conventionnels non annotés au Registre foncier peut poser différents problèmes, difficiles à résoudre, et qui doivent être, selon nous, examinés de cas en cas. Nous ne pouvons donc pas donner de solution empirique. Nous sommes néanmoins convaincu que ces derniers peuvent être anticipés en convenant de solutions lors de la conclusion du pacte de préemption. ⁶⁵⁷

Néanmoins, les solutions convenues n'engageront que les parties au pacte de préemption. Ne bénéficiant pas de l'effet propter rem rattaché à ⁶⁵⁸

⁷⁵² TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1144. A titre préventif, il peut être imaginé qu'il soit convenu dans le pacte de préemption une clause pénale (art. 160 CO). Une telle clause permettrait de convenir de l'indemnité due en cas de non exécution par le vendeur des engagements pris à l'égard du préempteur lésé, et pourrait être ainsi dissuasive. Par ailleurs, demeure réservée l'annotation d'une restriction du droit d'aliéner (art. 960 CC) que pourrait demander le préempteur lésé au juge.

l'annotation⁷⁵³, elles ne pourront d'ailleurs pas être opposées à un tiers, au bénéfice d'un engagement pris par le propriétaire de l'immeuble, contraire au pacte de préemption.

⁶⁵⁹ C'est pourquoi, nous sommes d'avis que si plusieurs droits de préemption sont convenus simultanément, il y aurait lieu de conclure un seul pacte dans lequel toutes les parties interviennent et qui règle la question de l'exercice simultané de plusieurs droits de préemption conventionnels non annotés au Registre foncier.

⁶⁶⁰ Par ailleurs, de façon générale, nous sommes d'avis que devrait figurer dans tout pacte de préemption une indemnité convenue entre les parties, correspondant au dommage que subirait le préempteur en cas de non respect des engagements pris par le propriétaire, afin d'éviter que cette dernière soit fixée par le juge dans le cadre d'un contentieux.

b) Le droit de préemption conventionnel annoté au Registre foncier

⁶⁶¹ Demeure par ailleurs réservé le droit de préemption conventionnel, annoté au Registre foncier. En effet, l'annotation rend le droit de préemption conventionnel opposable à tout droit acquis postérieurement par un tiers de bonne foi⁷⁵⁴, a fortiori par un préempteur dont le droit conventionnel n'est pas annoté au Registre foncier, voire annoté postérieurement.

⁷⁵³ ATF 116 II 49 = JdT 1992 I 66. TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1145. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 133 No 1706.

⁷⁵⁴ ATF 116 II 49 = JdT 1992 I 66. TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1145. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 133 No 1706.

II. Le concours entre un droit de préemption conventionnel et un droit légal

Est examinée l'hypothèse où un copropriétaire, par exemple, exerce son droit légal de préemption au sens de l'art. 682 al. 1 CC sur une part de copropriété qui fait, par ailleurs, également l'objet d'un droit conventionnel, exercé en même temps que le droit de préemption du copropriétaire. Lequel des deux droits aura la priorité? Le droit légal du copropriétaire ou le droit conventionnel? ⁶⁶²

La loi répond expressément à cette question puisque l'art. 681 al. 3 CC ⁶⁶³ prévoit que les droits de préemption légaux priment les droits conventionnels. Nous approuvons la solution adoptée par le législateur. En effet, il serait choquant que le titulaire d'un droit de préemption, résultant de la loi, puisse être privé de l'exercice de ce dernier en faveur d'un tiers au bénéfice d'un droit qui lui a été conféré conventionnellement par le propriétaire de l'immeuble. Admettre le contraire serait priver le titulaire d'un droit de préemption légal de toute protection, en reconnaissant que le propriétaire de l'immeuble pourrait contourner la loi en accordant à tout tiers un droit de préemption conventionnel, qui primerait le droit légal. Une telle solution serait insoutenable dans un Etat de droit. Demeure réservée l'annotation au Registre foncier d'un droit de préemption conventionnel antérieurement au droit de préemption légal. Dans une telle situation, selon nous, l'effet propter rem⁷⁵⁵ de l'annotation devrait être opposable au droit de préemption légal, et l'art. 681 al. 3 CC ne devrait pas s'appliquer. Tel serait le cas, par exemple, si le propriétaire d'une parcelle constitue un droit de superficie sur la parcelle, après avoir accordé un droit de préemption conventionnel, annoté sur la parcelle antérieurement à l'inscription du droit de superficie. Si la parcelle est vendue, l'art. 681 al. 3 CC ne devrait pas s'appliquer, et l'exercice du droit conventionnel devrait primer le droit légal du superficiaire dans la mesure où l'annotation du droit de préemption conventionnel est antérieure à l'inscription du droit de superficie.

⁷⁵⁵ ATF 116 II 49 = JdT 1992 I 66.

III. Le concours entre deux ou plusieurs droits de préemption légaux identiques

⁶⁶⁴ Prenons l'exemple suivant : V est propriétaire d'une parcelle P sur laquelle il confère à A et à B deux droits de superficie différents. V décide de vendre P. Comment s'exerceront les droits de préemption de A et B ? A l'inverse, la question peut se poser pour le propriétaire de l'immeuble. En effet, supposons par exemple que P est propriété, à raison d'une moitié chacun, de X et Y, et fait l'objet d'un droit de superficie en faveur de A. Si A décide de vendre son droit de superficie, comment s'exerceront les droits de X et Y ? Par ailleurs, indépendamment de tout droit de superficie, si un fonds P est propriété, à raison d'un tiers chacun, de A, B et C, et que C décide de vendre sa part, comment pourront s'exercer les droits de préemption de A et B, si ces derniers décident de les exercer simultanément ? Finalement, au regard de la LDFR, comment s'exercera le droit de préemption si deux ou plusieurs parents, voire deux ou plusieurs fermiers, le revendiquent ?

⁶⁶⁵ Pour répondre à toutes ces questions exemplatives, nous sommes d'avis qu'il y a lieu de distinguer les droits de préemption du copropriétaire et du superficiaire ou du superficiant au sens de l'art. 682 CC (a), et les droits résultants de la LDFR (b).

a) Les droits de préemption du copropriétaire et du superficiaire ou du superficiant au sens de l'art. 682 CC

1. Le droit de préemption du copropriétaire

⁶⁶⁶ En vertu de l'art. 682 al. 1 2^{ème} phrase CC, si plusieurs copropriétaires exercent le droit de préemption, la part de copropriété vendue leur est attribuée en proportion de leurs droits au sein de la copropriété. La solution choisie par le législateur se justifie selon nous. En effet, le droit de préemption a pour but d'éviter l'entrée d'un tiers dans la communauté⁷⁵⁶. Le droit est d'ailleurs intimement lié à la qualité de copropriétaire et ne peut être transféré indépendamment de la part de copropriété⁷⁵⁷. Ainsi, la solution du législateur permet de maintenir, après la sortie d'un copropriétaire, le même équilibre entre les copropriétaires restants.

⁷⁵⁶ BeK-MEIER-HAYOZ No 11 ad art 682 CO. LIVER, p. 62. SIMONIUS/SUTTER II, p. 475 No 30. STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 335 No 1208.

⁷⁵⁷ ATF 115 II 331 = Jdt 1991 I 150.

2. *Le droit de préemption du superficiel*

Tout d'abord, concernant le droit de préemption du superficiel, l'art. 682 al. 2⁶⁶⁷ 1^{ère} phrase CC précise que ce droit n'existe que si le droit de superficie est distinct et permanent. Sera distinct au sens de l'art. 655 al. 3 ch. 1 CC le droit qui n'est constitué « ni en faveur d'un fonds dominant ni exclusivement en faveur d'une personne déterminée ». Tel sera le cas si le droit est cessible et transmissible⁷⁵⁸. Par ailleurs, au sens de l'art. 655 al. 3 ch. 2 CC sera permanent le droit « établi pour 30 ans au moins ou pour une durée indéterminée ».

De telles exigences du législateur peuvent se justifier. En effet, le droit de superficie est une exception au principe de l'accessio⁷⁵⁹, selon lequel la propriété du sol comprend celle du dessus et du dessous, et s'étend, sauf disposition légale contraire, aux constructions, aux plantations et aux sources. Bien qu'admise, cette dissociation entre la propriété du sol et celle du dessus ou du dessous n'est pas idéale. Il est donc normal que le législateur tende à rétablir l'ordre des choses, notamment en conférant un droit de préemption au superficiel⁷⁶⁰. Toutefois, vouloir rétablir le principe de l'accessio et conférer à cet effet un droit de préemption ne se justifie que si le droit de superficie est constitué pour une longue durée, ou pour une durée indéterminée. Par ailleurs, la question du droit de préemption ne se pose pas si le droit de superficie est incessible.

Néanmoins, que se passe-t-il si la propriété du fonds du droit de superficie est divisée en plusieurs parts ? Le droit de préemption doit-il être exercé proportionnellement à chaque part de copropriété, ou peut-il être exercé par un seul des copropriétaires ? Idéalement, nous sommes d'avis que le droit de préemption devrait être exercé proportionnellement aux droits de chaque copropriétaire, de sorte que la propriété du sol soit identique à celle du dessus ou/et du dessous. Ainsi, si tous les copropriétaires superficiels déclarent simultanément vouloir exercer leurs droits de préemption, la propriété du droit de superficie devrait leur être transférée proportionnellement à leurs droits de copropriété⁷⁶¹, afin de rétablir le principe de l'accessio.

Toutefois, si seuls certains des copropriétaires souhaitent exercer leur droit de préemption, voire qu'un seul des copropriétaires le souhaite, l'exercice du droit devrait s'étendre sur l'ensemble de l'immeuble, proportionnellement au droit des copropriétaires qui déclarent exercer. Prenons l'exemple suivant :

A, B et C sont tous trois copropriétaires, à raison d'un tiers chacun, d'une parcelle I. La parcelle I fait l'objet d'un droit de superficie, immatriculé comme

⁷⁵⁸ STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 38 No 1510.

⁷⁵⁹ Art. 667 al. 1 CC. STEINAUER, *Les droits réels III*, p. 93 No 2513.

⁷⁶⁰ BeK-MEIER-HAYOZ No 14 ad art 682 CO. GHANDCHI, p. 122. STEINAUER, *Les droits réels III*, p. 99 No 2530.

⁷⁶¹ Du même avis GHANDCHI, p. 150.

un droit distinct et permanent, dont S est inscrit au Registre foncier comme seul propriétaire. S vend son droit de superficie à A. Or, seul C déclare vouloir exercer son droit de préemption, dans la mesure où le droit peut être exercé individuellement par chaque copropriétaire⁷⁶². Néanmoins, sur quoi porte le droit de préemption de C ? Uniquement sur une part d'un tiers, correspondant à ses droits sur le fonds grevé, la part de deux tiers restante pouvant être acquise par A ? Au contraire, devons-nous admettre que le droit de préemption de C s'étend sur la totalité du droit de superficie, A et B ayant renoncé à l'exercice de leur droit ?

⁶⁷² L. GANDCHI est d'avis que le droit doit être exercé proportionnellement aux droits de chaque copropriétaire du fonds grevé. Néanmoins, la renonciation à l'exercice du droit de préemption par l'un des copropriétaires profite aux autres copropriétaires, proportionnellement à leur droit⁷⁶³. Nous partageons ce point de vue, de sorte que l'exercice du droit s'étend sur l'ensemble de l'immeuble grevé, proportionnellement aux droits de chaque copropriétaire qui déclare exercer son droit. Si seul un copropriétaire déclare exercer son droit, ce dernier s'exercera sur l'ensemble de l'immeuble grevé du droit de préemption.

⁶⁷³ Ainsi, dans notre cas d'espèce, le droit de préemption de C devrait porter sur la totalité du droit de superficie. Dès lors, après l'exercice du droit de préemption, seront inscrits au Registre foncier A, B et C comme propriétaires de la parcelle I, à raison d'un tiers chacun. C sera inscrit, par ailleurs, comme seul propriétaire du droit de superficie immatriculé au Registre foncier en un droit distinct et permanent.

3. *Le droit de préemption du superficiaire*

⁶⁷⁴ Concernant le droit de préemption du superficiaire, selon l'art. 682 al. 2 2^{ème} phrase CC, le droit de préemption du superficiaire ne peut être exercé que dans « la mesure où le fonds est mis à contribution par l'exercice du droit de superficie ». Or, dans quelle mesure doit-on admettre que le fonds est mis à contribution pour l'exercice du droit de superficie ? S'agit-il uniquement de la surface bâtie, ou de l'assiette de la servitude, indépendamment de savoir si la totalité de cette assiette contribue au bon fonctionnement de l'exercice du droit de superficie ?

⁶⁷⁵ La doctrine est partagée à ce sujet. Pour L. BALLIF, P. SIMONIUS et TH. SUTTER, ainsi que H. REY, la surface qui contribue au bon fonctionnement de l'exercice du droit de superficie correspond à l'assiette du droit⁷⁶⁴. L. GHANDCHI ne partage pas ce point de vue dans la mesure où il estime que

⁷⁶² Voir supra No 166.

⁷⁶³ GHANDCHI, p. 151.

⁷⁶⁴ BALLIF, p. 188 ss. SIMONIUS/SUTTER II, p. 136. BAK-REY No 15 ad art. 682 CC.

seule la surface qui a un rapport fonctionnel avec le bâtiment peut faire l'objet de l'exercice du droit de préemption⁷⁶⁵. Cette dernière peut être inférieure, égale ou supérieure à l'assiette du droit.

Pour B. FOËX, « il ne s'agira pas nécessairement uniquement de la surface bâtie en vertu de la servitude. On peut également imaginer que même si l'identification du périmètre en cause ne pose pas de difficulté, la limitation du droit de préemption à celui-ci soit préjudiciable aux parties ou à l'une d'entre elles (par exemple, si la surface restante subit une dépréciation importante en cas de parcellisation). Le contrat constitutif de superficie (voire une convention ultérieure) devrait donc délimiter l'objet du droit de préemption du superficiaire lorsque l'assiette du droit ne s'étend pas à tout le bien-fonds »⁷⁶⁶.

Nous partageons l'opinion de B. FOËX selon laquelle l'acte constitutif du droit de superficie doit préciser expressément sur quelle surface le droit de préemption du superficiaire pourrait être exercé. Néanmoins, si tel n'est pas le cas, nous pensons qu'il y aurait lieu de prendre en compte deux critères pour déterminer la surface susceptible de faire l'objet du droit de préemption, savoir : la surface nécessaire à l'existence même du bâtiment, et l'affectation de ce dernier selon l'acte constitutif. Nous illustrerons nos propos par l'exemple suivant :

La parcelle P, d'une surface de 4900 m² fait l'objet d'un droit de superficie, immatriculé au Registre foncier en un droit distinct et permanent dont l'assiette s'étend sur une surface de 2000 m², avec un bâtiment d'une surface au sol de 400 m² affecté à l'exploitation d'une carrosserie.

Ainsi, si tant le bâtiment que la surface qui l'entoure de 1600 m² servent à l'exploitation de la carrosserie en permettant l'entreposage de véhicules et autres, le droit de préemption pourra être exercé sur la totalité de la surface. En revanche, si seul le bâtiment sert à l'exploitation de la carrosserie et que la surface de 1600 m² l'entourant est laissée sous forme de terrain vague, il y aurait lieu encore d'examiner si cette surface est nécessaire au regard des droits à bâtir du bâtiment imposés par le droit public. Si tel est le cas, la surface de 1600 m², même si elle n'est pas utilisée à l'affectation du bâtiment, n'en reste pas moins nécessaire pour l'existence de celui-ci, et de ce fait, le droit de préemption pourra être exercé sur la totalité de l'assiette de 2000 m² du droit de superficie.

Par ailleurs, demeure réservée la division de la parcelle. En effet, pour exercer le droit de préemption, il y aurait lieu de détacher la surface objet du droit des 4900 m² totaux. Or, une telle division pourrait être empêchée par une restriction de droit public prévue notamment dans la LDFR. Si tel est le cas, le

⁷⁶⁵ GHANDCHI, p. 146 ss.

⁷⁶⁶ FOËX, *Quelques questions*, p. 11 st.

droit de préemption devra s'exercer sur la totalité de la parcelle⁷⁶⁷. De même, dans l'hypothèse visée par B. FOËX⁷⁶⁸ où la division parcellaire entraînerait une dépréciation importante, le droit de préemption devra être exercé sur l'ensemble de la parcelle.

681 Autre est la question de l'exercice du droit de préemption en cas de pluralité de superficiaires. A ce sujet, il y aurait lieu de distinguer, selon nous, le cas où sur la même parcelle sont conférés plusieurs droits de superficie à des superficiaires différents, et la situation où un seul droit de superficie est conféré mais à plusieurs superficiaires. Illustrons nos propos par les exemples suivants :

682 a) X est propriétaire de la parcelle P. Il confère à B, C et D, des droits de superficie immatriculés au Registre foncier comme droits distincts et permanents. Chaque droit de superficie fait l'objet d'une assiette distincte au Registre foncier.

683 En cas de vente de la parcelle P, chaque superficiaire pourra exercer son droit de préemption en fonction de la surface nécessaire à l'existence de son bâtiment, et à l'affectation de ce dernier⁷⁶⁹. Une division parcellaire s'imposera en conséquence. Si cette dernière n'est pas possible à cause de restrictions de droit public, ou parce qu'elle engendrerait une dépréciation importante de la parcelle, nous pensons que chaque superficiaire devra exercer son droit de préemption sur l'ensemble de la parcelle, en copropriété proportionnellement à la surface de son droit de superficie.

684 b) X est propriétaire de la parcelle P. Il confère un droit de superficie à B, C et D qui s'exercera conjointement. En cas de vente de la parcelle P, nous sommes d'avis que B, C et D doivent exercer leur droit de préemption conjointement ; aucun des trois ne pouvant agir individuellement, dans la mesure où aucun ne peut justifier d'un usage propre du droit de superficie au sens de l'art. 682 al. 2 2^{ème} phrase CC⁷⁷⁰. Demeure réservée la possibilité pour chaque superficiaire de convenir avec X d'un achat qui serait indépendant du droit de préemption du superficiaire.

b) Les droits de préemption sur un immeuble agricole au regard de la LDFR

685 La LDFR distingue trois droits légaux de préemption, savoir : le droit de préemption des parents, celui du fermier et celui du copropriétaire.

⁷⁶⁷ SIMONIUS/SUTTER II, p. 136.

⁷⁶⁸ FOËX, *Quelques questions*, p. 11 st.

⁷⁶⁹ Voir supra No 677.

⁷⁷⁰ BeK-MEIER-HAYOZ No 48 ad art 682 CO. BAK-REY No 15 ad art. 682 CC. SIMONIUS/SUTTER II, p. 143.

Concernant le droit de préemption des parents, l'art. 42 LDFR définit les descendants de l'aliénateur qui peuvent exercer le droit⁷⁷¹. Si deux ou plusieurs parents, répondant aux conditions légales, exercent leur droit, la loi laisse le choix à l'aliénateur de les départager et de désigner celui à qui la propriété du bien immobilier sera transférée. Au surplus, il est renvoyé à la situation personnelle de chaque préempteur qui permettra de les départager (art. 46 LDFR)⁷⁷².

Concernant le droit de préemption du fermier⁷⁷³, l'art. 47 LDFR définit à quelles conditions le droit peut être exercé. Malheureusement, la loi ne précise pas comment départager deux ou plusieurs fermiers qui souhaiteraient simultanément exercer leur droit. En effet, que se passe-t-il si l'entreprise, voire l'immeuble agricole a été donné en affermage par le propriétaire à plusieurs fermiers, qui remplissent les conditions de l'art. 47 LDFR, et qui, au moment de l'aliénation du bien, déclarent tous vouloir exercer leur droit de préemption ? Nous regrettons que le législateur n'ait pas trouvé opportun de codifier la jurisprudence prise sous l'ancien droit, et applicable au nouveau droit, selon laquelle le fermier ne peut exercer son droit que sur la partie de l'immeuble sur laquelle il a l'usage effectif⁷⁷⁴. Ainsi, si un immeuble agricole est affermé à plusieurs fermiers, il devra faire l'objet d'une division parcellaire, et chaque fermier pourra exercer son droit sur la sous-parcelle dont il a l'usage effectif. Reste néanmoins ouverte la question si la division parcellaire n'est pas autorisée au sens des art. 58 ss LDFR.

