

Les droits de préemption et d’emption des collectivités publiques

par

Valérie Défago Gaudin¹

Professeure à l’Université de Neuchâtel

I. Introduction	74
II. Un instrument dans un régime de droit de propriété modifié	76
III. Un instrument de droit public au service d’une politique publique	81
A. Un instrument de droit public	81
B. Au service d’une politique publique.....	85
IV. Une atteinte à la garantie de la propriété et à la liberté économique	88
A. L’atteinte	89
B. Le caractère admissible de l’atteinte	92
1. La base légale	92
2. L’intérêt public	93
3. La proportionnalité.....	94
V. La décision d’exercer le droit de préemption ou d’emption et la mise en œuvre de celui-ci	95
VI. Conclusion.....	98

¹ Je remercie Monsieur Alen UDOVICIC, assistant-doctorant à la Faculté de droit de Neuchâtel, de l’aide apportée à l’élaboration de ce texte.

I. Introduction

1. Le droit de préemption des collectivités publiques est un instrument juridique connu de longue date. En 1963 déjà, l'initiative populaire contre la spéculation foncière proposait de confier à la Confédération et aux cantons un droit de préemption en cas de vente d'immeubles entre particuliers afin d'empêcher une hausse injustifiée du prix des immeubles, de prévenir la pénurie de logements et de favoriser l'aménagement du territoire² ; cette initiative a toutefois été rejetée en votation populaire le 2 juillet 1967³. Depuis, le droit de préemption des collectivités publiques a fait son apparition dans une trentaine de lois fédérales et cantonales.
2. Bien que quantitativement peu utilisé, sous réserve notable de l'exception genevoise, le droit de préemption des collectivités publiques s'est récemment trouvé sous les feux de la rampe. Le Tribunal fédéral a rendu en avril 2016 un arrêt de principe démontrant le caractère redoutable de cet instrument lorsqu'il est mis au service de la politique du logement⁴. Peu après, le peuple vaudois a accepté d'insérer le droit de préemption des communes dans sa nouvelle Loi du 10 mai 2016 sur la préservation et la promotion du parc locatif (LPPPL), adoptée en votation populaire le 12 février 2017⁵. Le droit de préemption des collectivités publiques a été la question

² Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur l'initiative populaire contre la spéculation foncière du 31 mai 1966, FF 1966 I 898 ss.

³ Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le résultat de la votation populaire du 2 juillet 1967 sur l'initiative contre la spéculation foncière du 24 juillet 1967, FF 1967 II 49 ss. Cette initiative est considérée comme étant à l'origine des articles constitutionnels sur le droit foncier : R. MAHAIM, Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire – Le mitage du territoire à l'épreuve du droit : utilisation mesurée du sol, urbanisation et dimensionnement des zones à bâtir, thèse, Fribourg 2014, p. 17.

⁴ ATF 142 I 76.

⁵ LPPPL.

probablement la plus sensible de la discussion du « paquet logement » au Grand Conseil entre 2011 et 2016⁶.

3. Quant au droit d’emption en faveur des collectivités publiques au service de l’aménagement du territoire, il existe à Genève depuis 1965 pour le remembrement foncier urbain. Le droit d’emption des collectivités publiques avait en outre été pressenti par le Conseil fédéral comme un moyen de lutte contre la thésaurisation du sol dans l’avant-projet de Loi sur le développement territorial mis en consultation entre décembre 2008 et avril 2009, qui visait à la révision complète de la Loi fédérale sur l’aménagement du territoire du 22 juin 1979⁷. Ce projet a été abandonné au profit de la révision partielle de la LAT⁸ adoptée par les Chambres fédérales le 15 juin 2012 et acceptée en votation populaire le 3 mars 2013⁹. Bien qu’un des objets de cette révision partielle fût la lutte contre la thésaurisation des terrains à bâtir, le droit d’emption des collectivités publiques n’a pas été intégré dans les dispositions du droit modifié ; toutefois, le Conseil fédéral a invité les cantons à s’en pourvoir pour assurer la disponibilité des terrains constructibles¹⁰. Alors que le canton d’Obwald connaît cet instrument depuis 2009 déjà, le canton du Jura s’en est doté, et Neuchâtel et le Valais pourraient en faire de même.
4. Les droits de préemption et d’emption des collectivités publiques empruntent au droit privé ces instruments qui confèrent un droit

⁶ Voir le Rapport complémentaire du 18 décembre 2015 de la commission chargée d’examiner les objets suivants : (169) Préavis du Conseil d’Etat au Grand Conseil sur l’initiative populaire cantonale « Stop à la pénurie de logements » et Projet de loi modifiant la loi sur le logement du 9 septembre 1975 et Exposé des motifs et projet de décret ordonnant la convocation du corps électoral pour se prononcer sur l’initiative populaire cantonale « Stop à la pénurie de logements » et les projets de lois modifiant la loi sur l’aménagement du territoire et la loi sur le logement (contre-projet du Conseil d’Etat) et (168) Exposé des motifs complémentaire et Projets de lois sur la préservation du parc locatif vaudois (LLPL) et modifiant la loi du 6 mai 2006 sur l’énergie.

⁷ RS 700 ; LAT.

⁸ Message du Conseil fédéral relatif à une révision partielle de la loi fédérale sur l’aménagement du territoire du 20 janvier 2010, FF 2010 959 ss, p. 962 s.

⁹ RO 2014 899.

¹⁰ Message (note 8), p. 984-986.

d'acquisition conditionnel en vue d'un transfert de propriété, à des fins de politiques publiques. De par leur ancrage à la loi de droit public en vue de la réalisation d'une tâche publique par une collectivité publique, ils sont un moyen d'action confié à l'Etat. Leur exercice doit alors répondre aux intérêts et exigences rattachés à l'action étatique. Se pose ensuite la question de l'articulation entre la décision de les exercer, laquelle relève de l'action publique, et leur mise en œuvre sur le plan du droit privé.

5. Lors de la Journée de droit administratif 2009, T. TANQUEREL a commis une contribution de référence sur le droit de préemption légal des collectivités publiques¹¹. Nous nous attacherons par conséquent à aborder les droits de préemption et d'emption des collectivités publiques sous quatre angles : les droits de préemption et d'emption des collectivités publiques comme instruments dans un régime de droit de propriété modifié (II.), les droits de préemption et d'emption des collectivités publiques comme instruments de droit public au service d'une politique publique (III.), les droits de préemption et d'emption des collectivités publiques comme une atteinte à la garantie de la propriété et à la liberté économique (IV.). Nous évoquerons enfin l'exercice de ces droits et leur mise en œuvre (V.) et livrerons une définition en guise de conclusion (VI.). Nous ne nous pencherons en revanche pas sur les droits de préemption ou d'emption que peuvent convenir les collectivités publiques avec des propriétaires, qu'elles agissent comme des particuliers ou au moyen de contrats dits de planification dans leur tâche d'