Finalement, concernant le droit de préemption des copropriétaires, l'art. 49 LDFR définit à quelles conditions le droit de préemption peut être revendiqué. Néanmoins, la loi ne prévoit aucune règle pour départager deux ou plusieurs copropriétaires, qui rempliraient les conditions légales, et qui déclarent simultanément exercer leur droit. Toutefois, en tant que *lex generalis*, nous sommes d'avis que l'art. 682 al. 1 2^{ème} phrase CC devrait s'appliquer. Ainsi, si plusieurs copropriétaires exercent le droit de préemption, la part de copropriété vendue devrait leur être attribuée en proportion de leurs droits au sein de la copropriété.

⁷⁷¹ Art. 42 LDFR. Voir également supra No 178 ss. DONZALLAZ, *Commentaire*, p. 128 No 413 ss. DONZALLAZ, *Pratique*, p. 120 No 280. Co-LDFR-HOTZ ad art. 42 No 16 ss. REY, *Neuregelung*, p. 66 ss. SIMONIUS/SUTTER I, p. 616 ss.

⁷⁷² Co-LDFR-HOTZ ad art. 46 No 2. SIMONIUS/SUTTER I, p. 617.

⁷⁷³ DONZALLAZ, *Pratique*, p. 121 No 284 ss. Co-LDFR-HOTZ ad art. 47 No 7 ss.

⁷⁷⁴ ATF 117 II 487.

IV. Le concours entre deux ou plusieurs droits de préemption légaux différents

⁶⁸⁹ Pour traiter ce chapitre, nous sommes d'avis qu'il y a lieu de le subdiviser en trois parties : le concours entre deux ou plusieurs droits de préemption légaux prévus dans le CC (a), le concours entre deux ou plusieurs droits de préemption légaux prévus dans la LDFR (b), et le concours entre un droit de préemption légal prévu dans le CC et un droit de préemption légal prévu dans la LDFR (c).

a) Le concours entre deux ou plusieurs droits de préemption légaux prévus dans le CC

⁶⁹⁰ Prenons l'exemple suivant : la parcelle I est propriété de V et B, à raison de moitié chacun. Un droit de superficie sur l'ensemble de la parcelle est par ailleurs conféré à S. V déclare vendre à A sa part de copropriété, et en informe B et S. Ces derniers déclarent, tous deux, vouloir exercer leur droit de préemption légal. Dans une telle situation, lequel des deux droits prime ; celui du copropriétaire ou celui du superficiaire ? La loi ne règle pas la question.

⁶⁹¹ Selon L. GHANDCHI, A. MEIER-HAYOZ, P. SCHNEEBERGER et P.-H. STEINAUER⁷⁷⁵, le droit de préemption légal du copropriétaire doit primer le droit de préemption légal du superficiaire, respectivement du superficiant. A. BALLIF précise que « cela se justifie en effet par le fait que les copropriétaires constituent une communauté fermée au sein de laquelle l'entrée d'une personne non désirée (même s'il s'agit d'une personne avec laquelle ils sont tout de même en rapport, comme le superficiaire ou le propriétaire) doit pouvoir être évitée. De plus, la situation du superficiaire, respectivement du propriétaire, ne sera pas modifiée en cas d'exercice de son droit de préemption par l'un des copropriétaires alors qu'en cas d'exercice du droit de préemption par le superficiaire, respectivement le propriétaire, la situation des copropriétaires sera modifiée »⁷⁷⁶. Nous partageons cette opinion.

⁶⁹² Nous pensons toutefois qu'il y a lieu d'apporter certaines nuances en distinguant la situation du superficiaire en concours avec les copropriétaires du fonds grevé (1), celle du superficiant en concours avec des copropriétaires du droit de superficie (2), et le cas particulier du droit de préemption légal du superficiant en concours avec des superficiaires dont le droit de superficie a été soumis au régime de la propriété par étages (3).

⁷⁷⁵ GHANDCHI, p. 250. BeK-MEIER-HAYOZ, No 29 ad art. 681 CC. SCHNEEBERGER, p. 289. STEINAUER, *Le droit de préemption*, p. 4.

⁷⁷⁶ BALLIF, p. 191 No. 613.

1. *Le superficiaire en concours avec les copropriétaires du fonds grevé*

Illustrons nos propos par l'exemple suivant : la parcelle I est propriété de V et B, à parts égales entre eux, et est grevée d'un droit de superficie S, immatriculé au Registre foncier en un droit distinct et permanent en faveur de D. V décide de vendre sa part de copropriété à A. Il en informe B et D. ⁶⁹³

En vertu de l'art. 682 al. 2 2^{ème} phrase CC, le droit de préemption de D ne peut s'exercer que sur la partie de l'immeuble qui est mise à contribution pour l'exercice du droit⁷⁷⁷. Ainsi, si le règlement de copropriété ne prévoit pas un usage exclusif sur la parcelle I pour chaque part de copropriété, la part de copropriété de V est idéale sur l'ensemble de la parcelle, sans que lui soit attribué un droit particulier sur une partie de la parcelle. Dès lors, dans une telle hypothèse, le droit de préemption de D ne pourra pas être exercé⁷⁷⁸. En effet, il ne pourra pas justifier que la part de copropriété de V est mise à contribution pour l'exercice de son droit dans la mesure où la part de copropriété de V n'est pas rattachée à une partie distincte de I. Seul B peut donc exercer son droit de préemption de copropriétaire. ⁶⁹⁴

En revanche, si I fait l'objet d'un règlement de copropriété qui régit précisément son usage, et que l'assiette du droit de superficie est rattachée à la part de copropriété de V, le droit de préemption de D pourra être invoqué individuellement⁷⁷⁹ dans la mesure où la part de copropriété de V contribue à l'exercice du droit de superficie. Ainsi, il y aura concours entre le droit de préemption légal de D et celui de B. Nous ne pensons toutefois pas que dans une telle situation, le droit de préemption de B, en sa qualité de copropriétaire, devrait obligatoirement primer. ⁶⁹⁵

En effet, deux intérêts sont en concours : celui du copropriétaire B qui est d'empêcher que rentre au sein de la communauté une personne qu'il n'aurait pas forcément choisie ; et celui du superficiaire D qui est de réunir la propriété du (des) bâtiment(s) objet(s) du droit de superficie à celle du sol (principe de l'accessio). Or, l'intérêt du copropriétaire peut, selon nous, être facilement respecté en divisant la parcelle I de sorte que la surface sur laquelle se trouve(nt) le(s) bâtiment(s) objet(s) du droit de superficie puisse être propriété de D. Dans l'hypothèse où la division parcellaire ne peut être envisagée, indépendamment de la volonté des parties, alors nous sommes d'avis que le droit de préemption de B doit primer afin d'empêcher que lui soit imposée au sein de la copropriété une personne contre son gré⁷⁸⁰. ⁶⁹⁶

⁷⁷⁷ BALLIF, p. 188 ss. FOËX, *Quelques questions*, p. 11 st. GHANDCHI, p. 146 ss. SIMONIUS/SUTTER II, p. 136. BAK-REY No 15 ad art. 682 CC. Voir supra No 677 ss.

⁷⁷⁸ BALLIF, p. 190 No. 611.

⁷⁷⁹ Voir supra No 166.

⁷⁸⁰ BALLIF, p. 191 No. 613.

2. *Le superficiel en concours avec les copropriétaires du droit de superficie*

⁶⁹⁷ Contrairement à l'exemple ci-dessus, si la parcelle I n'est pas en copropriété, mais propriété de B, alors que le droit de superficie, immatriculé au Registre foncier en un droit distinct et permanent, est propriété de S et V, à raison de moitié chacun, et que V déclare vendre sa part de copropriété du droit de superficie à A, le droit de préemption de B pourra s'exercer en qualité de superficiel, indépendamment de l'existence d'un règlement de copropriété régissant l'utilisation du droit de superficie. En effet, en vertu de l'art. 682 al. 2 1^{ère} phrase CC, le droit de préemption du superficiel n'est pas soumis à la condition que le droit de superficie contribue à l'utilisation de I. Le droit de préemption de B, en tant que superficiel, se retrouvera donc en concours avec le droit de préemption de S, en sa qualité de copropriétaire. Là aussi, nous ne pensons pas que le droit de préemption du copropriétaire primera obligatoirement.

⁶⁹⁸ Ainsi, par exemple, si le droit de superficie fait l'objet de plusieurs bâtiments et que le règlement de copropriété prévoit expressément l'usage d'un ou plusieurs bâtiments en faveur de V, nous pouvons imaginer que le droit de superficie soit divisé, afin que B puisse exercer son droit, et que le principe de l'accessio soit respecté, sans que S se voie obligé d'accueillir au sein de la copropriété une personne qu'il ne désirait pas. Si en revanche, indépendamment de la volonté des parties, le droit de superficie est indivisible, nous sommes d'avis que le droit de préemption de S, en sa qualité de copropriétaire doit primer le droit de B en sa qualité de superficiel.

3. *Le droit de superficie soumis au régime de la propriété par étages*

⁶⁹⁹ Nous avons d'ores et déjà examiné la question de l'exercice du droit de préemption du superficiel lorsqu'il y a aliénation d'une part de copropriété par étages dont fait l'objet le droit de superficie⁷⁸¹.

⁷⁰⁰ Inversement, la question de l'exercice du droit de préemption du superficiel en cas d'aliénation d'une part de copropriété du fonds grevé, constitué en propriété par étages, ne se pose pas. En effet, en vertu de l'art. 675 al. 2 CC, « les divers étages d'une maison ne peuvent être l'objet d'un droit de superficie ». Nous pourrions néanmoins imaginer que la parcelle grevée du droit de superficie fasse également l'objet d'une propriété par étages distincte et indépendante⁷⁸². Néanmoins, dans cette dernière hypothèse, si une part de copropriété par étages venait à être aliénée, le droit de préemption du

⁷⁸¹ Voir supra Nos 463 ss.

⁷⁸² BALLIF, p. 191 No. 614.

superficiare ne pourrait pas s'exercer, en vertu de l'art. 682 al. 2 2^{ème} phrase CC a contrario, dans la mesure où ladite part ne contribue pas à l'exercice du droit de superficie⁷⁸³.

Autre est la question du concours entre le droit de préemption du superficiant et celui du copropriétaire, lorsque il a été prévu dans le cadre de la propriété par étages, conformément à l'art. 712c CC. Selon A. BALLIF⁷⁸⁴, si les copropriétaires par étages prévoient un droit de préemption au sens de l'art. 712c CC, ce dernier devrait, de par sa nature conventionnelle, être primé par le droit de préemption du superficiant. 701

Nous ne partageons pas ce point de vue. En effet, nous ne voyons pas pourquoi il y aurait lieu de faire une distinction entre le droit de préemption dans le cadre d'une copropriété ordinaire, et celui résultant d'une copropriété par étages. La nature de cette dernière ne justifie pas, selon nous, une telle différence. Par ailleurs, nous avons admis que le droit de préemption du copropriétaire permettait d'éviter qu'une personne non désirée puisse entrer dans la communauté des copropriétaires⁷⁸⁵. Ce principe doit être pris en compte d'autant plus, selon nous, si le droit de préemption des copropriétaires d'étages est expressément voulu, contrairement au droit de préemption des copropriétaires qui est imposé par la loi. Finalement, la nature du droit de préemption du copropriétaire par étages est hybride, dans la mesure où certains aspects relèvent du droit légal alors que d'autres du droit conventionnel⁷⁸⁶. Nous admettons donc qu'en matière de rang du droit, le droit de préemption du copropriétaire relève du droit légal et non pas du droit conventionnel. 702

Ainsi, à l'instar de la copropriété ordinaire⁷⁸⁷, selon nous, si la propriété par étages est divisible de sorte que le superficiant peut exercer son droit sans que les copropriétaires par étages soient contraints d'accueillir en leur sein un nouveau membre qu'ils ne souhaitent pas, alors le droit de préemption du superficiant prime. Tel sera le cas s'il s'agit d'une propriété par étages horizontale. Dans le cas contraire, il y a lieu d'admettre que le droit de préemption du copropriétaire par étages primera. 703

⁷⁸³ BALLIF, p. 188 ss. FOËX, *Quelques questions*, p. 11 st. GHANDCHI, p. 146 ss. SIMONIUS/SUTTER II, p. 136. BAK-REY No 15 ad art. 682 CC. Voir supra No 677 ss.

⁷⁸⁴ BALLIF, p. 192 No. 615

⁷⁸⁵ Voir supra No 691. BALLIF, p. 191 No. 613. GHANDCHI, p. 250. BeK-MEIER-HAYOZ, No 29 ad art. 681 CC. SCHNEEBERGER, p. 289.

⁷⁸⁶ Voir supra No 5. BeK-MEIER-HAYOZ, No 2 (note 3) ad art. 682. FOËX, SJ 1994, p. 404 note 159. STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 338 No 1220a.

⁷⁸⁷ Voir supra No 698. BALLIF, p. 191 No. 613.

b) Le concours entre deux ou plusieurs droits de préemption légaux prévus dans la LDFR

⁷⁰⁴ La LDFR régit expressément le concours entre le droit de préemption du copropriétaire, des parents et du fermier. Le droit du copropriétaire ne prime pas forcément⁷⁸⁸. Ainsi, l'art. 49 LDFR indique dans quel ordre le droit de préemption peut être exercé en cas de vente d'une part de copropriété ; d'abord prime le droit des autres copropriétaires qui entendent exploiter l'entreprise eux-mêmes et en paraissent capables (s'il s'agit d'une entreprise agricole, art. 49 al. 1 ch. 1 LDFR) ou tout copropriétaire qui est propriétaire ou dispose économiquement d'une entreprise agricole lorsque l'immeuble se trouve dans le rayon d'exploitation de l'entreprise (s'il s'agit d'un immeuble agricole, art. 49 al. 2 ch. 1 LDFR), ensuite celui du parent et du fermier (art 49 al. 1 ch. 2 et 49 al. 2 ch. 2 LDFR), et finalement le droit des autres copropriétaires au sens de l'art. 682 CC (art. 49 al. 1 ch. 3 et 49 al. 2 ch. 3 LDFR). Par ailleurs, en vertu de l'art. 47 al. 3 LDFR, auquel renvoie l'art. 49 al. 1 ch. 2 et al. 2 ch. 2 LDFR, en cas de concours entre un fermier et un parent, le droit du second prime.

⁷⁰⁵ Ainsi, prenons l'exemple suivant. I, un immeuble faisant partie d'une entreprise agricole, est propriété, à raison de moitié chacun, de V et B. I est par ailleurs affermé en faveur de F. De plus, V a un petit-fils P. V déclare vendre sa part de copropriété de I à A et en informe B, F et P, qui déclarent, tous trois, exercer leur droit de préemption légal.

⁷⁰⁶ La LDFR est applicable en l'espèce, en vertu de l'art. 2 al. 1 LDFR, dans la mesure où I fait partie d'une entreprise agricole. Ainsi, si B répond aux conditions posées par l'art. 49 al. 2 ch. 1 LDFR, son droit primera. Ensuite, si P répond aux conditions prévues à l'art. 42 al. 2 LDFR, son droit primera celui de F, en vertu des art. 49 al. 2 ch. 2 et 47 al. 3 LDFR. Finalement, F pourra exercer son droit légal de préemption de fermier s'il répond aux conditions prévues à l'art. 47 al. 2 LDFR.

⁷⁰⁷ En revanche, si B ne répond pas aux conditions posées par l'art. 49 al. 2 ch. 1 CC, son droit de préemption est fondé sur l'art. 682 al. 1 CC. A ce titre, en vertu de l'art. 49 al. 2 ch. 3 LDFR, son droit sera primé par celui de P, s'il répond aux conditions prévues à l'art. 42 al. 2 LDFR qui primera, en vertu des art. 49 al. 1 ch. 2 et 47 al. 3 LDFR, celui de F, qui ne pourra exercer son droit que si les conditions de l'art. 47 al. 2 LDFR sont respectées.

⁷⁰⁸ Par ailleurs, si ni B ni P ne répondent aux conditions prévues aux articles respectivement 49 al. 2 ch. 1 et 42 al. 2 LDFR, le droit de préemption de F primera celui de B, en vertu des art. 49 al. 1 ch. 2 et 3 LDFR et 682 al. 1 CC, si les conditions de l'art. 47 al. 2 LDFR sont respectées. Si ni B, ni P, ni F ne

⁷⁸⁸ STEINAUER, *Le droit de préemption*, p. 4.

répondent aux conditions prévues aux articles respectivement, 49 al. 2 ch. 1, 42 al. 2 et 47 al. 2 LDFR, alors seul le droit de B pourra être exercé sur la base de l'art. 682 al. 1 CC.

c) Le concours entre deux ou plusieurs droits de préemption légaux prévus dans le CC et dans la LDFR

Demeure finalement la question du concours entre les droits de préemption légaux prévus dans le CC et ceux prévus dans la LDFR. Bien que la solution ne soit pas prévue expressément ni dans le CC ni dans la LDFR, nous pensons qu'elle peut être déduite de la lecture de la loi.

En effet, prenons l'exemple de la parcelle I, propriété, à raison de moitié de B et C, située en zone 5 (villa). Elle fait l'objet d'un droit de superficie, constitué en droit distinct et permanent, en faveur de D et E, à raison d'une moitié chacun. Par ailleurs, le droit de superficie fait l'objet sur l'ensemble de son assiette d'un bâtiment qui fait partie d'une entreprise agricole et donné en affermage à F. Finalement, D a un petit-fils P. D déclare vendre sa part de copropriété du droit de superficie à A. Il en informe E, en sa qualité de copropriétaire, B et C, en leur qualité de superficiants, F, en sa qualité de fermier et P, en sa qualité de descendant. Tous déclarent exercer leur droit de préemption légal⁷⁸⁹.

La vente de la part de copropriété du droit de superficie de D est soumise à la LDFR, dans la mesure où le bâtiment qui repose sur l'intégralité de l'assiette du droit distinct et permanent fait partie d'une entreprise agricole au sens de l'art. 2 al. 1 LDFR. Ainsi, si E répond aux conditions fixées à l'art. 49 al. 2 ch. 1 LDFR, il pourra invoquer le droit de préemption du copropriétaire au sens de cette législation. Ce droit pourra également être invoqué par P s'il remplit les conditions de l'art. 42 al. 2 LDFR. Toutefois, le droit de P sera primé par celui de E en vertu de l'ordre prévu à l'art. 49 al. 2 litt. a et b LDFR.

F pourrait également exercer le droit légal de préemption du fermier, si les conditions prévues à l'art. 47 al. 2 LDFR sont remplies. Néanmoins, ce droit sera primé par le droit de E, ainsi que par celui de P, en vertu de l'ordre d'exercice prévu à l'art. 49 al. 2 litt. a et b LDFR et à l'art. 47 al. 3 LDFR.

Demeurent les droits de préemption de B et C, en leur qualité de superficiants. Ces droits ne relèvent pas de la LDFR mais de l'art. 682 al. 2 CC. Ils devront s'exercer proportionnellement au droit de chacun⁷⁹⁰, et seront primés par les droits de préemption de E, P et F, en vertu de l'art. 49 al. 2 ch. 3 LDFR.

⁷⁸⁹ Un tel exemple est, selon nous, un cas d'école.

⁷⁹⁰ GHANDCHI, p. 150. Voir supra No 669.

- ⁷¹⁴ Si en revanche, E ne remplit pas les conditions prévues à l'art. 49 al. 2 ch. 1 LDFR, il ne pourra invoquer que le droit de préemption du copropriétaire du droit de superficie au sens de l'art. 682 al. 1 CC. A ce titre, en vertu de l'ordre d'exercice prévu à l'art. 49 al. 2 LDFR, son droit sera primé par celui de P, à la condition que ce dernier réponde aux conditions prévues à l'art. 42 al. 2 LDFR. F pourra également exercer son droit de préemption du fermier, au sens de l'art. 47 al. 2 LDFR, qui sera primé par le droit de préemption de P, en vertu de l'art. 47 al. 3 LDFR, mais primera le droit de préemption de E, en vertu de l'art. 49 al. 2 ch. 3 LDFR.
- ⁷¹⁵ Restera à régler le concours entre E, B et C. En effet, dans la mesure où E ne répond pas aux conditions de l'art. 49 al. 2 ch. 1 LDFR, seul le droit de préemption du copropriétaire peut lui être appliqué au sens de l'art. 682 al. 1 CC. Ainsi, les règles du CC s'appliqueront.
- ⁷¹⁶ Dès lors, le concours entre E, B et C se règlera au regard de la nature du droit de superficie. Si ce dernier est divisible de sorte que le principe de l'accessio puisse être respecté afin que B et C exercent leur droit sans que E soit contraint, à contre cœur, de les accepter au sein de la communauté⁷⁹¹, alors le droit de B et C primera celui de E. Dans le cas contraire, E pourra exercer son droit. Finalement, B et C, en leur qualité de superficiaires, exerceront leur droit proportionnellement à leur part de copropriété (art. 682 al. 1 2^{ème} phrase CC)⁷⁹².
- ⁷¹⁷ Finalement, si la vente ne porte pas sur le droit de superficie mais sur la parcelle I par B à A, l'opération ne sera pas soumise à la LDFR, dans la mesure où elle porte sur un immeuble en zone 5 (villa) et non pas sur le droit de superficie faisant partie d'une entreprise agricole.
- ⁷¹⁸ Ainsi, pour départager C, en sa qualité de copropriétaire, et D et E, en leur qualité de superficiaires, il y a lieu d'examiner si la parcelle est divisible de sorte que le principe de l'accessio puisse être respecté afin que D et E exercent leur droit sans que C soit contraint, à contrecœur, de les accepter au sein de la communauté⁷⁹³. Si tel est le cas, les droits de D et E primeront. Dans le cas contraire, C pourra exercer son droit.
- ⁷¹⁹ Quant aux droits de F et P, qui résultent de la LDFR, ils ne pourront pas s'exercer dans la mesure où la vente n'est pas soumise à cette loi puisqu'elle ne porte pas sur un immeuble faisant partie d'une entreprise agricole, mais sur une part de copropriété d'une parcelle en zone 5 (villa).

⁷⁹¹ Voir supra No 698.

⁷⁹² Supra No 669. GHANDCHI, p. 150.

⁷⁹³ Voir supra No 691. BALLIF, p. 191 No. 613. GHANDCHI, p. 250. BeK-MEIER-HAYOZ, No 29 ad art. 681 CC. SCHNEEBERGER, p. 289. STEINAUER, *Le droit de préemption*, p. 4.

V. Le concours avec les autres droits légaux d'acquisition prioritaire

Tant le CC que la LDFR prévoient des droits légaux d'acquisition prioritaire.⁷²⁰ Tel est le cas des art. 219 al. 1, 612a al. 1CC ainsi que des art. 11 et 36 ss LDFR qui prévoient un droit légal d'attribution, et de l'art. 25 ss LDFR qui prévoit un droit d'emption des parents. Néanmoins, ces droits légaux d'attribution ne peuvent se trouver en concours avec un droit de préemption dans la mesure où ils ne peuvent être exercés que dans le cadre d'un partage, matrimonial, successoral voire de copropriété, qui ne sont pas des cas de préemption dans la mesure où l'attribution dans un partage est intimement liée à la personne de l'attributaire, ce qui empêche l'exercice du droit de préemption conformément au Message du Conseil fédéral⁷⁹⁴.

⁷⁹⁴ *Message*, p. 1017.

VI. Le concours avec les autres droits portés au Registre foncier

721 Concernant le concours avec les autres droits inscrits au Registre foncier, il y a lieu de distinguer le droit de préemption légal, le droit de préemption non annoté au Registre foncier et celui annoté.

722 Concernant le droit de préemption légal, dans la mesure où il n'est pas indiqué au Registre foncier, il ne prend pas rang. Ainsi, lorsque le préempteur exerce son droit, il prendra l'immeuble avec tous les droits qui auraient été inscrits au Registre foncier antérieurement à sa propriété ; de même pour le droit de préemption conventionnel non annoté. En effet, tant que la propriété du préempteur n'est pas inscrite au Registre foncier, le préempteur ne peut opposer au tiers de bonne foi son droit. Il devra donc tolérer toute inscription de droit qui sera intervenue au Registre foncier antérieurement à l'inscription de sa propriété. Néanmoins, tant pour le droit légal que pour le droit conventionnel non annoté, demeurent réservés tous dommages et intérêts dus au préempteur par le vendeur qui aurait requis une inscription au Registre foncier postérieurement à la déclaration d'exercice du droit du préempteur.

723 Concernant le droit de préemption conventionnel annoté au Registre foncier, ce droit est opposable à tout droit acquis postérieurement sur l'immeuble au sens de l'art. 959 al. 2 CC. La question est de savoir dans quelle mesure le préempteur pourrait s'opposer à un droit inscrit au Registre foncier sur l'immeuble postérieurement à l'annotation de son droit.

724 Ainsi, il y a lieu de s'interroger sur les effets de l'annotation. Il est reconnu deux effets à cette dernière : l'effet typique (la restriction du pouvoir de disposer du propriétaire) ; et l'effet de rattachement propter rem. En l'espèce, il y a lieu de s'intéresser au premier de ses effets.

725 Ainsi, l'effet typique permet au bénéficiaire du droit annoté au Registre foncier d'opposer ce dernier à toute acquisition postérieure à l'annotation, ainsi qu'à tout droit réel limité, ou toute restriction du pouvoir de disposer inscrit, voire annoté, au Registre foncier postérieurement à son droit⁷⁹⁵. En particulier, en cas de constitution d'un droit réel limité, il y a lieu d'appliquer par analogie l'art. 812 CC⁷⁹⁶. Il y a donc lieu d'examiner de cas en cas si la constitution du droit réel limité porte préjudice au bénéficiaire du droit annoté.

726 P.-H. STEINAUER distingue « selon que le droit de préemption est limitatif ou non :

⁷⁹⁵ STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 220, Nos 799 ss. Demeurent réservées les annotations atypiques.

⁷⁹⁶ STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 221, No 804.

- si le droit n'est pas limitatif, l'existence des droits constitués postérieurement au droit de préemption réduira normalement le prix que le tiers acquéreur offrira pour l'immeuble et, par conséquent, celui que le préempteur devra payer. On présumera donc plutôt que le préempteur n'est pas lésé par ces droits, mais il n'est pas exclu que certains droits (par exemple des servitudes) lui causent malgré tout un préjudice ; [...]

- si au contraire le droit est limitatif, le préempteur sera en principe lésé par tous les droits postérieurement constitués qui réduisent la valeur de l'immeuble. [...] »⁷⁹⁷.

Nous partageons ce point de vue. Néanmoins, selon nous la difficulté en pratique sera de déterminer s'il existe un préjudice et de le chiffrer. Quels critères prendre en compte ? Prenons les exemples suivants :

a) V est propriétaire de la parcelle I. V confère, sur sa parcelle et pour le prix de Fr. 800'000, un droit de préemption à P annoté au Registre foncier. P souhaite acquérir ce bien pour y ouvrir une pizzeria, sans toutefois en informer V. Quelque temps plus tard, V constitue avec le propriétaire du fonds voisin une servitude réciproque interdisant d'exploiter sur les deux parcelles tout restaurant, auberge, débit de boisson, hôtel, et plus généralement tout établissement affecté à une exploitation commerciale de la parcelle. Grâce à cette nouvelle servitude, A accepte d'acquérir la parcelle pour le prix de Fr. 1'200'000.

Dans le cas d'espèce, quel est le préjudice subi par P suite à la constitution de la servitude ? En effet, manifestement, la servitude constituée est contraire à l'affectation qu'il envisageait de la parcelle. Néanmoins, V était de bonne foi puisqu'il n'avait pas été informé du projet de P. Par ailleurs, ce dernier acquiert une parcelle pour le prix de Fr. 800'000 alors que sa valeur vénale est de Fr. 1'200'000.

b) Inversement, V confère à P un droit de préemption non qualifié sur la parcelle I estimée à une valeur vénale de Fr. 800'000. P souhaite acquérir la parcelle en vue de construire un hangar. V en est informé. Quelques temps plus tard, P obtient du propriétaire de la parcelle voisine de constituer au profit de I une servitude de vue, lui garantissant ainsi un certain dégagement. Cette servitude a été constituée moyennant le paiement d'un prix de Fr. 200'000. Toutefois, elle a permis d'augmenter la valeur vénale de I à Fr. 1'500'000, prix que A est prêt à verser pour l'acquisition de la parcelle.

En l'espèce, P subit-il un préjudice, suite à la constitution de la servitude ? Il est au bénéfice d'un droit de préemption non qualifié. A ce titre, il ne peut exercer son droit qu'au prix convenu avec le tiers. Néanmoins V a délibérément augmenté le prix de la parcelle en constituant une servitude de

⁷⁹⁷ STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 144, Nos 1727 ss.

vue qui ne sert à rien à P qui souhaite acquérir I pour y construire un hangar. V le savait. On ne peut toutefois pas lui reprocher de vouloir mettre en valeur sa parcelle pour optimiser le prix de vente.

⁷³⁴ Ces deux exemples montrent bien que la constitution d'un droit postérieur peut engendrer un préjudice que le droit de préemption soit limitatif ou pas. La difficulté en pratique est de déterminer ce préjudice et de le quantifier. Il appartiendra au préempteur d'apporter la preuve du préjudice, ce qui ne sera pas aisé.

VII. Le concours entre le droit de préemption relevant du droit public et celui relevant du droit privé

Bien que l'objet de notre thèse porte sur l'exercice du droit de préemption au regard du droit privé, nous souhaiterions aborder brièvement une problématique qui, dans la pratique, peut se rencontrer. En effet, comment régler le concours entre l'exercice d'un droit légal relevant du droit public et celui relevant du droit privé ? ⁷³⁵

Si ce dernier relève du droit fédéral, il semble clair que le droit public devrait primer le droit privé. En effet, un intérêt privé ne saurait primer un intérêt public. En revanche, si le droit de préemption relève du droit public cantonal, primera-t-il forcément le droit privé fédéral ? ⁷³⁶

Si le concours concerne un droit conventionnel et un droit légal public cantonal, devrait avoir lieu une pesée des intérêts. En effet, si l'art. 681 al. 3 CC prévoit expressément qu'un droit légal privé prime un droit conventionnel, la priorité du droit public cantonal sur le droit privé conventionnel ne va pas de soi. En effet, il y aura lieu d'examiner le but poursuivi par la législation cantonale, et analyser si ce dernier doit être privilégié par rapport à l'intérêt du préempteur d'un droit conventionnel. ⁷³⁷

Qu'en est-il si le concours concerne un droit légal privé fédéral et un droit légal public cantonal ? L'art. 6 CC réserve expressément la compétence du canton en matière de droit public. A ce titre, la législation cantonale devrait expressément régler un tel concours. Néanmoins, si tel n'était pas le cas ? ⁷³⁸

Le droit de préemption légal de droit public cantonal se trouve souvent dans les législations relatives à l'aménagement du territoire. Un tel droit en concours avec le droit de préemption légal du copropriétaire, voire du superficiel ou du superficiaire, devrait être primé. En effet, nous ne voyons pas l'intérêt pour la collectivité publique, en matière d'aménagement du territoire, d'acquérir une part de copropriété, la propriété d'un bâtiment sans la propriété de la parcelle ou inversement, même si dans certains cas cela pourrait se justifier. ⁷³⁹

En matière de LDFR, le conflit d'intérêt est encore plus difficile à trancher. Ainsi, en cas de concours entre un droit de préemption d'un parent (art. 42 ss LDFR), ou d'un fermier (art. 47 ss LDFR), avec un droit de préemption légal de droit public cantonal en matière d'aménagement du territoire, lequel des droits prime ? ⁷⁴⁰

En effet, hormis l'intérêt privé du parent ou du fermier d'exercer son droit, il y a également l'intérêt public d'assurer en Suisse une population paysanne forte et une agriculture productive, conformément à l'un des buts énoncé à ⁷⁴¹

l'art. 1 al. 1 ch. 1 LDFR⁷⁹⁸, qui se trouve en concours avec l'intérêt public de la collectivité en matière d'aménagement du territoire.

⁷⁴² Nous pensons que l'intérêt public en matière d'aménagement du territoire devrait primer. Toutefois, nous laissons la question ouverte, sans l'approfondir, dans la mesure où cela ne concerne pas directement notre sujet de thèse.

⁷⁹⁸ DONZALLAZ, *Traité*, p. 84 Nos 1792 ss, p. 88 No 1799 ss et p. 95 No 1812 ss.

G. L'EXERCICE DU DROIT DE PRÉEMPTION AU REGARD DE LA POURSUITE POUR DETTES ET LA FAILLITE

Dans l'ordre juridique suisse, le recouvrement de créance pécuniaire relève du droit de l'exécution forcée qui est régi par la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite et sa réglementation d'exécution⁷⁹⁹. Ce droit a pour but de garantir une mainmise officielle sur tout ou partie du patrimoine du débiteur, afin de le réaliser et désintéresser les créanciers de ce dernier. Ainsi, le droit de l'exécution forcée relève du droit public. Il obéit « à une logique propre, affranchie des règles d'interprétation du droit matériel »⁸⁰⁰.

Concernant l'exercice du droit de préemption, l'article 681 al. 1 CC prévoit expressément que « les droits de préemption légaux peuvent aussi être exercés en cas de réalisation forcée, mais seulement lors des enchères mêmes et aux conditions de l'adjudication », alors que l'article 216c al. 2 CC l'exclut pour le droit conventionnel⁸⁰¹. Ces deux dispositions visent l'hypothèse de l'exercice, ou non, du droit de préemption lors de la vente aux enchères d'un immeuble.

Néanmoins, quels sont les droits du préempteur pendant la procédure d'exécution forcée de l'immeuble ? Prenons l'exemple suivant : X est propriétaire de la parcelle I qui fait l'objet d'un droit de préemption conventionnel annoté au Registre foncier en faveur de P. X vend la parcelle I à A, et immédiatement notifie le cas de préemption à P. Avant de transférer au Registre foncier la propriété à A, X fait l'objet d'une mesure d'exécution forcée, alors que le délai de 3 mois pour l'exercice du droit de préemption de P n'est pas expiré. P pourrait-il encore exercer son droit, alors que I fait l'objet d'une restriction du droit d'aliéner annotée au Registre foncier (art. 960 al. 1 ch. 2 CC) ?

Par ailleurs, l'art. 681 CC s'applique-t-il uniquement à la vente aux enchères, ou également à la vente de gré à gré ordonnée par l'autorité chargée de l'exécution forcée ?

Finalement, concernant le droit légal, qu'en est-il de l'exercice du droit de préemption au regard des articles 42 ss LDFR ? Le droit du parent, peut-il être exercé durant les enchères à la valeur de rendement s'il s'agit d'une entreprise agricole, ou au double de celle-ci s'il s'agit d'un immeuble agricole (art. 44 al. 6 et 7 LDFR) ? Qui examinera les conditions matérielles du droit ?

⁷⁹⁹ RS 281

⁸⁰⁰ COLOMBARA, p. 299 No 448.

⁸⁰¹ Principes repris à l'art. 51 al. 1 ORFI.

748 Pour répondre à ces questions, nous nous proposons d'abord d'examiner le droit du préempteur dans le cadre d'une procédure de réalisation forcée (I). Nous poursuivrons par la question de l'exercice du droit de préemption sur un immeuble durant la procédure de réalisation forcée (II), et celle de la vente de gré à gré (III), ainsi que le cas particulier de l'exercice du droit de préemption au regard de la LDFR (IV) . Nous terminerons par une synthèse (V).

I. Le droit du préempteur dans le cadre d'une procédure de réalisation forcée

749 Avant de procéder à la réalisation forcée d'un immeuble, faisant l'objet d'une mesure d'exécution forcée, l'Office des Poursuites doit procéder à la publication des enchères (art. 35 LP), au moins 1 mois avant les enchères (art. 138 al. 1 LP), sommant ainsi les créanciers et autres intéressés de faire valoir leurs droits sur l'immeuble, dans un délai de 20 jours (art. 138 al. 3 LP). Une fois ce délai expiré, le Préposé établit l'état des charges sur la base des inscriptions au Registre foncier et des productions reçues suite aux publications (art. 140 al. 1 LP)⁸⁰², qu'il communique aux intéressés en leur impartissant un délai de 10 jours pour faire valoir leurs éventuelles oppositions. Ces dernières ouvrent la procédure d'épuration de l'état des charges au sens des art. 106 ss LP (art. 140 al. 2 LP). Après l'épuration, sont publiées les conditions définitives des enchères (art. 134 LP, 45 ORFI)⁸⁰³, dont l'état des charges constitue une annexe (art. 45 al. 2 ORFI)⁸⁰⁴.

750 L'adjudicataire peut se référer de bonne foi⁸⁰⁵ au contenu de l'état des charges, auquel doivent se référer les conditions de vente (art. 45 al. 2 ORFI). Il permet de connaître les charges qui seront déléguées au terme de l'adjudication⁸⁰⁶. Concernant le droit de préemption, il y a lieu de distinguer entre le droit légal et le droit conventionnel, annoté ou pas.

751 Ainsi, en vertu des art. 681 al. 1 CC et 60a al. 1 ORFI, les droits de préemption légaux peuvent être exercés pendant les enchères mêmes et aux conditions de l'adjudication. « Si le droit de préemption légal n'est pas exercé lors de la réalisation forcée, et s'il ne s'épuise pas par le premier cas, il survit à la vente et oblige l'adjudicataire. Un droit de préemption qui s'épuise par le

⁸⁰² STOFFEL/CHABLOZ, p. 179 No 171.

⁸⁰³ STOFFEL/CHABLOZ, p. 179 No 172.

⁸⁰⁴ CoRo-PIOTET No 14 ad art. 140 LP.

⁸⁰⁵ CoRo-PIOTET No 2 ad art. 140 LP.

⁸⁰⁶ STOFFEL/CHABLOZ, p. 179 No 173.

premier cas est un droit qui résulte des relations spéciales de son bénéficiaire avec le propriétaire actuel (par exemple art. 42 LDFR) »⁸⁰⁷.

Quant au droit de préemption conventionnel, qui ne peut pas être exercé⁷⁵² lors de la vente aux enchères (art. 216c al. 2 CO et art. 51 al. 1 ORFI), il fera partie de l'état des charges, et sera ainsi délégué à l'adjudicataire, sous réserve d'une procédure de double mise à prix, s'il est annoté (art. 51 al. 2 ORFI) ; dans le cas contraire, il ne pourra pas être mentionné dans l'état des charges, de sorte qu'il ne sera pas opposable à l'adjudicataire et s'éteindra après la réalisation forcée⁸⁰⁸.

⁸⁰⁷ MARCHAND, *Poursuite*, p. 102.

⁸⁰⁸ GILLIERON LP, p. 253 No 1315. MARCHAND, *Poursuite*, p. 102.

II. L'exercice du droit de préemption sur un immeuble durant la procédure de réalisation forcée

⁷⁵³ Si la loi définit clairement qu'en cas de réalisation forcée l'exercice du droit de préemption légal peut avoir lieu aux conditions de l'adjudication (art. 681 al. 1 CC), et est exclu en cas de droit de préemption conventionnel (art. 216c al. 2 CO), elle est en revanche muette quant à l'exercice du droit de préemption, légal ou conventionnel, qui aurait lieu durant la procédure d'exécution forcée mais avant la vente aux enchères.

⁷⁵⁴ Néanmoins, dans le cadre de l'exercice d'un droit d'emption, selon le Tribunal fédéral « des mesures du droit des poursuites, qui sont ordonnées après l'annotation d'un droit d'emption, ne compromettent pas la situation du titulaire du droit d'emption et, notamment, elles ne s'opposent pas à un changement de mains à la suite de l'exercice du droit d'emption. Les déclarations que le sujet passif du droit d'emption doit faire en vue de l'inscription au Registre foncier (art. 963 al. 1 CC) ne tombent pas sous le coup d'une restriction du droit d'aliéner annotée pour sauvegarder la réalisation du gage »⁸⁰⁹.

⁷⁵⁵ Par ailleurs, notre Haute Cour a également précisé que « la protection que confère à un droit d'emption son annotation ne prend pas fin lors de la déclaration d'exercice de ce droit. En tant qu'il s'agit de la protection conférée par l'annotation, le droit d'emption n'est considéré comme exercé qu'au moment où le bénéficiaire, qui a exercé son droit, est inscrit comme propriétaire au Registre foncier »⁸¹⁰.

⁷⁵⁶ Finalement, dans le cadre de l'exercice d'un droit d'emption, après l'annotation au Registre foncier d'un séquestre, le Tribunal fédéral a admis que si « ensuite de l'exercice du droit d'emption annoté par le titulaire, l'immeuble échappe au séquestre (art. 959 al. 2 CC), [le séquestre] ne peut plus porter que sur la créance du propriétaire en paiement du prix de vente ; le titulaire du droit d'emption annoté, qui a connaissance du séquestre par la restriction du droit d'aliéner annotée au registre foncier, est responsable de ce que le prix de vente revienne au créancier, respectivement à l'office des poursuites, sous déduction des dettes hypothécaires antérieures au séquestre. [...] L'empteur peut obtenir la restriction du droit d'aliéner fondée sur le séquestre en versant à l'office des poursuites la part du prix de vente qui n'a pas été éteinte par la reprise des dettes hypothécaires existant avant le séquestre »⁸¹¹.

⁸⁰⁹ ATF 114 III 18 = JdT 1990 II 60. Dans ce sens également ATF 128 III 124 = JdT 2002 II 51, ATF 5A_839/2009 = SJ 2010 p. 253.

⁸¹⁰ ATF 114 III 18 = JdT 1990 II 60.

⁸¹¹ ATF 5A_839/2009 = SJ 2010 p. 253.

Ainsi, notre Haute Cour admet que le droit d'emption non seulement peut être exercé pendant la procédure d'exécution forcée, mais également que le transfert de propriété au Registre foncier en faveur de l'empteur peut être requis par le propriétaire de l'immeuble grevé, la protection rattachée à l'annotation du droit d'emption au Registre foncier déployant ses effets jusqu'au transfert de propriété de l'immeuble au nom de l'empteur. Elle reconnaît toutefois qu'il appartient à l'empteur de payer le prix de vente en mains de l'Office des poursuites, afin d'obtenir la radiation de l'annotation de la restriction du droit d'aliéner. ⁷⁵⁷

A la lecture de ces jurisprudences, nous constatons que l'exercice du droit d'emption sur un immeuble durant la procédure d'exécution forcée est étroitement lié au pouvoir de disposer du débiteur, propriétaire de l'immeuble, et à la protection que confère l'annotation du droit au Registre foncier, dans le cadre de la procédure. Nous nous proposons donc d'examiner ces jurisprudences, en nous arrêtant tout d'abord sur les discussions doctrinales qu'elles ont suscitées (a). Nous analyserons ensuite, au regard de la procédure d'exécution forcée, le pouvoir de disposer du débiteur (b), les effets de l'exercice du droit d'emption et de son annotation au Registre foncier (c), et finalement l'application par analogie de ces jurisprudences au droit de préemption (d). ⁷⁵⁸

a) Les discussions doctrinales relatives à la jurisprudence du Tribunal fédéral

J. SCHMID, A. STAEHELIN et P.-H. STEINAUER⁸¹² approuvent la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle une mesure d'exécution forcée n'empêche pas l'exercice du droit d'emption, et le transfert de propriété au Registre foncier en faveur de l'empteur, contrairement à V. DEFAGO GAUDIN, P.-R. GILLIERON, et A. COLOMBARA⁸¹³. ⁷⁵⁹

Ainsi, V. DEFAGO GAUDIN n'admet pas que le transfert de propriété en faveur de l'empteur puisse être requis au Registre foncier par le propriétaire de l'immeuble, postérieurement à l'annotation de la saisie. Elle considère cet acte de disposition comme nul au sens de l'art. 96 al. 2 LP⁸¹⁴. Cet auteur n'examine toutefois pas le sort de la créance en transfert de propriété de l'empteur. Elle réserve par ailleurs la possibilité que le transfert de propriété s'effectue par le propriétaire moyennant l'accord de l'office et le paiement du ⁷⁶⁰

⁸¹² BaK-SCHMID No 6 ad art. 959 CC. STAEHELIN, p. 76. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 135 No 1710a.

⁸¹³ DEFAGO GAUDIN, p. 54 No 189. GILLIERON NOTE 1990, p. 62. COLOMBARA, p. 410 No 642.

⁸¹⁴ DEFAGO GAUDIN, p. 54 Nos 188 et st.

prix de vente en mains du même office, en se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁸¹⁵.

761 P.-R. GILLIÉRON également n'admet pas que le transfert de propriété au Registre foncier en faveur de l'empteur, requis par le propriétaire de l'immeuble, postérieurement à l'annotation d'une restriction du droit de disposer résultant d'une mesure d'exécution forcée, puisse être opposé ni aux créanciers du débiteur ni à l'adjudicataire, compte tenu de la mainmise officielle et du dessaisissement du débiteur de son droit de propriété⁸¹⁶. Il refuse par ailleurs à l'empteur, dans le cadre de l'épuration de l'état des charges, toute protection rattachée à l'annotation du droit qui, selon lui, s'est éteinte par l'exercice du droit d'emption, sous réserve d'une procédure de double mise à prix (art. 42 ORFI)⁸¹⁷.

762 Pour A. COLOMBARA, la créance en transfert de propriété de l'empteur suite à la déclaration d'exercice du droit⁸¹⁸ ne peut être exécutée qu'avec l'accord des créanciers et le paiement du prix de vente en mains de l'office des poursuites, pour la saisie, ou dépend d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration dans le cadre de la faillite (art. 211 al. 2 LP). Si la créance n'est pas exécutée, cet auteur refuse par ailleurs à l'empteur, dans le cadre de l'épuration de l'état des charges, toute protection rattachée à l'annotation du droit qui, selon lui, s'est éteinte par l'exercice du droit d'emption⁸¹⁹.

763 Quant à D. PIOTET, s'il approuve la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle le droit d'emption peut être exercé dans une procédure d'exécution forcée, il admet toutefois que le transfert de propriété ne pourra avoir lieu. Ainsi, « exercé après la saisie ou la faillite, le droit formateur engendre une obligation de remettre l'immeuble qui est déléguée à l'adjudicataire : les conditions de vente doivent attirer l'attention de l'adjudicataire sur cette situation, car l'enchère ne portera économiquement en définitive que sur la contre-prestation due éventuellement par le titulaire du droit annoté qui a déclaré vouloir l'exercer »⁸²⁰.

764 Ainsi, nous constatons que la doctrine, à l'instar de la jurisprudence, est tiraillée entre le pouvoir de disposer du débiteur et la protection que confère l'annotation du droit au Registre foncier.

⁸¹⁵ ATF 128 III 124 = JdT 2002 II 51.

⁸¹⁶ GILLIERON NOTE 1990, p. 63 et st.

⁸¹⁷ GILLIERON RDS 1984, p. 577.

⁸¹⁸ COLOMBARA, p. 415 No 652.

⁸¹⁹ COLOMBARA, p. 433 Nos 687 et st.

⁸²⁰ CoRo-PIOTET No 22 ad art. 135 LP.

b) Le pouvoir de disposer du débiteur au regard du droit sur l'exécution forcée

Le pouvoir de disposer du débiteur est traité à l'art. 96 LP pour la saisie, et à l'art. 204 LP pour la faillite. Nous nous proposons d'examiner l'étendue de ces deux dispositions. ⁷⁶⁵

Par ailleurs, concernant les procédures concordataires, le pouvoir de disposer du débiteur est traité à l'art. 298 al. 2 LP. Néanmoins, pour l'application de cette disposition, la doctrine⁸²¹ déclare applicable par analogie à l'art. 204 LP. Nous faisons de même. Quant au séquestre, l'art. 275 LP renvoie expressément à l'art. 96 LP. ⁷⁶⁶

Finalement, la question du pouvoir de disposer du débiteur ne se pose pas dans la poursuite en réalisation de gage. En effet, l'objet garantissant la créance du poursuivant est défini par le gage⁸²². En particulier, l'annotation de la restriction du droit d'aliéner prévue à l'article 90 al. 1 ORFI n'a pas pour but de restreindre le pouvoir de disposer du poursuivi, mais de se protéger contre la bonne foi d'un tiers. Ainsi, une poursuite en réalisation de gage en cours sera opposable à tout nouveau acquéreur de l'immeuble faisant l'objet de la réalisation, sans qu'un commandement de payer doive lui être notifié⁸²³. ⁷⁶⁷

1. L'étendue de l'art. 96 LP

L'article 96 al. 1 LP « interdit au débiteur, sous menace des peines prévues par la loi (art. 169 CP), de disposer des biens saisis sans la permission du préposé [...] ». L'interdiction faite au débiteur vise l'acte de disposition, à l'exclusion de tous actes générateurs d'obligations⁸²⁴. « L'acte de disposition (Verfügungsgeschäft) est l'acte juridique par lequel un droit subjectif est (directement) transféré, constitué ou éteint ; il diminue les actifs du patrimoine de celui qui dispose de son droit »⁸²⁵. En matière immobilière, l'acte de disposition a lieu lorsque le propriétaire d'un immeuble requiert le Conservateur du Registre foncier de constituer ou de transférer un droit sur son immeuble⁸²⁶. ⁷⁶⁸

⁸²¹ AMONN/WALTHER, p. 509 No 42. DEFAGO GAUDIN, p. 95 No 351. GILLIERON LP, p. 476. LORANDI, p. 77. MARCHAND, *La procédure concordataire*, p. 15. STOFFEL, p. 352. SchKG-VOLLMAR III, No 14 ad art. 298 LP.

⁸²² DEFAGO GAUDIN, p. 95 No 351.

⁸²³ COLOMBARA, p. 389 No 603. DEFAGO GAUDIN, p. 64 No 228.

⁸²⁴ DEFAGO GAUDIN, p. 43 No 143. CoRo-DE GOTTRAUX No 11 ad art. 96 LP. SchKG II-Foëx No 26 ad art. 96. GILLIERON COMMENTAIRE, No 26 ad art. 96. En cas d'exercice du droit de préemption, voir infra No 808.

⁸²⁵ VAN DE SANDT, p. 19 No 70, ainsi que les références citées par cet auteur.

⁸²⁶ DEFAGO GAUDIN, p. 41 No 138. STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 257 No 711.

- 769 La saisie entraîne une restriction du pouvoir de disposer (art. 101 al. 1 LP) du saisi qui peut être annotée au Registre foncier (art. 960 al. 1 ch. 2 CC). Cette annotation est déclarative⁸²⁷. Elle n'entraîne pas de blocage du Registre foncier⁸²⁸, mais déploie deux effets. Tout d'abord, elle évite que tout tiers de bonne foi puisse, au moment de son acquisition, se prévaloir de l'ignorance de la saisie sur l'immeuble; elle permet ensuite au créancier saisissant de s'opposer à toute inscription prise au Registre foncier postérieurement à l'annotation de la saisie⁸²⁹.
- 770 Selon l'article 96 al. 2 LP, « les actes de disposition accomplis par le débiteur sont nuls dans la mesure où ils lèsent les droits que la saisie a conférés aux créanciers ». Demeure réservée la responsabilité pénale du débiteur au sens de l'art. 169 CP que prévoit expressément l'art. 96 al. 1 LP.
- 771 Selon le Tribunal fédéral, « les actes de disposition du débiteur sont nuls dans la mesure où ils lèsent les droits que la saisie a conférés aux créanciers. Cette prescription, que le législateur a insérée ultérieurement, a rendu clair que le débiteur saisi – et par conséquent le débiteur séquestré même – n'est pas limité dans sa capacité de disposer de façon générale, mais seulement eu égard aux créanciers saisissants, respectivement séquestrants. Ce n'est qu'à l'égard de ces derniers que les actes de disposition sont nuls [...] »⁸³⁰. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, les actes de disposition effectués par le débiteur après la saisie sont nuls uniquement à l'égard des créanciers saisissants.
- 772 Néanmoins, dans une jurisprudence postérieure, le Tribunal fédéral, comme nous l'avons vu, a admis que des mesures de poursuite ne restreignent pas le pouvoir d'aliéner du propriétaire, de sorte qu'elles n'empêchent pas le transfert de propriété de l'immeuble par le propriétaire débiteur à la suite de l'exercice d'un droit d'emption⁸³¹. Dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a par ailleurs rappelé qu'il appartenait à l'empteur de payer le prix de vente à l'Office des poursuites en vue d'obtenir la radiation de l'annotation de la restriction du droit d'aliéner⁸³².
- 773 La doctrine quant à elle est partagée. Pour V. DEFAGO GAUDIN, N. DE GOTTRAU, ainsi que pour B. FOEX, qui se fondent sur une interprétation littérale du texte légal, sont nuls à l'égard des créanciers saisissants les actes de disposition faits par le débiteur après l'exécution de la saisie⁸³³.

⁸²⁷ FOEX, FJS, p. 9. CoRo-JEANDIN/SABETI, No 8 ad art. 101. SchKG II-LEBRECHT No 6 ad art. 101. SIMONIUS/SUTER, p. 236. STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 277 No 784.

⁸²⁸ Art. 961a CC. GILLIERON COMMENTAIRE, No 10 ad art. 101. CoRo-JEANDIN/SABETI, No 8 ad art. 101.

⁸²⁹ DEFAGO GAUDIN, p. 52 No 185.

⁸³⁰ ATF 113 III 34 = JdT 1989 II 101.

⁸³¹ ATF 114 III 18 = JdT 1990 II 60. Dans ce sens également ATF 128 III 124 = JdT 2002 II 51, ATF 5A_839/2009 = SJ 2010 p. 253.

⁸³² ATF 5A_839/2009 = SJ 2010 p. 253.

⁸³³ DEFAGO GAUDIN, p. 49 No 171. CoRo-DE GOTTRAU No 13 ad art. 96 LP. FOEX, FJS, p. 8.

Pour C. JAEGER, H. U. WALDER, T. KULL et M. KOTTMANN, il y a nullité relative⁸³⁴, alors que pour P.-R. GILLIERON, S. MARCHAND et W. STOFFEL, il y a simplement inopposabilité au créancier saisissant d'un acte civilement valable⁸³⁵. 774

Quant à nous, la jurisprudence du Tribunal fédéral nous semble contradictoire. En effet, comment peut-on admettre d'une part que l'acte de disposition est nul à l'égard du créancier, tout en admettant d'autre part que les mesures d'exécution forcée n'empêchent pas le transfert de propriété de l'immeuble ? 775

Par ailleurs, l'art. 96 al. 2 LP conditionne expressément la nullité de l'acte s'il lèse « les droits que la saisie a conférés aux créanciers », notamment « le droit de requérir dans les délais légaux la réalisation des biens saisis (art. 116 al. 1 LP) »⁸³⁶. Ainsi, si le créancier saisissant ne requiert pas la réalisation de l'immeuble dans les 2 ans qui suivent la saisie (art. 116 al. 2 LP), l'acte de disposition du débiteur reste valable au sens de l'art. 96 al. 2 LP a contrario. 776

Ensuite, la saisie n'a pas pour effet de bloquer le Registre foncier (art. 961a CC)⁸³⁷. Ainsi, si le législateur avait voulu une solution aussi extrême que la nullité de l'acte de disposition, pourquoi n'a-t-il pas prévu pour la saisie l'effet radical du blocage du Registre foncier ? 777

Nous rejoignons donc l'opinion de P.-R. GILLIERON, S. MARCHAND et W. STOFFEL, selon laquelle l'acte de disposition du débiteur n'est pas nul mais inopposable au créancier saisissant au sens de l'art. 96 al. 2 LP⁸³⁸. Ainsi, le créancier, dès qu'il a connaissance de l'acte de disposition, est libre de s'y opposer en faisant constater que l'acte lèse les droits que la saisie lui a conférés, et ainsi demander la réalisation du bien immobilier. Si tel est le cas, l'acte lui sera inopposable et le bien immobilier sera réalisé ; dans le cas contraire, il lui sera opposable. Néanmoins, à aucun moment la validité de l'acte aura été remise en cause. 778

En conclusion, nous rejoignons le Tribunal fédéral en admettant que la saisie ou le séquestre n'empêche pas le débiteur de disposer valablement d'un bien saisi/séquestré, en particulier en faveur de l'acheteur qui exercerait son droit après l'annotation de la saisie au Registre foncier⁸³⁹, à la condition que le créancier saisissant renonce à demander la réalisation de l'immeuble 779

⁸³⁴ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN No 13 ad art. 96 LP.

⁸³⁵ GILLIERON COMMENTAIRE No 24 ad art. 96 LP. GILLIERON NOTE 1991, p.130. MARCHAND, *Poursuite*, p. 102. STOFFEL, p. 130.

⁸³⁶ CoRo-DE GOTTRAUX No 14 ad art. 96 LP.

⁸³⁷ GILLIERON COMMENTAIRE, No 10 ad art. 101. CoRo-JEANDIN/SABETI, No 8 ad art. 101.

⁸³⁸ GILLIERON COMMENTAIRE No 24 ad art. 96 LP. GILLIERON NOTE 1991, p. 130. MARCHAND, *Poursuite*, p. 102. STOFFEL, p. 130.

⁸³⁹ ATF 114 III 18 = JdT 1990 II 60. Dans ce sens également ATF 128 III 124 = JdT 2002 II 51, ATF 5A_839/2009 = SJ 2010 p. 253.

saisi/séquestré, ou s'il donne expressément son accord à l'acte de disposition. Tel pourrait être le cas si le créancier est désintéressé d'une autre façon, notamment par le paiement du prix par l'empteur directement en mains de l'Office des poursuites⁸⁴⁰.

2. *L'étendue de l'art. 204 LP*

780 En vertu de l'art. 204 al. 1 LP, « sont nuls à l'égard des créanciers tous actes par lesquels le débiteur aurait disposé, depuis l'ouverture de la faillite, de biens appartenant à la masse ». Par ailleurs, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que l'interdiction visée par cette disposition concerne l'ensemble des biens appartenant à la masse, savoir « l'ensemble des éléments actifs et passifs, de sorte que le dessaisissement prive également le failli du droit de passer des actes juridiques se rapportant à des créances contre lui »⁸⁴¹, ce qui est approuvé par V. DEFAGO GAUDIN, P.-R. GILLIERON et I. ROMY⁸⁴². Nous rejoignons tant l'opinion du Tribunal fédéral que celle des auteurs cités.

781 En effet, la poursuite par voie de faillite est un mode d'exécution général, en ce sens elle tend à réaliser l'ensemble des biens appartenant à la masse en faillite en vue de désintéresser tous les créanciers de ce dernier⁸⁴³.

782 Ainsi, la restriction du pouvoir de disposer prévue à l'art. 204 al. 1 LP concerne les actes de disposition au sens large, savoir tant les actes de disposition que les actes générateurs d'obligations effectués par le débiteur.

783 Reste à savoir à quel moment le dessaisissement du failli a lieu. Ce dernier intervient dès le moment de l'ouverture de la faillite (art. 175 LP), soit dès le moment du prononcé de jugement de faillite. La question se pose néanmoins en cas de recours au jugement, muni de l'effet suspensif. Selon le Tribunal fédéral, l'effet suspensif s'applique également au dessaisissement du failli⁸⁴⁴. Tant que le jugement n'est pas entré en force, le failli conserve le plein pouvoir de disposer sur l'ensemble de ses biens.

784 Cette jurisprudence est critiquée par P.-R. GILLIERON. Selon ce dernier « l'effet suspensif accordé au recours contre le jugement de faillite ne concerne que l'exécution du jugement, et non les « effets juridiques de la faillite » « quant aux biens du débiteur » ou « quant aux droits des créanciers »⁸⁴⁵. Néanmoins, I. ROMY, précise que les inconvénients de l'effet suspensif doivent toutefois être relativisés dans la mesure où « le juge est tenu d'ordonner les

⁸⁴⁰ ATF 5A_839/2009 = SJ 2010 p. 253.

⁸⁴¹ ATF 121 III p. 28 = JdT 1997 II p. 29.

⁸⁴² DEFAGO GAUDIN, p. 82 No 299. GILLIERON COMMENTAIRE No 8 ad art. 204 LP. CoRo-ROMY No 8 ad art.204 LP.

⁸⁴³ STOFFEL/CHABLOZ, p. 260 No 1.

⁸⁴⁴ ATF 129 III 100 c. 3.

⁸⁴⁵ GILLIERON COMMENTAIRE No 14 ad art. 204 LP.

mesures de sûreté adéquates pour éviter une diminution du substrat de l'exécution forcée pendant la procédure de recours (art. 221 à 229 LP et art. 25 à 38 OAOF) »⁸⁴⁶.

Par ailleurs, en vertu de l'art. 176 al. 2 LP, « la faillite est mentionnée au Registre foncier au plus tard 2 jours après son ouverture ». La question reste ouverte en doctrine de l'effet de cette mention. 785

Sous l'ancien droit, le Tribunal fédéral avait admis la protection du tiers de bonne foi qui avait acquis un droit réel sur un bien appartenant à la masse en faillite après le jugement de faillite mais avant l'annotation de ce dernier au Registre foncier⁸⁴⁷. R. GIROUD, S. MARCHAND, W. STOFFEL, et H. WOHLFART⁸⁴⁸ semblent admettre l'application de cette jurisprudence au nouveau droit, contrairement à V. DEFAGO GAUDIN, P.-R. GILLIERON, I. ROMY et C. VAN DE SANDT⁸⁴⁹. Nous partageons l'avis de ces derniers auteurs. 786

En effet, par la révision de 1994, le législateur a expressément prévu que la faillite ne ferait plus au Registre foncier l'objet d'une annotation mais d'une mention. Or, cette dernière ne déploie pas les mêmes effets que l'annotation. Elle n'a qu'une valeur informative et ne bénéficie pas de la foi publique (art. 973 CC). Nous ne voyons donc pas pourquoi, il y aurait lieu d'appliquer une jurisprudence du Tribunal fédéral prise sous l'ancien droit, alors que le législateur a expressément prévu un changement de régime pour la faillite. 787

Finalement, à l'instar de la poursuite par voie de saisie, se pose la question de la validité de l'acte de disposition effectué par le failli après le prononcé de faillite. Selon l'art. 204 al. 1 LP, « sont nuls à l'égard des créanciers tous actes par lesquels le débiteur aurait disposé, depuis l'ouverture de la faillite, de biens appartenant à la masse ». Néanmoins, s'agit-il d'une nullité, absolue ou relative, ou d'une inopposabilité ? 788

Selon le Tribunal fédéral, l'article 204 al. 1 LP vise « une nullité relative, dont seuls les créanciers formant la masse passive peuvent se prévaloir, les opérations contraires aux art. 204 ss LP demeurant valables à l'égard tant du failli que de sa contrepartie »⁸⁵⁰. 789

La doctrine est partagée. Notamment, pour P.-R. GILLIERON, S. MARCHAND, C. VAN DE SANDT et I. ROMY⁸⁵¹, l'acte de disposer est valable, il est simplement 790

⁸⁴⁶ CoRo-ROMY No 4 ad art.204 LP

⁸⁴⁷ ATF 115 III 111 c. 5 = JdT 1991 II 162.

⁸⁴⁸ SchKG II-GIROUD No 16 ad art. 176. MARCHAND, *Poursuite*, p. 121. STOFFEL, p. 270 No 11. SchKG II-WOHLFART No 26 ad art. 204.

⁸⁴⁹ DEFAGO GAUDIN, p. 87 No 320. GILLIERON COMMENTAIRE No 41 ad art. 176 LP. CoRo-ROMY No 10 ad art.204 LP. GILLIERON COMMENTAIRE No 8 ad art. 204 LP. VAN DE SANDT, p. 215 No 627.

⁸⁵⁰ ATF du 23 juin 1995 (4C.477/1994).

⁸⁵¹ GILLIERON LP, p. 318 No 1668. MARCHAND, *Poursuite*, p. 120. VAN DE SANDT, p. 209 No 607. CoRo-ROMY No 15 ad art. 204 LP.

inopposable aux créanciers du failli. Alors que V. DEFAGO GAUDIN⁸⁵² considère l'acte nul, C. JAEGER, H. U. WALDER, T. KULL et M. KOTTMANN qualifient la nullité, qui affecte l'acte, de relative⁸⁵³. I. JENT-SORENSEN et F. LORANDI parlent d'invalidité⁸⁵⁴, W. STOFFEL d'inefficacité⁸⁵⁵, et A. COLOMBARA d'acte imparfait⁸⁵⁶.

791 Nous partageons l'opinion de V. DEFAGO GAUDIN. En effet, selon nous, la restriction de disposer prévue à l'art. 204 al. 1 LP a pour effet de rendre nul l'acte de disposition au sens large, savoir tant les actes de disposition que les actes générateurs d'obligations⁸⁵⁷, effectué par le failli durant la procédure de faillite, contrairement à l'art. 96 al. 1 LP.

792 Tout d'abord, l'art. 204 al. 1 LP ne soumet la nullité de l'acte à aucune condition, contrairement à l'art. 96 al. 2 LP. Ensuite, « l'ouverture de la faillite entraîne une mainmise de droit public sur les biens de la masse active qui confère aux créanciers le droit d'être désintéressés sur le produit de réalisation, dans la mesure et selon les formes prévues par la loi. Les créanciers n'ont ni un droit de nature privée, ni un droit direct sur les biens compris dans le patrimoine du failli ; ils n'ont qu'une prétention de droit public, propre au droit des poursuites, à l'accomplissement, par l'administration de la faillite d'actes déterminés par la loi »⁸⁵⁸. Finalement, selon le Tribunal fédéral, la restriction de l'art. 204 al. 1 LP s'étend non seulement aux actes de disposition au sens strict, mais également aux actes générateurs d'obligations⁸⁵⁹.

793 Ainsi, la masse en faillite est composée de tous les biens du failli. De par la nature même de la mesure, il n'est pas envisageable qu'un bien de la masse puisse être distrait par un acte du failli sous quelque forme que ce soit. Nous constatons donc que la faillite est une mesure beaucoup plus radicale que la saisie, ce qui, à nos yeux, justifie que la restriction de l'art. 204 al.1 LP ait pour effet la nullité de l'acte du failli.

794 En conclusion, selon nous, contrairement à la saisie ou le séquestre, nous ne pensons pas que la faillite permette au failli de disposer valablement d'un bien appartenant à la masse en faillite, en particulier en faveur de l'emprunteur qui exercerait son droit après le prononcé de la faillite. Cet acte de disposition

⁸⁵² DEFAGO GAUDIN, p. 85 No 311.

⁸⁵³ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN No 9 ad art. 204 LP.

⁸⁵⁴ JENT-SORENSEN, BLSchK 1995, p. 43. LORANDI, ZZZ 2004, p. 76.

⁸⁵⁵ STOFFEL, p. 268 No 4.

⁸⁵⁶ COLOMBARA, p. 358 No 547.

⁸⁵⁷ ATF 121 III p. 28 = JdT 1997 II p. 29. DEFAGO GAUDIN, p. 43 No 143. CoRo-DE GOTTRAUX No 11 ad art. 96 LP. SchKG II-Foëx No 26 ad art. 96. GILLIERON COMMENTAIRE, No 26 ad art. 96. En cas d'exercice du droit de préemption, voir infra No 808.

⁸⁵⁸ CoRo-ROMY No 2 ad art. 204 LP.

⁸⁵⁹ ATF 121 III p. 28 = JdT 1997 II p. 29.

relèverait du pouvoir discrétionnaire de l'administration de la faillite au sens de l'art. 211 al. 2 LP⁸⁶⁰.

c) **Les effets de l'exercice du droit d'emption et de son annotation au Registre foncier dans le cadre du droit de l'exécution forcée**

Une fois exercé son droit, l'empteur est au bénéfice d'une créance tendant au transfert de propriété de l'immeuble au Registre foncier⁸⁶¹. La question se pose si une telle créance bénéficie toujours de la protection conférée par l'annotation du droit d'emption au Registre foncier, et si cette dernière peut être revendiquée lors d'une procédure d'exécution forcée.

Selon le Tribunal fédéral, « la protection que confère à un droit d'emption son annotation ne prend pas fin lors de la déclaration d'exercice de ce droit. Tant qu'il s'agit de la protection conférée par l'annotation, le droit d'emption n'est considéré comme exercé qu'au moment où le bénéficiaire, qui a exercé son droit, est inscrit comme propriétaire au Registre foncier. »⁸⁶². Nous approuvons cette jurisprudence. Admettre le contraire reviendrait à protéger le droit, mais pas son exercice. A quoi sert un droit sans son exercice ?

Il y a toutefois lieu de se demander si cette jurisprudence, qui relève du droit privé, peut s'appliquer au droit de l'exécution forcée, qui est de droit public et obéit « à une logique propre, affranchie des règles d'interprétation du droit matériel »⁸⁶³.

P.-R. GILLIERON et A. COLOMBARA ne l'admettent pas, et refusent toute protection à l'empteur qui aurait exercé son droit pendant la procédure d'exécution forcée⁸⁶⁴, contrairement à D. PIOTET qui admet qu'« exercé après la saisie ou l'ouverture de la faillite, le droit formateur engendre une obligation de remettre l'immeuble qui est déléguée à l'adjudicataire : les conditions de vente doivent attirer l'attention de l'adjudicataire sur cette situation, car l'enchère ne portera économiquement en définitive que sur la contre-prestation due éventuellement par le titulaire du droit annoté qui a déclaré vouloir l'exercer »⁸⁶⁵. Nous partageons le point de vue de D. PIOTET.

En effet, si le droit de l'exécution forcée relève du droit public, et obéit « à une logique propre, affranchie des règles d'interprétation du droit

⁸⁶⁰ COLOMBARA, p. 433 No 687.

⁸⁶¹ GILLIERON RDS 1984, p. 577. COLOMBARA, p. 415 No 652.

⁸⁶² RNRf 1979 p. 381 ss.

⁸⁶³ COLOMBARA, p. 299 No 448.

⁸⁶⁴ COLOMBARA, p. 433 Nos 687 et st. GILLIERON RDS 1984, p. 577.

⁸⁶⁵ CoRo-PIOTET No 22 ad art. 135 LP.

matériel »⁸⁶⁶, il a avant tout pour but de garantir une mainmise officielle sur tout ou partie du patrimoine du débiteur, afin de le réaliser et désintéresser les créanciers de ce dernier. Il n'a en aucun cas le but de priver une personne d'un droit qu'elle possédait antérieurement à la procédure d'exécution forcée, notamment d'un droit de préemption bénéficiant de l'effet propter rem de l'annotation au Registre foncier, le rendant ainsi opposable à tout droit acquis postérieurement sur l'immeuble⁸⁶⁷. Ainsi, le droit de préemption fera partie de l'état des charges sur la base de l'extrait du Registre foncier de l'immeuble (art. 140 al. 1 LP), sous réserve d'une éventuelle procédure de double mise à prix (art. 56 LP).

⁸⁰⁰ Or, si l'on admet qu'un droit d'emption annoté au Registre foncier fait partie de l'état des charges, et est délégué à l'adjudicataire (art. 51 al. 2 ORFI)⁸⁶⁸, on doit admettre que la créance en transfert de propriété résultant de l'exercice du droit d'emption doit également être déléguée à l'adjudicataire. Admettre le contraire serait reconnaître une protection du droit, mais non de l'exercice, ce qui n'a aucun sens. Les mêmes conclusions s'appliquent au droit d'emption légal qui ne s'épuise pas par le premier cas⁸⁶⁹. Nous admettons donc, par analogie, une application de la jurisprudence du Tribunal fédéral⁸⁷⁰, qui relève du droit privé, au droit de l'exécution forcée, qui relève du droit public.

⁸⁰¹ Néanmoins, les conclusions de D. PIOTET, auxquelles nous adhérons, ont une conséquence pratique. En effet, que fera l'adjudicataire qui sait, qu'après l'adjudication, l'empteur a, à son égard, une créance en transfert de propriété, aux conditions d'exercice du droit, notamment selon le prix ? Il devrait logiquement enchérir à un prix inférieur à celui de l'empteur, de sorte qu'au moment où il devra transférer la propriété à l'empteur, moyennant le paiement du prix résultant de l'exercice du droit, il puisse se faire un bénéficiaire, et ainsi qu'il n'agisse pas comme simple intermédiaire à titre gratuit.

⁸⁰² Dès lors, conscient de cette logique, l'Office des poursuites, avec l'accord des créanciers ou de l'administration de la faillite, devrait donner suite à l'exercice du droit d'emption pendant la procédure de réalisation forcée, mais avant la vente aux enchères, au risque de devoir adjuger en vente aux enchères le bien à une valeur inférieure au prix auquel l'empteur exerce son droit.

⁸⁶⁶ COLOMBARA, p. 299 No 448.

⁸⁶⁷ ATF 116 II 49 = JdT 1992 I 66. TERCIER, *Les contrats*, p. 171, No 1145. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 133 No 1706.

⁸⁶⁸ GILLIERON LP, p. 253 No 1315. MARCHAND, *Poursuite*, p. 102. Ces auteurs traitent du droit de préemption, mais le même principe s'applique au droit d'emption.

⁸⁶⁹ MARCHAND, *Poursuite*, p. 102.

⁸⁷⁰ RNRF 1979 p. 381 ss.

d) L'application par analogie au droit de préemption

Les principes examinés ci-dessus concernaient expressément le droit d'emption. La question se pose donc si ceux-ci peuvent s'appliquer également à des cas de préemption, voire de réméré. ⁸⁰³

La doctrine et la jurisprudence ne se sont pas prononcées expressément en la matière, à notre connaissance. R.-P. GILLIÉRON admet que « l'inscription du transfert de propriété, requise [...] en faveur du titulaire d'un droit de préemption, d'emption ou de réméré [...], n'est opposable ni aux créanciers [...], ni à celui qui acquiert l'immeuble en vertu d'un acte d'expropriation du droit de l'exécution forcée (vente aux enchères ou vente de gré à gré) »⁸⁷¹. Nous pouvons donc conclure que pour cet auteur les droits de préemption, emption et réméré doivent être traités de la même façon au regard du droit de l'exécution forcée. ⁸⁰⁴

Selon nous, il y aurait lieu toutefois d'examiner la distinction entre ces trois droits au regard du pouvoir de disposer du débiteur selon les art. 96 et 204 LP, avant de conclure à l'application, par analogie, des principes examinés ci-dessus au droit de préemption. ⁸⁰⁵

En effet, tant le droit d'emption, ou de réméré, que le droit de préemption sont des droits formateurs. Ainsi, ils donnent naissance à une créance en transfert de propriété⁸⁷² en faveur du titulaire du droit, dès que ce dernier en manifeste la volonté unilatéralement. ⁸⁰⁶

Néanmoins, l'une des distinctions entre le droit d'emption, ou de réméré, avec le droit de préemption est le moment auquel le droit peut être exercé. Alors que le droit d'emption, voire de réméré, peuvent être exercés à tout moment pendant la durée du droit, le droit de préemption doit être exercé, durant la durée du droit, dans les 3 mois (art. 216^e CO et art. 681 al.1 CC) qui suivent la réalisation d'un cas de préemption, savoir la conclusion par le vendeur d'un contrat de vente, ou un acte économiquement équivalent (art. 216c al.1 CO, art. 681 al. 1 CC). ⁸⁰⁷

Or, selon nous, ces deux conditions supplémentaires doivent être examinées au regard des principes ci-dessus. Ainsi, il y aurait lieu de distinguer si le cas de préemption intervient avant ou après l'exécution de la saisie ou de la faillite. ⁸⁰⁸

Prenons l'exemple suivant : V est propriétaire d'une parcelle I. Il confère à P un droit de préemption sur I qui s'exercera pour le prix de Fr. 800'000. Le droit est constitué et annoté au Registre foncier pour une durée de 15 ans. 3 ans plus tard, V vend à A pour le prix de Fr. 1'000'000 la parcelle I. 3 jours ⁸⁰⁹

⁸⁷¹ GILLIERON NOTE 1990, p. 63.

⁸⁷² COLOMBARA, p. 415 No 652.

après la conclusion de l'acte de vente, et avant que V ait pu transférer au Registre foncier la propriété en faveur de A, l'immeuble I fait l'objet d'une saisie. P pourrait-il exercer son droit de préemption dans le cadre de la saisie ?

810 Nous le pensons, et sommes d'avis que dans un tel cas d'espèce les principes examinés ci-dessus, relatifs au droit d'emption, doivent être appliqués par analogie à l'exercice du droit de préemption.

811 Ainsi, dans le délai des 3 mois dès la notification du cas de préemption (art. 216^e CO et art. 681 al.1 CC), le préempteur peut exercer son droit, ce qui donnera en sa faveur une créance en transfert de propriété de I.

812 Si V fait l'objet d'une saisie ou d'un séquestre, il pourra avec l'accord de ses créanciers transférer la propriété à P au sens de l'art. 96 al. 2 LP en faveur de l'empteur qui exerce son droit après l'annotation de la saisie/séquestre au Registre foncier⁸⁷³, à la condition que le créancier saisissant renonce à demander la réalisation de l'immeuble saisi/séquestré, ou s'il donne expressément son accord à l'acte de disposition, notamment par le paiement du prix par l'empteur directement en mains de l'Office des poursuites⁸⁷⁴. Dans le cas contraire, la créance en transfert de propriété de P sera déléguée à l'adjudicataire si le droit conventionnel est annoté au Registre foncier⁸⁷⁵, ou s'il s'agit d'un droit légal qui ne s'épuise pas par le premier cas⁸⁷⁶.

813 En cas de faillite de V, la créance en transfert de propriété de P sera transformée en créance pécuniaire, et seule l'administration de la faillite pourra l'exécuter en requérant le transfert de propriété au Registre foncier, conformément à l'art. 211 al. 2 LP⁸⁷⁷. Dans le cas contraire, la créance en transfert de propriété de P sera déléguée à l'adjudicataire si le droit conventionnel est annoté au Registre foncier⁸⁷⁸, ou s'il s'agit d'un droit légal qui ne s'épuise pas par le premier cas.

814 Reste l'hypothèse du cas de préemption qui surviendrait après que la saisie ait été ordonnée, ou que le jugement de faillite ait été prononcé. Est-ce réaliste ? Nous sommes d'avis qu'il y a lieu de distinguer à ce sujet la faillite de la saisie.

815 Concernant la faillite, l'art. 204 LP restreint le pouvoir du failli tant pour les actes de disposition que pour les actes générateurs d'obligations⁸⁷⁹. Les

⁸⁷³ ATF 114 III 18 = JdT 1990 II 60. Dans ce sens également ATF 128 III 124 = JdT 2002 II 51, ATF 5A_839/2009 = SJ 2010 p. 253.

⁸⁷⁴ ATF 5A_839/2009 = SJ 2010 p. 253.

⁸⁷⁵ CoRo-PIOTET No 22 ad art. 135 LP.

⁸⁷⁶ Voir définition MARCHAND, *Poursuite*, p. 102.

⁸⁷⁷ COLOMBARA, p. 433 No 687.

⁸⁷⁸ CoRo-PIOTET No 22 ad art. 135 LP.

⁸⁷⁹ ATF 121 III p. 28 = JdT 1997 II p. 29. DEFAGO GAUDIN, p. 82 No 299. GILLIERON COMMENTAIRE No 8 ad art. 204 LP. CoRo-ROMY No 8 ad art.204 LP.

éventuels actes que ferait le failli sont nuls⁸⁸⁰. Ainsi, l'éventuel acte de vente, ou économiquement analogue à une vente (art. 216c al. 1 CO), conclu par le failli après l'ouverture de la faillite ne pourrait pas constituer un cas de préemption. Par ailleurs, en cas de vente de gré à gré par l'administration de la faillite, le droit de préemption légal pourra être exercé, contrairement au droit conventionnel (Art. 681 al. 1 CC et 216c al. 2 CO).

Concernant la saisie, la réponse n'est pas aussi évidente, selon nous. En effet, l'art. 96 al. 2 LP restreint le pouvoir de disposer du débiteur, en aucun cas celui de conclure des actes générateurs d'obligations⁸⁸¹. Ainsi, nous pouvons imaginer que le débiteur, après l'ordonnance de saisie, conclue un acte de vente, ou un acte économiquement analogue, au sens de l'art. 216c al. 1 CO. Un tel acte constituerait-il un cas de préemption ? Les créanciers, peuvent-ils opposer au préempteur l'art. 96 al. 2 LP par analogie ?⁸¹⁶

Il est vrai que tant l'acte de vente, ou l'acte économiquement analogue, que l'exercice du droit de préemption ne soustrait pas l'immeuble de la mainmise officielle. En effet, tous deux donnent seulement naissance à une créance en transfert de propriété⁸⁸², mais seul l'acte de disposition permettra de transférer la propriété au Registre foncier⁸⁸³, et ainsi de soustraire l'immeuble de la mesure d'exécution forcée. En ce sens donc, l'art. 96 al. 2 LP ne devrait pas leur être applicable. L'acte de vente serait donc valable, et devrait constituer un cas de préemption.⁸¹⁷

Si l'acte constituant un éventuel cas de préemption est fait avec l'accord des créanciers, et que le droit de préemption s'exerce aux mêmes conditions, les créanciers ne devraient pas s'opposer au transfert de propriété en faveur du préempteur, dans la mesure où ils ont donné leur accord à la vente, et que le préempteur exerce son droit aux mêmes conditions. La validité de la vente n'a donc pas vraiment de pertinence.⁸¹⁸

La question de la validité de l'acte de vente devient réellement pertinente, s'il est conclu sans l'accord des créanciers. Si la validité était admise, cela signifierait qu'il constituerait un cas de préemption. Le droit de préemption pourrait donc être exercé. Il est vrai que la créance en transfert de propriété tant de l'acquéreur que du préempteur⁸⁸⁴ ne soustrait pas l'immeuble de la⁸¹⁹

⁸⁸⁰ DEFAGO GAUDIN, p. 85 No 311. Contra : GILLIERON LP, p. 318 No 1668, MARCHAND, *Poursuite*, p. 120, VAN DE SANDT, p. 209 No 607, CoRo-ROMY No 15 ad art. 204 LP, qui qualifient l'acte d'inoportable. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN No 9 ad art. 204 LP, qui qualifient la nullité de relative. JENT-SORENSEN, BlschK 1995, p. 43. LORANDI, ZZZ 2004, p. 76 parlent d'invalidité. STOFFEL, p. 268 No 4 parle d'inefficacité et COLOMBARA, p. 358 No 547 parle d'acte imparfait.

⁸⁸¹ DEFAGO GAUDIN, p. 43 No 143. CoRo-DE GOTTRAUX No 11 ad art. 96 LP. SchKG II-Foëx No 26 ad art. 96. GILLIERON COMMENTAIRE, No 26 ad art. 96. En cas d'exercice du droit de préemption, voir supra No 808.

⁸⁸² COLOMBARA, p. 415 No 652.

⁸⁸³ DEFAGO GAUDIN, p. 41 No 138. STEINAUER, *Les droits réels I*, p. 257 No 711.

⁸⁸⁴ COLOMBARA, p. 415 No 652.

mainmise officielle. Seul l'acte de disposition, qui est soumis à la restriction de l'art. 96 al. 2 LP, aurait un tel effet.

⁸²⁰ Toutefois, dans le cas d'un droit de préemption légal, la créance en transfert de propriété du préempteur devrait être opposable à l'adjudicataire, de par la loi. De même, si le droit conventionnel est annoté au Registre foncier, la protection de l'annotation déploiera ses effets, tant que le transfert de propriété n'aura pas été inscrit au Registre foncier⁸⁸⁵. Ainsi, le préempteur d'un droit conventionnel annoté devrait pouvoir opposer également sa créance en transfert de propriété à tout adjudicataire.

⁸²¹ Dès lors quelle serait la personne qui accepterait d'enchérir sachant qu'un préempteur pourrait lui opposer sa créance en transfert de propriété ? Dans ces conditions, la réalisation forcée de l'immeuble n'a aucun sens. L'intérêt des créanciers est donc lésé. Se justifierait donc, selon nous, une application par analogie de l'art. 96 al. 2 LP à l'acte générateur d'obligation, qui constituerait un cas de préemption (art. 216c al. 1 CO), conclu par le débiteur après l'annotation au Registre foncier de la saisie/séquestre.

⁸²² De même, nous pouvons imaginer que les créanciers donnent leur accord quant à l'acte de vente, ou l'acte économiquement analogue, mais que le préempteur, au bénéfice d'un droit conventionnel limité, exerce son droit à un prix inférieur. Dans un tel cas, la créance en transfert de propriété du préempteur lèserait les intérêts des créanciers. Une application par analogie de l'art. 96 al. 2 LP devrait également s'appliquer en l'espèce.

⁸²³ C'est pourquoi, nous sommes d'avis que tout acte de vente, ou tout acte économiquement analogue, conclu par le débiteur après que la saisie ait été ordonnée, devrait être soumis à la restriction de l'art. 96 al. 2 LP, par analogie, s'il constitue un cas de préemption (art. 216c al. 1 CO), dont l'exercice est susceptible de léser les intérêts des créanciers poursuivants.

⁸²⁴ Quant à la protection de l'annotation du droit de préemption au Registre foncier, nous sommes d'avis qu'elle devrait déployer ses effets aussi longtemps que le transfert de propriété en faveur du préempteur n'a pas été inscrit au Registre foncier, à l'instar de la jurisprudence relative au droit d'emption, qu'il y a lieu d'appliquer par analogie, et à laquelle nous nous rallions.

⁸⁸⁵ RNRF 1979 p. 381 ss.

III. La vente de gré à gré et le délai d'exercice du droit de préemption

L'art. 681 al. 1 1^{ère} phrase CC vise expressément la vente aux enchères. Se pose néanmoins la question de savoir si cette disposition peut s'appliquer par analogie également au cas de la vente de gré à gré conclue par l'Office chargé d'une mesure d'exécution forcée, en lieu et place de la vente aux enchères (art. 143b LP). Dans l'affirmative, dans quel délai le droit de préemption doit-il s'exercer ? L'art. 60a ORFI est-il également applicable par analogie ? ⁸²⁵

a) La vente de gré à gré comme cas de préemption

Dans un arrêt récent⁸⁸⁶, le Tribunal fédéral a confirmé que « les modes de réalisation des enchères publiques et de la vente de gré à gré se différencient surtout dans la manière dont se forme le prix, mais leur nature juridique est la même : l'un et l'autre se caractérisent comme une institution de l'exécution forcée, un acte de la puissance publique ayant pour but de réaliser le patrimoine mis sous main de justice [...]. Il n'y a donc aucun motif, s'agissant du principe de l'exercice des droits de préemption légaux, de faire une différence entre ces deux modes de réalisation ». ⁸²⁶

Cette opinion est partagée par C. EMERY, P.-R. GILLIERON, F. LORANDI ainsi que par M. HÄUSERMANN, K. STÖCKLI et A. FEUZ ⁸⁸⁷. Nous nous rallions tant à la jurisprudence qu'à la doctrine. En effet, dans la mesure où tant la vente aux enchères que la vente de gré à gré sont de même nature, savoir des actes de la puissance publique, nous ne voyons pas pourquoi les enchères publiques constitueraient un cas de préemption, et non la vente de gré à gré. L'art. 681 al. 1 1^{ère} phrase CC devrait donc s'appliquer par analogie à la vente de gré à gré. ⁸²⁷

b) Le délai d'exercice du droit de préemption au regard de la vente de gré à gré

Autre est la question de savoir si l'art. 60a ORFI s'applique également par analogie en cas de vente de gré à gré par l'Office. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte. Il a toutefois admis que le préempteur « doit de toute manière être avisé de la décision de vente de gré à gré et informé des conditions d'attribution, sitôt expiré le délai de plainte ; un délai doit lui être ⁸²⁸

⁸⁸⁶ ATF 1P 639/2004.

⁸⁸⁷ EMERY, p.251 No 665. GILLIERON COMMENTAIRE No 28 ad art. 143b. LORANDI, p. 148. SchKG-HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ No 31 ad art 143b.

imparti pour invoquer son droit »⁸⁸⁸. Quant à la doctrine, elle ne semble pas admettre l'application par analogie de l'art. 60a ORFI à la vente de gré à gré.

⁸²⁹ Ainsi, pour D. PIOTET, « il faut admettre que les conditions de l'art. 681a CC sont applicables par analogie [à la vente de gré à gré], et non celles de l'art. 60a ORFI, le délai de 3 mois ne paraissant guère pouvoir être réduit par une ordonnance ou par une interprétation contra legem [...] »⁸⁸⁹. Pour C. EMERY, « dans le second cas [en cas de vente de gré à gré], les préempteurs sont également informés des conditions de la vente de gré à gré au moins 10 jours avant l'aliénation mais ils ne sont pas parties à cette aliénation. Dès lors, ils n'ont pas les moyens d'exercer leur droit à ce moment-là. Par conséquent, nous sommes d'avis que le délai ordinaire de 3 mois s'applique en cas de vente de gré à gré, et ce par manque de disposition légale contraire »⁸⁹⁰. Quant à P. VOLLENWEIDER, il préconise un délai de 10 jours⁸⁹¹, alors que F. LORANDI propose un délai minimum de 30 jours, à adapter selon les circonstances⁸⁹².

⁸³⁰ Nous ne partageons pas l'opinion de la doctrine, et sommes d'avis que l'art. 60a ORFI devrait être applicable par analogie. Par ailleurs, nous pensons qu'il y a lieu de distinguer entre le délai d'exercice du droit de préemption et le mode de communication du cas de préemption au préempteur.

⁸³¹ En effet, le Tribunal fédéral a admis qu'il n'y a aucun motif « s'agissant du principe de l'exercice des droits de préemption légaux, de faire une différence entre ces deux modes de réalisation »⁸⁹³. Dès lors, nous ne pouvons pas admettre d'une part que la vente de gré à gré soit un acte de la puissance publique, à l'instar du Tribunal fédéral, et d'autre part lui appliquer l'art. 681a CC comme le préconisent D. PIOTET et C. EMERY. Cela tendrait à reconnaître à la vente de gré à gré un caractère hybride, relevant de la puissance publique, mais soumis à des normes de droit privé, tel que l'art. 681a CC. Une telle façon de procéder engendrerait une certaine confusion à l'égard de cette institution, et par conséquent une insécurité juridique.

⁸³² Il est vrai que l'art. 60a ORFI implique que le préempteur puisse être présent lors de la signature de la vente de gré à gré. Or, comme le relève très justement C. EMERY, le préempteur n'est pas partie à l'acte. De ce fait, il n'est pas présent lors de la signature de l'acte. Néanmoins, selon nous, quelle que soit le délai admis pour l'exercice du droit de préemption, la question se posera toujours de savoir à quel moment le préempteur doit être informé de la vente de gré à gré.

⁸⁸⁸ ATF 1P 639/2004.

⁸⁸⁹ CoRo-PIOTET No 6 ad art. 143b.

⁸⁹⁰ EMERY, p.252 No 667.

⁸⁹¹ VOLLENWEIDER, p.129.

⁸⁹² LORANDI, p.152.

⁸⁹³ ATF 1P 639/2004.

En matière de vente aux enchères, l'art. 139 LP prévoit que « l'office des poursuites communique, par pli simple, un exemplaire de la publication au créancier, au débiteur, au tiers propriétaire de l'immeuble et à tout intéressé inscrit au Registre foncier, s'ils ont une résidence connue ou un représentant ». Or, le titulaire d'un droit de préemption légal est considéré comme un intéressé⁸⁹⁴. Par ailleurs, en vertu de l'art. 134 LP, les conditions de la vente aux enchères doivent être tenues à disposition du public au moins 10 jours avant la vente aux enchères. 833

A priori, d'après la lettre de la loi, ces deux dispositions ne s'appliqueraient pas par analogie à la vente de gré à gré (art. 143b al. 2 LP a contrario). Cela pourrait se comprendre dans la mesure où, de par sa nature, la vente de gré à gré n'est pas publique. Néanmoins, à nos yeux, une application par analogie de ces deux dispositions à la vente de gré à gré serait souhaitable et se justifierait. 834

En effet, il est tout à fait imaginable que l'Office, dès que les conditions de l'art. 143b al. 1 LP sont réalisées, communique au préempteur la date de la signature de la vente de gré à gré, et l'informe que les conditions de la vente seront à sa disposition à l'office 10 jours avant la signature. Le préempteur pourrait ainsi, consulter les conditions de vente, et éventuellement se présenter le jour de la signature de la vente de gré à gré afin d'exercer son droit. 835

Cela permettrait de traiter à l'identique la vente aux enchères et la vente de gré à gré, deux institutions que le Tribunal fédéral a déclarées de même nature⁸⁹⁵. Ainsi, les créanciers poursuivants verraient traiter de la même façon le droit de préemption légal que leur choix ait porté sur une vente aux enchères ou une vente de gré à gré. Demeure réservé le cas où un délai plus long se justifierait compte tenu de circonstances particulières. Tel serait le cas, par exemple, si le préempteur ne peut se prononcer dans le délai de 10 jours pour des raisons indépendantes de sa volonté. En l'absence de base légale expresse, et de jurisprudence du Tribunal fédéral, un certain pouvoir d'appréciation devrait être reconnu à l'Office chargé de la vente. Néanmoins, selon nous, cela devrait être l'exception, en aucun cas la règle. La prolongation de délai devrait, à nos yeux, être motivée, et ne pas porter préjudice aux intérêts des créanciers saisissants, sous quelque forme que ce soit. 836

Par ailleurs, quel que soit le délai qui sera appliqué, le Tribunal fédéral a expressément précisé que la notification devait être effectuée au préempteur⁸⁹⁶. L'Office ne peut donc pas se dispenser d'une telle notification. En effet, un défaut de notification aurait pour conséquence que le délai d'exercice du droit de préemption ne commencerait pas à courir. Ainsi, le droit de préemption 837

⁸⁹⁴ GILLIERON LP, p. 248 No 1290.

⁸⁹⁵ ATF 1P 639/2004.

⁸⁹⁶ ATF 1P 639/2004.

resterait opposable à l'acquéreur, tant que la vente n'aura pas été notifiée au préempteur.

⁸³⁸ En effet, nous ne voyons pas pourquoi les principes que nous avons admis lorsque la vente se fait par voie privée⁸⁹⁷ ne s'appliqueraient pas en cas d'exécution forcée. Le droit de préemption légal résulte directement de la loi. Ainsi, de par sa nature, son exercice s'impose à tout acquéreur de l'immeuble que ce dernier l'ait acquis par voie privée ou dans le cadre d'une mesure d'exécution forcée ; que ce dernier ait été, ou pas, expressément informé du droit.

⁸⁹⁷ En cas de défaut lors de la notification du cas de préemption, le délai légal de 3 mois (art. 681a al. 2 CC, art. 216e CO) commence à courir dès que le vice a été réparé, de sorte que le tiers acquéreur pourra se voir opposer l'exercice du droit de préemption même au-delà du délai de 3 mois qui suivent son acquisition. Demeure néanmoins réservé le délai absolu de 2 ans dès l'inscription au Registre foncier de l'acquéreur (art. 681a al. 2 CC).

IV. L'exercice du droit de préemption au regard de la LDFR

En vertu de l'art. 681 al. 1 1ère phrase CC, « les droits de préemption légaux ⁸³⁹ peuvent aussi être exercés en cas de réalisation forcée, mais seulement lors des enchères mêmes et aux conditions de l'adjudication ». Par ailleurs, en vertu de l'art. 60a al. 3 ORFI, « après que l'offre la plus élevée aura été créée trois fois, celui qui dirige les enchères devra inviter les titulaires d'un droit de préemption légal, présents ou représentés, à déclarer s'ils entendent exercer leur droit. L'enchérisseur qui a fait l'offre la plus élevée demeure lié par son offre jusqu'à ce que les titulaires d'un droit de préemption légal se soient exprimés ».

Ces dispositions s'appliquent au droit du copropriétaire, à celui du ⁸⁴⁰ superficiant ou du superficiaire (art. 682 CC). Qu'en est-il des droits de préemption au regard de la LDFR⁸⁹⁸ ? Sont-ils soumis aux mêmes dispositions ?

Ainsi, un parent pourrait-il exercer, lors de la vente aux enchères d'un ⁸⁴¹ immeuble agricole, son droit de préemption au double de la valeur de rendement (art. 44 LDFR), au détriment du prix offert par l'adjudicataire, nettement supérieur par définition ? (a) Par ailleurs, qui examinera si les conditions matérielles imposées par la LDFR sont remplies pour exercer son droit de préemption ? (b)

a) La valeur de rendement au regard de la vente aux enchères

Conformément à l'art. 681 CC, l'exercice du droit de préemption légal doit ⁸⁴² avoir lieu aux conditions de l'adjudication. Le prix est manifestement une condition de l'adjudication. Ainsi, selon une interprétation littérale de la loi, le préempteur doit exercer son droit au prix offert par l'adjudicataire.

Telle est l'opinion de Y. DONZALLAZ, M. MÜLLER, C. MUTTI, R. PFÄFFLI, B. ⁸⁴³ STALDER et P.-H. STEINAUER⁸⁹⁹, contrairement à celle de C. EMERY, F. LORANDI, et D. PIOTET⁹⁰⁰, qui sont d'avis que la LDFR est une *lex specialis* par rapport au CC, de sorte que l'art. 44 LDFR l'emporte sur les art. 681 CC et 60a LP.

⁸⁹⁸ Droit de préemption des parents (art. 42 ss LDFR) ; droit de préemption du fermier (art. 47 ss LDFR) ; droit de préemption sur les parts de copropriété (art. 49 ss LDFR).

⁸⁹⁹ DONZALLAZ, *Pratique*, p. 115 No 269. MÜLLER, *Die Regelung*, p. 93. MÜLLER, *Die Bestimmungen*, p. 225. MUTTI, p. 30. PFÄFFLI, NB 1992, p. 457. Co-LDFR-STALDER No 13 ad art. 67-69. STEINAUER, *Les droits réels II*, p. 166 No 1782.

⁹⁰⁰ EMERY, p. 247 No 653. LORANDI, ZZZ 2004, p. 153. CoRo-PIOTET No 8 ad art. 142.

844 Il est vrai que la LDFR est une *lex specialis* par rapport au CC. A ce titre, elle doit primer. Néanmoins, la LP est également une *lex specialis*. Nous sommes donc face à deux *leges speciales* en concours. La question est de savoir laquelle prime. A notre connaissance, ni la doctrine, ni la jurisprudence, ne se sont prononcées en la matière. Néanmoins, pour répondre à cette question, nous sommes d'avis qu'il y a lieu d'examiner le but poursuivi par l'une et par l'autre.

845 La LP a pour but de garantir une mainmise officielle sur tout ou partie du patrimoine du débiteur, afin de le réaliser et désintéresser les créanciers de ce dernier. Elle obéit « à une logique propre, affranchie des règles d'interprétation du droit matériel »⁹⁰¹. Ainsi, si le droit de l'exécution forcée relève du droit public, il n'en reste pas moins qu'il protège l'intérêt privé du créancier poursuivant.

846 Quant à la LDFR, à la lecture de l'art. 1 al. 1 LDFR, elle poursuit trois buts : maintenir des entreprises familiales afin d'assurer en Suisse une population paysanne forte et une agriculture productive ; favoriser l'acquisition d'immeuble ou d'entreprise agricole par des exploitants ; et finalement lutter contre la spéculation et l'endettement en matière de propriété foncière agricole⁹⁰². Pour ce faire, la LDFR prévoit des normes tant de droit privé (droit à l'attribution du parent ou du copropriétaire (art. 11 ss et 36 ss LDFR), droit d'emption du parent (art. 25 LDFR), droit de préemption du parent (art. 42 ss LDFR), du fermier (art. 47 ss LDFR) ou du copropriétaire au sens des art. 49 ss LDFR) que de droit public (interdiction du partage matériel des entreprises agricoles et morcellement d'immeuble agricole (art. 58 ss LDFR), contrôle des acquisitions d'entreprise et d'immeuble agricole (art. 61 ss LDFR), et mesures destinées à prévenir le surendettement au sens des art. 73 ss LDFR).

847 Ainsi, si la LP a pour but de protéger l'intérêt privé du créancier, la LDFR, en protégeant l'intérêt privé de l'exploitant personnel, tend à protéger l'intérêt public de maintenir en Suisse une agriculture forte. Il s'agit maintenant de déterminer si les buts poursuivis par ces deux législations peuvent être compatibles.

848 Tout d'abord, l'exercice du droit de préemption légal sur un immeuble⁹⁰³ agricole n'a lieu que si l'immeuble entre dans le champ d'application prévu aux art. 2 ss LDFR⁹⁰⁴. Dans une telle hypothèse l'adjudication est soumise à autorisation de l'autorité administrative cantonale compétente au sens de

⁹⁰¹ COLOMBARA, p. 299 No 448.

⁹⁰² DONZALLAZ, *Traité*, p. 84 Nos 1792 ss, p. 88 No 1799 ss et p. 95 No 1812 ss.

⁹⁰³ Nous excluons volontairement l'entreprise agricole dans la mesure où notre thèse porte sur le droit de préemption immobilier.

⁹⁰⁴ Dans le cas contraire, demeure réservé l'exercice du droit de préemption légal au sens de l'art. 681 CC, mais qui ne peut s'exercer qu'aux conditions de l'adjudication. Ainsi, une éventuelle différence entre le prix d'adjudication et le prix auquel le préempteur exerce son droit, n'a aucune raison d'être.

l'art. 67 al. 1 LDFR. Cette dernière sera donnée, en vertu de l'art. 63 al. 1 lit. b LDFR, notamment si le prix d'adjudication n'est pas surfait au sens de l'art. 66 LDFR, savoir s'il ne dépasse pas « de plus de cinq pour cent le prix payé en moyenne pour des entreprises ou des immeubles agricoles comparables de la même région au cours des 5 dernières années ». Par ailleurs, l'endettement de l'immeuble agricole est soumis à la charge maximale au sens des art. 73 ss LDFR.

Ainsi, toutes ces mesures permettent d'éviter une acquisition spéculative sur un immeuble agricole au sens des art. 2 ss LDFR. Dès lors, compte tenu des nombreuses restrictions tant de droit privé que de droit public dont fait l'objet un immeuble agricole, la valeur vénale de ce dernier tend à être nettement inférieure par rapport à celle d'un immeuble se trouvant dans une zone à bâtir. ⁸⁴⁹

Malgré cela, l'art. 44 LDFR permet au parent exploitant à titre personnel d'exercer son droit de préemption sur un immeuble agricole au double de la valeur de rendement qui, par définition⁹⁰⁵, est encore plus faible que la valeur vénale de l'immeuble. ⁸⁵⁰

Une telle disposition s'applique-t-elle également en cas de réalisation forcée ? Nous le pensons. En effet, l'art. 681 al. 1 CC et l'art. 60a al. 1 ORFI ne prévoient aucune exception. Le droit de préemption légal doit s'exercer lors de la vente aux enchères et aux conditions de l'adjudication. Quant à la LDFR, elle ne semble pas traiter différemment la vente aux enchères des autres modes d'acquisition. Elle est soumise à autorisation (art. 67 LDFR), sauf exception (art. 62 LDFR). Nous devons donc admettre que l'art. 44 LDFR peut être invoqué même en cas de réalisation forcée. ⁸⁵¹

b) L'examen des conditions matérielles de la LDFR au regard de la vente aux enchères

Dans le cadre d'une vente aux enchères, lors de l'exercice d'un droit de préemption au sens de la LDFR, se pose la question du contrôle des conditions matérielles de l'existence du droit au sens des art. 44 ss LDFR. En effet, qui doit procéder à ce contrôle ? ⁸⁵²

Dans le cadre d'une poursuite en réalisation de gage immobilier, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que « toute personne peut participer aux enchères, sans avoir à démontrer qu'elle serait autorisée à acquérir, puisque ce point doit être traité postérieurement à l'adjudication dans le cadre de la procédure d'autorisation ». Notre Haute Cour a donc distingué entre le droit de participer aux enchères et celui d'acquérir, ce qui, ⁸⁵³

⁹⁰⁵ Pour une définition des différentes notions, nous vous renvoyons à la partie "A. Notions de base" de notre thèse, ainsi qu'au "Traité de droit agraire : droit public et droit privé" de Y. DONZALLAZ, cité dans notre bibliographie.

selon nous, est conforme à l'art. 67 al. 1 LDFR, selon lequel « en cas de réalisation forcée, l'adjudicataire doit produire l'autorisation ou consigner le prix de nouvelles enchères et requérir l'autorisation dans les 10 jours qui suivent l'adjudication »⁹⁰⁶.

854 Néanmoins, selon Y. DONZALLAZ, suivi par C. EMERY, « il semble inexact de décider qu'il incombe au Préposé de l'office des poursuites, dans le cadre d'enchères forcées, d'examiner si un prétendant peut réellement se prévaloir d'un droit de préemption »⁹⁰⁷. C. EMERY ajoute que « le directeur des enchères (respectivement le Préposé) doit adjuger au préempteur l'objet de la vente après l'exercice de son droit, sans vérifier préalablement si ce dernier en remplit les conditions légales »⁹⁰⁸. Finalement, selon D. PIOTET, « lorsqu'un conflit entre bénéficiaires à l'attribution est fonction des qualités personnelles à parité de rang, ou encore porte sur la fixation du prix à une valeur de rendement ou à un multiple de celle-ci, comme enfin sur l'extension ou la restriction à d'autres biens, inclus ou retirés, il n'est pas concevable que l'office fixe en lieu et place du juge civil définitivement l'application du droit matériel dans le cadre de cette difficulté de poursuite [...] la prise de position de l'office doit au contraire amener les opposants à procéder devant le juge civil, dans un délai que l'office doit leur impartir après sa prise de position ou, à défaut encore, faute d'une telle notification, dans le meilleur délai utile »⁹⁰⁹.

855 Nous ne partageons pas l'opinion de Y. DONZALLAZ et C. EMERY, mais nous rejoignons celle de D. PIOTET. En effet, à l'instar de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui distingue le droit de participer aux enchères, de celui d'acquérir la propriété de l'immeuble, nous pensons que dans le cadre de l'exercice du droit de préemption lors d'une réalisation forcée, il y a lieu de distinguer entre la légitimité de la personne d'exercer le droit de préemption, de celle de demander le transfert de propriété de l'immeuble en sa faveur, et à quelles conditions. La plupart du temps ces deux notions se rejoignent, mais ce n'est pas toujours le cas.

856 En effet, supposons que lors d'une vente aux enchères d'un immeuble agricole, deux parents au sens de l'art. 42 LDFR et un fermier au sens de l'art. 47 LDFR exercent leur droit de préemption. Or, tous trois sont légitimés à déclarer exercer leur droit de préemption, puisque légalement tous trois sont titulaires du droit. En revanche, une fois constatée la légitimité des droits de chacun, reste à résoudre le concours entre les droits des parents et celui du fermier (art. 47 al. 3 LDFR) ; le concours entre les droits des parents (art. 42 et 46 LDFR), et à quelles conditions le droit peut être exercé, notamment si le

⁹⁰⁶ ATF 123 III 406 = JdT 1999 II 105.

⁹⁰⁷ DONZALLAZ, *Pratique*, p. 125 No 296. EMERY, p. 248 No 659.

⁹⁰⁸ EMERY, p. 249 No 659.

⁹⁰⁹ CoRo-PIOTET No 10 ad art. 142a.

parent peut invoquer la valeur de rendement (art. 44 LDFR), ou si le transfert de propriété en faveur du fermier est soumis à autorisation (art. 61 ss LDFR).

Or, le préempteur intervient, dans le cadre de la vente aux enchères, non pas en tant qu'enchérisseur mais en faisant valoir un droit. Il appartient donc au Préposé de l'office de vérifier au moins le bien-fondé du droit qui est invoqué. Il nous semble impensable que le Préposé puisse donner suite aux déclarations du préempteur sans avoir vérifié, *prima facie*, le bien-fondé du droit invoqué, contrairement à ce qu'affirment Y. DONZALLAZ et C. EMERY. ⁸⁵⁷

En revanche, si le Préposé a un doute sur le bien-fondé du droit, ou si ce dernier est contesté par une des parties aux enchères, le différend devra être tranché par un juge civil. Cela n'est plus de la compétence du Préposé. En ce sens, nous rejoignons donc D. PIOTET. ⁸⁵⁸

De même, si plusieurs droits de préemption sont invoqués, ou si une autorisation administrative, au sens des art. 61 ss LDFR, est nécessaire pour transférer la propriété en faveur du préempteur, le Préposé doit, selon nous, faute de compétence, renvoyer les parties au juge civil, respectivement auprès de l'autorité administrative. A cet effet, il devra impartir un délai de 10 jours si une autorisation administrative est nécessaire en vertu de l'art. 67 al. 1 LDFR. ⁸⁵⁹

La question se pose si ce délai de 10 jours peut également être appliqué par analogie en cas de procédure civile. Sur ce point, D. PIOTET laisse la question à la libre appréciation de l'Office, voire évoque « le meilleur délai utile »⁹¹⁰. ⁸⁶⁰

Selon nous, le fait que la cause soit renvoyée au juge civil ou à l'autorité administrative a pour effet de suspendre l'adjudication. Ainsi, pour garantir la sécurité juridique, et dans l'intérêt de toutes les parties, il nous semble qu'un court délai doit s'imposer. ⁸⁶¹

Il est vrai que dans certaines circonstances un délai de 10 jours peut paraître insuffisant dans le cadre d'une procédure civile. Néanmoins, tel est le cas également dans le cadre d'une procédure administrative, alors même que la loi impose expressément un délai de 10 jours. Ainsi, nous ne voyons pas pourquoi un délai différent devrait être admis selon la nature de la procédure. C'est pourquoi, nous sommes d'avis que le délai de 10 jours prévu à l'art. 67 al. 1 LDFR devrait être appliqué par analogie en cas de procédure civile. Toutefois, dans la mesure où la loi ne prévoit rien, à l'instar de D. PIOTET, nous pensons qu'un pouvoir d'appréciation doit être laissé à l'Office, selon les circonstances. ⁸⁶²

⁹¹⁰ CoRo-PIOTET No 10 ad art. 142a.

V. Synthèse

⁸⁶³ Compte tenu des nombreux principes qui ont été évoqués dans ce chapitre, nous sommes d'avis qu'il y aurait lieu d'en faire une synthèse, par souci didactique.

a) L'exercice du droit d'emption dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée

⁸⁶⁴ Tout d'abord, à l'instar de R.-P. GILLIÉRON, A. COLOMBARA et V. DEFAGO GAUDIN, nous ne partageons pas l'opinion du Tribunal fédéral, selon laquelle les mesures de l'exécution forcée n'empêchent pas l'exercice d'un droit d'emption ainsi que le transfert de propriété d'un immeuble au Registre foncier en faveur de l'empteur⁹¹¹.

⁸⁶⁵ En effet, reconnaître un tel principe, serait admettre en faveur de l'empteur un droit de distraction⁹¹² qui n'existe pas, selon nous, au regard de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite.

⁸⁶⁶ Or, en tant que droit formateur, l'exercice du droit d'emption donne naissance, en faveur de son bénéficiaire, à une créance en transfert de propriété⁹¹³ dont l'exécution, dans le cadre de la faillite, relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration de la faillite (art. 211 al. 2 LP)⁹¹⁴, au risque de nullité de l'acte de disposition⁹¹⁵ dans le cas contraire. Dans le cadre de la saisie/séquestre, la créance en transfert de propriété peut être exécutée par le débiteur poursuivi. L'accord de ses créanciers poursuivants, ou leur renonciation de demander la réalisation du bien saisi/séquestré, serait nécessaire et conditionné au paiement par l'empteur du prix directement en mains de l'Office des poursuites⁹¹⁶. Dans le cas contraire, les créanciers saisissants pourraient s'opposer à l'acte de disposition du débiteur⁹¹⁷.

⁹¹¹ ATF 114 III p. 18 = JdT 1990 II p. 60.

⁹¹² COLOMBARA, p. 415 No 652. GILLIERON NOTE 1990, p. 64.

⁹¹³ COLOMBARA, p. 415 No 652.

⁹¹⁴ COLOMBARA, p. 433 No 687.

⁹¹⁵ DEFAGO GAUDIN, p. 85 No 311.

⁹¹⁶ ATF 5A_839/2009 = SJ 2010 p. 253.

⁹¹⁷ GILLIERON COMMENTAIRE No 24 ad art. 96 LP. GILLIERON NOTE 1991, p.130. MARCHAND, *Poursuite*, p. 102. STOFFEL, p. 130.

b) La protection de l'annotation du droit conventionnel

Nous nous rallions, en revanche, à la jurisprudence du Tribunal fédéral, appliquée par analogie au droit de l'exécution forcée, selon laquelle la protection conférée par l'annotation à un droit d'emption conventionnel dure aussi longtemps que la créance en transfert de propriété de l'empteur n'a pas été inscrite au Registre foncier⁹¹⁸. Admettre le contraire limiterait la portée de l'annotation. ⁸⁶⁷

Ainsi, si l'on admet qu'un droit d'emption annoté au Registre foncier fait partie de l'état des charges, et est délégué à l'adjudicataire⁹¹⁹, on doit admettre que la créance en transfert de propriété résultant de l'exercice du droit d'emption doit également être déléguée à l'adjudicataire⁹²⁰. Admettre le contraire serait reconnaître une protection du droit, mais non de l'exercice, ce qui n'a aucun sens. ⁸⁶⁸

c) L'application par analogie au droit de préemption

Reste la question de l'application par analogie de ces principes à l'exercice du droit de préemption. Cette dernière doit, selon nous, être admise. Tout comme doit être réservée, selon nous, l'application par analogie de l'art. 96 al. 2 LP à l'acte de vente, ou l'acte économiquement analogue, conclu par le débiteur après l'exécution de la saisie, si les créanciers saisissants/séquestrés n'ont pas donné leur accord, ou si le droit de préemption est exercé à des conditions différentes que celles figurant dans le contrat de vente, au détriment des créanciers saisissants/séquestrés (droit de préemption qualifié). Un tel acte serait inopposable aux créanciers saisissants/séquestrés en vertu de l'art. 96 al. 2 LP, par analogie. En cas de faillite, l'acte de vente ou économiquement analogue serait nul au sens de l'art. 204 LP. ⁸⁶⁹

d) La vente de gré à gré et le délai d'exercice du droit de préemption

Conformément à la jurisprudence⁹²¹ et à la doctrine⁹²², nous sommes d'avis que la vente de gré à gré, à l'instar de la vente aux enchères constitue un cas de préemption au sens de l'art. 681 al. 1 1^{ère} phrase CC par analogie. ⁸⁷⁰

⁹¹⁸ RNRF 1979 p. 381 ss.

⁹¹⁹ GILLIERON LP, p. 253 No 1315. MARCHAND, *Poursuite*, p. 102. Ces auteurs traitent du droit de préemption, mais le même principe s'applique au droit d'emption.

⁹²⁰ CoRo-PIOTET No 22 ad art. 135 LP.

⁹²¹ ATF 1P 639/2004.

⁸⁷¹ Par ailleurs, nous sommes d'avis qu'il y aurait également lieu d'appliquer à la vente de gré à gré l'art. 60a ORFI par analogie, malgré un défaut de jurisprudence du Tribunal fédéral, et une doctrine opposée⁹²³. En effet, dans la mesure où le Tribunal fédéral a admis qu'il n'y a pas lieu de faire de différence entre la vente aux enchères et la vente de gré à gré⁹²⁴, nous ne voyons pas pourquoi nous en ferions une quant à l'application de cette disposition.

e) L'exercice du droit de préemption au regard de la LDFR

⁸⁷² Concernant l'exercice du droit de préemption du parent au double de la valeur de rendement au sens de l'art. 44 LDFR, nous sommes d'avis que cette disposition s'applique en cas de réalisation forcée.

⁸⁷³ Il appartient à l'Office d'examiner, *prima facie*, le bien-fondé du droit de préemption invoqué⁹²⁵. Néanmoins, en cas de doute, ou de contestation d'un créancier poursuivant quant au bien-fondé du droit invoqué, alors l'Office doit renvoyer les parties au juge civil afin de trancher le litige⁹²⁶. Par ailleurs, pour ne pas laisser trop longtemps l'adjudication en suspens, et ainsi assurer la sécurité du droit, l'Office devra impartir un délai. Nous préconisons un délai de 10 jours, en application de l'art. 67 al. 1 LDFR par analogie. Néanmoins, il doit être admis un certain pouvoir d'appréciation de l'Office compte tenu des circonstances particulières.

⁹²² EMERY, p.251 No 665. GILLIERON COMMENTAIRE No 28 ad art. 143b. LORANDI, p. 148. SchKG-HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ No 31 ad art 143b.

⁹²³ CoRo-PIOTET No 6 ad art. 143b. EMERY, p.252 No 667. VOLLENWEIDER, p.129. LORANDI, p.152.

⁹²⁴ ATF 1P 639/2004.

⁹²⁵ Contra : DONZALLAZ, *Pratique*, p. 125 No 296. EMERY, p. 248 No 659. EMERY, p. 249 No 659.

⁹²⁶ CoRo-PIOTET No 10 ad art. 142a.

CONCLUSION

Nous arrivons au terme de notre thèse avec un sentiment mitigé. L'adoption des nouveaux art. 681 ss CC et 216 ss CO, en 1994, a permis de codifier la jurisprudence et les usages en la matière, renforçant et sécurisant ainsi indubitablement le droit de préemption immobilier de droit privé.

Demeurent toutefois certaines difficultés liées à l'exercice du droit qui restent à clarifier. Ainsi, nous pensons notamment à la définition du cas de préemption, et en particulier à la notion de « l'acte juridique équivalant économiquement à une vente » au sens de l'art. 216c al. 1 CO.

Nous sommes conscients de la difficulté de la tâche, tant le cas de préemption est dépendant de l'intention des parties. Une définition figée et définitive est donc pratiquement impossible à donner. Néanmoins, en définissant plus précisément le cas de préemption, le législateur permettrait de lever certaines incertitudes, apparues dans la pratique, ainsi que dans la doctrine, et faciliter l'exercice du droit.

Un renforcement de la forme authentique serait également opportune, tant cette dernière permet d'assurer la sécurité juridique non seulement au moment de la constitution du droit, mais également au moment de son exercice.

Tout d'abord, la notion de droit de préemption dit qualifié devrait être étendue expressément à toute clause contractuelle qui pourrait restreindre les droits du propriétaire grevé. En effet, pourquoi imposer la forme authentique uniquement si le prix est convenu d'avance ? Une protection plus étendue du propriétaire s'impose, selon nous.

Il y aurait lieu, par ailleurs, de soumettre la déclaration d'exercice du préempteur à la forme authentique, mettant ainsi fin à une jurisprudence du Tribunal fédéral que nous n'approuvons pas. Dès lors, la même protection serait assurée tant au préempteur qu'à l'acquéreur, en particulier en cas d'exercice d'un droit de préemption légal ou d'un droit de préemption conventionnel non qualifié.

Quant à la renonciation de l'exercice du droit de préemption, nous sommes d'avis qu'un renvoi exprès de la loi à l'art. 681b al. 2 CC, qui est de droit impératif, se justifierait pour le droit conventionnel. Ainsi, dans tous les cas, devrait être considérée nulle la déclaration unilatérale du préempteur de renoncer à l'exercice de son droit avant la réalisation du cas de préemption.

En revanche, serait admissible, selon nous, une convention conclue entre le préempteur et le vendeur aux termes de laquelle le préempteur déclarerait expressément renoncer à l'exercice de son droit avant la réalisation d'un cas de préemption. L'accord devrait être passé en la forme authentique, et devrait préciser expressément les conditions du cas de préemption, garantissant ainsi

la sécurité juridique. Une base légale expresse en ce sens serait souhaitable. Cela répondrait à un besoin des milieux concernés.

Finalement, demeurent réservés les droits du préempteur dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée au regard des intérêts des créanciers. Contrairement à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, nous ne pensons pas que la propriété d'un immeuble, qui fait l'objet d'une mesure d'exécution forcée, puisse être transférée au préempteur sans l'accord des créanciers poursuivants ou de l'administration de la faillite. Se rallier à une telle jurisprudence, c'est reconnaître au préempteur un droit de distraction, ce qui n'est pas conforme à la nature de ce droit. En revanche, la protection de l'annotation devrait, selon nous, être garantie jusqu'à ce que le transfert de propriété ait eu lieu au Registre foncier en faveur du préempteur, conformément à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral. Le législateur devrait confirmer ces principes afin d'éviter toute discussion à ce sujet. A défaut de modification législative, la jurisprudence du Tribunal fédéral devrait apporter ces précisions, en s'inspirant de la doctrine.

Liste des ouvrages

- Alberini, Adrien* 2010
Le transfert de technologie en droit communautaire de la concurrence
 Mise en perspective avec les règles applicables aux accords de recherche et développement, de production et de distribution
- Baddeley, Margareta* 1994
L'association sportive face au droit
 Les limites de son autonomie
- Baddeley, Margareta (éd.)* 1999
La forme sociale de l'organisation sportive
 Questions de responsabilité
 Actes de la Journée de Droit du sport de la Faculté de droit de l'Université de Genève 25 mars 1999
- Bellanger, François (éd.)* 2000
L'Etat face aux dérives sectaires
 Actes du colloque du 25 novembre 1999
- Bernard, Frédéric* 2010
L'Etat de droit face au terrorisme
- Bino, Maria-Antonella* 2006
Hospitalisation forcée et droits du malade mental
 Etude de droit international et de droit comparé
- Botoy Ituku, Elangi* 2007
Propriété intellectuelle et droits de l'homme
 L'impact des brevets pharmaceutiques sur le droit à la santé dans le contexte du VIH / SIDA en Afrique
- Cattaneo, Daniele* 1992
Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage
 Prévention du chômage et aide à la formation en droit suisse, droit international et droit européen
- Chaix, François* 1995
Le contrat de sous-traitance en droit suisse
 Limites du principe de la relativité des conventions
- Chappuis, Christine* 1991
La restitution des profits illégitimes
 Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse
- Chatton, Gregor T.* 2005
Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmensenrechten innerhalb der WTO
 Politisches Scheitern und rechtliche Perspektiven
- Chavanne, Sylvie* 1993
Le retard dans l'exécution des travaux de construction
 Selon le Code des obligations et la norme SIA 118

- Converset, Stéphanie* 2009
Aide aux victimes d'infractions et réparation du dommage
 De l'action civile jointe à l'indemnisation par l'Etat sous l'angle du nouveau droit
- Curat, Philippe* 2006
Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale
- Défago Gaudin, Valérie* 2006
L'immeuble dans la LP: indisponibilité et gérance légale
- Donatiello, Giuseppe* 2010
Responsabilité du débiteur: de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations
 Codifications supranationales récentes (CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes européens) et Code des obligations suisse
- Droz, Johan* 2008
La substitution dans le contrat de mandat
- Ducrot, Michel* 2005
La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole: quelques législations cantonales au regard du droit fédéral
- Dunand, Jean-Philippe* 2000
Le transfert fiduciaire: « Donner pour reprendre »
Mancipio dare ut remancipetur
 Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion
- Dupont, Anne-Sylvie* 2005
Le dommage écologique
 Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel
- Favre-Bulle, Xavier* 1998
Les paiements transfrontières dans un espace financier européen
- Fehlbaum, Pascal* 2007
Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?
- Foëx, Bénédicte* 1997
Le contrat de gage mobilier
- Gafner d'Aumeries, Sonja* 1992
Le principe de la double incrimination
 En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis
- Garibian, Sévane* 2009
Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne
 Naissance et consécration d'un concept
- Garrone, Pierre* 1991
L'élection populaire en Suisse
 Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons
- Gerber, Philippe* 1997
La nature cassatoire du recours de droit public
 Mythe et réalité
- Gonin, Luc* 2011
L'obsolescence de l'Etat moderne
 Analyse diachronique et contextuelle à l'exemple de l'Etat français
- de Gottrau, Nicolas* 1999
Le crédit documentaire et la fraude
 La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre
- Grant, Philip* 2000
La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers

- Grodecki, Stéphane* 2008
L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève
- Guibentif, Pierre* 1997
La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale
Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal
- Gutzwiller, Céline* 2008
Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse
- Hack, Pierre* 2003
La philosophie de Kelsen
Epistémologie de la *Théorie pure du droit*
- Henzelin, Marc* 2000
Le principe de l'universalité en droit pénal international
Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité
- Hottelier, Michel* 1990
L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse
- Hottelier, Michel* 1995
Le Bill of Rights et son application aux Etats américains
Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse
- Issenhuth-Scharly, Ghislaine* 2009
Autonomie individuelle et biobanques
Etude de droit comparé (droit européen, droit français, droit suisse)
- Jeanneret, Yvan* 2002
La violation des devoirs en cas d'accident
Analyse critique de l'article 92 LCR
- Jeandin, Nicolas* 1994
Le chèque de voyage
- Jung, Anne* 2008
Jeremy Bentham et les mesures de sûreté en droit actuel: Suisse et Belgique
- Junod Moser, Dominique* 2001
Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation
Etude de droit suisse et de droit européen
- Junod, Valérie* 2005
Clinical drug trials
Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals
- Kastanas, Elias* 1993
Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce
- Lampert, Frank* 2000
Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG
- Languin, Noëlle/Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/Roth, Robert/Sardi, Massimo/Strasser, François Roger* 1994
La libération conditionnelle: risque ou chance?
La pratique en 1990 dans les cantons romands
- Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/Robert, Christian-Nils* 2006
L'art de punir
Les représentations sociales d'une «juste» peine

- Lempen, Karine* 2006
Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur
 Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne
- Manai, Dominique* 1999
Les droits du patient face à la médecine contemporaine
- Mandofia Berney, Marina* 1993
Vérités de la filiation et procréation assistée
 Etude des droits suisse et français
- Marchand, Sylvain* 1994
Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale
 Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent* 1999
L'autonomie constitutionnelle des cantons
- Marti, Ursula* 2011
Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
 Am Beispiel der internationalen, europäischen und schweizerischen Rechtsordnung
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1991
Les instruments d'action de l'Etat
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
La légalité: un principe à géométrie variable
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1995
Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1996
La pesée globale des intérêts
 Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire
- Moreno, Carlos* 2002
Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document
- Morin, Ariane* 2002
La responsabilité fondée sur la confiance
 Etude critique des fondements d'une innovation controversée
- Oberson, Xavier* 1991
Les taxes d'orientation
 Nature juridique et constitutionnalité
- Ordolli, Stiliano* 2008
Histoire constitutionnelle de l'Albanie des origines à nos jours
- Papaux van Delden, Marie-Laure* 2002
L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux
- Pavlidis, Georgios* 2012
Confiscation internationale: instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse
- Peter, Henry* 1990
L'action révocatoire dans les groupes de sociétés
- Pont Veuthey, Marie-Claire* 1992
Le pouvoir législatif dans le canton du Valais

- Rohmer, Sandrine* 2006
Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée
 Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique
- Rubido, José-Miguel* 2012
L'exercice du droit de préemption immobilier au regard du droit privé
- Sambuc Bloise, Joëlle* 2007
La situation juridique des Tziganes en Suisse
 Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits de l'homme
- Scartazzini, Gustavo* 1991
Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale
 Avec un aperçu des différentes théories de la causalité
- Schneider, Jacques-André* 1994
Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation
 Etude de droit suisse et comparé
- Schröter, François* 2007
Les frontières de la Suisse: questions choisies
- Soma, Abdoulaye* 2009
Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique
- Stieger-Chopard, Arlette* 1997
L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme
 Etude de droit allemand et de droit suisse
- Tanquerel, Thierry* 1996
Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis
- Tevini Du Pasquier, Silvia* 1990
Le crédit documentaire en droit suisse
 Droits et obligations de la banque mandataire et assignée
- Tornay, Bénédicte* 2008
La démocratie directe saisie par le juge
 L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse
- Trigo Trindade, Rita* 1996
Le conseil d'administration de la société anonyme
 Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs
- Voïnov Kohler, Juliette* 2006
Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques: entre diplomatie et droit
- Vulliéty, Jean-Paul* 1998
Le transfert des risques dans la vente internationale
 Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980
- Werly, Stéphane* 2005
La protection du secret rédactionnel
- Wisard, Nicolas* 1997
Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile
- Zellweger, Tobias* 2008
Les transports collectifs de personnes dans l'agglomération francogène-voise: Etude de droit transfrontalier

Recueils de textes

(anciennement « Série rouge »)

*Auer, Andreas/Flückiger, Alexandre/ 2007
Hottelier, Michel (éd.)*

Les droits de l'homme et la constitution. Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni

*Auer, Andreas/Delley, Jean-Daniel/ 2001
Hottelier, Michel/Malinverni, Giorgio (éd.)*

Aux confins du droit

Essais en l'honneur du
Professeur Charles-Albert Morand

*Cassani, Ursula/Roth, Robert/
Sträuli, Bernhard (éd.) 2009*

Montrer la justice, penser le droit pénal

Colloque en l'honneur du Professeur
Christian-Nils Robert

*Chappuis, Christine/ 2006
Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.)*

Le législateur et le droit privé

Colloque en l'honneur du professeur
Gilles Petitpierre

*Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ 1998
Meyer-Pritzl, Rudolf/
Winiger, Bénédicte (éd.)*

Pacte, convention, contrat

Mélanges en l'honneur du Professeur
Bruno Schmidlin

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010

**Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes ?**

L'efficacité entre éthique et droit

Foëx, Bénédicte/Jeandin, Nicolas (éd.) 2011

Le Code de procédure civile

Aspects choisis

*Foëx, Bénédicte/Hottelier, Michel/ 2007
Jeandin, Nicolas (éd.)*

Les recours au Tribunal fédéral

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2000

**Insolence, désendettement
et redressement**

Etudes réunies en l'honneur de Louis
Dallèves, Professeur à l'Université de
Genève

Hottelier, Michel (éd.) 2011

Albert Cohen

L'écrivain au service de l'Etat de droit

Actes du colloque organisé le 18 février
2011 par la Faculté de droit et la Fonda-
tion Mémoire Albert Cohen

*Kellerhals, Jean/Manai, Dominique/ 2002
Roth, Robert (éd.)*

Pour un droit pluriel

Etudes offertes au Professeur
Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.) 1997

**Problèmes actuels de droit
économique**

Mélanges en l'honneur du Professeur
Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André 1998

De l'autre côté du miroir

Etudes récentes

Schönle, Herbert 1995

Droit des obligations et droit bancaire

Etudes

Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (éd.) 2006

**Droit de la consommation/
Konsumentenrecht/Consumer Law**

Liber amicorum Bernd Stauder

Ouvrages collectifs

Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique

Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son congrès 1991 à Genève. 1991

Problèmes actuels de droit fiscal

Mélanges en l'honneur du Professeur Raoul Oberson 1995

Trigo Trindade, Rita/Peter, Henry/Bovet, Christian (éd.) 2009

Economie Environnement Ethique

De la responsabilité sociale et sociétale Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit civil

Baddeley, Margareta (éd.) 2007

La protection de la personne par le droit

Journée de droit civil 2006 en l'honneur du Professeur Martin Stettler

Baddeley, Margareta/Foëx, Bénédicte (éd.) 2009

La planification du patrimoine

Journée de droit civil 2008 en l'honneur du Professeur Andreas Bucher

Perrin, Jean-François/Chappuis, Christine 2008

Droit de l'association

3^e édition

Démocratie directe

Arx, Nicolas von 2002

Ähnlich, aber anders

Die Volksinitiative in Kalifornien und in der Schweiz

Auer, Andreas (éd.) 1996

Les origines de la démocratie directe en Suisse / Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie

Auer, Andreas (éd.) 2001

Sans délais et sans limites?

L'initiative populaire à la croisée des chemins

Ohne Fristen und Grenzen?

Die Volksinitiative am Scheideweg

Auer, Andreas/Trechsel, Alexander H. 2001

Voter par Internet?

Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique

Delley, Jean-Daniel (éd.) 1999

Démocratie directe et politique étrangère en Suisse/

Direkte Demokratie und

schweizerische Aussenpolitik

Schuler, Frank 2001

Das Referendum in Graubünden

Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe 1999

Kaleidoskop Volksrechte

Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Trechsel, Alexander 2000
Feuerwerk Volksrechte
Die Volksabstimmungen in den
schweizerischen Kantonen 1970–1996

Droit et Histoire

(anciennement « Droit et Histoire »,
« Les grands juristes »
et « Grands textes »)

*Dufour, Alfred/Roth, Robert/
Walter, François (éd.)* 1994
**Le libéralisme genevois, du Code civil
aux constitutions (1804–1842)**

Dufour, Alfred (éd.) 1998
**Hommage à Pellegrino Rossi
(1787–1848)**
Genevois et Suisse à vocation
européenne

Dufour, Alfred (éd.) 2001
Rossi, Pellegrino
Cours d'histoire suisse

Dufour, Alfred 2003
**L'histoire du droit entre philosophie
et histoire des idées**

Dunand, Jean-Philippe 2004
Keller, Alexis (éd.)
Stein, Peter
Le droit romain et l'Europe
Essai d'interprétation historique,
2^{ème} édition

Hottelier, Michel (éd.) 2010
Fazy, James
De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

Manai, Dominique 1990
Eugen Huber
Jurisconsulte charismatique

Monnier, Victor (éd.) 2002
Bonaparte et la Suisse
Travaux préparatoires de l'Acte
de Médiation (1803)
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor 2003
Bonaparte, la Suisse et l'Europe
Colloque européen d'histoire
constitutionnelle pour le bicentenaire
de l'Acte de médiation (1803–2003)

Dufour, Alfred/Monnier, Victor (Ed.) 2011
**La Savoie, ses relations avec
Genève et la Suisse**
Actes des journées d'étude à l'occasion
du 150^e anniversaire de l'Annexion
de la Savoie à la France organisées à
Genève, les 4 et 5 novembre 2010

*Quastana, François/
Monnier, Victor (Ed.)* 2008
**Paoli, la Révolution Corse
et les Lumières**
Actes du colloque international
organisé à Genève, le 7 décembre 2007

Reiser, Christian M. 1998
**Autonomie et démocratie
dans les communes genevoises**

Schmidlin, Bruno/ 1991
Dufour, Alfred (éd.)
**Jacques Godefroy (1587–1652)
et l'Humanisme juridique à Genève**
Actes du colloque Jacques Godefroy

Winiger, Bénédicte 1997
La responsabilité aquilienne romaine
Damnum Iniuria Datum

Winiger, Bénédicte 2002
La responsabilité aquilienne en droit commun
Damnum Culpa Datum

Hottelier, Michel/ Foëx, Bénédicte (éd.) 2001
L'aménagement du territoire
Planification et enjeu

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte (éd.) 2011
Droit de superficie et leasing immobilier
Deux alternatives au transfert de propriété

Foëx, Bénédicte/ Hottelier, Michel (éd.) 2009
La garantie de la propriété à l'aube du XXI^e siècle
Expropriation, responsabilité de l'Etat, gestion des grands projets et protection du patrimoine

Foëx, Bénédicte/ Hottelier, Michel (éd.) 2007
Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier

Hottelier, Michel/ Foëx, Bénédicte (éd.) 2005
Protection de l'environnement et immobilier
Principes normatifs et pratique jurisprudentielle

Hottelier, Michel/ Foëx, Bénédicte (éd.) 2003
La propriété par étages
Fondements théoriques et questions pratiques

Hottelier, Michel/ Foëx, Bénédicte (éd.) 1999
Les gages immobiliers
Constitution volontaire et réalisation forcée

Droit administratif

Bellanger, François/ Tanquerel, Thierry (éd.) 2002
Les contrats de prestations

Tanquerel, Thierry/ Bellanger, François (éd.) 2002
L'administration transparente

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine/ Winiger, Bénédicte (éd.) 2005
Le préjudice
Une notion en devenir
(Journée de la responsabilité civile 2004)

Chappuis, Christine/ Winiger, Bénédicte (éd.) 2007
Les causes du dommage
(Journée de la responsabilité civile 2006)

Chappuis, Christine/ 2009
Winiger, Bénédicte (éd.)
**La responsabilité pour l'information
fournie à titre professionnel**
(Journée de la responsabilité civile 2008)

Chappuis, Christine/ 2011
Winiger, Bénédicte (éd.)
**La preuve en droit de la responsabilité
civile**
(Journée de la responsabilité civile 2010)

Etier, Guillaume 2006
Du risque à la faute
Evolution de la responsabilité civile
pour le risque du droit romain au droit
commun

Winiger, Bénédicte (éd.) 2008
**La responsabilité civile européenne
de demain**
Projets de révision nationaux et
principes européens

Europäisches Haftungsrecht morgen
Nationale Revisionsentwürfe und
europäische Haftungsprinzipien
(Colloque international à l'Université
de Genève)

Winiger, Bénédicte 2009
**La responsabilité aquilienne
au 19^{ème} siècle**
Damnum iniuria et culpa datum

En s'intéressant à « l'exercice du droit de préemption immobilier au regard du droit privé », l'auteur de la thèse analyse les droits de préemption immobiliers légaux (art. 681 ss du Code civil), ceux de la Loi sur le droit foncier rural, et ceux conventionnels (art. 216 ss du Code des obligations).

Il examine les différentes étapes qui conduisent à l'exercice du droit de préemption, en mettant en exergue les problèmes qui peuvent surgir, et en y apportant des solutions juridiques.

Il s'arrête par ailleurs sur la question de la renonciation anticipée à l'exercice du droit, et celle du concours entre plusieurs droits de préemption de même nature, ou de nature différente, ainsi que du concours avec les autres droits portés au Registre foncier.

Finalement, le statut du droit de préemption immobilier de droit privé est examiné au regard de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite.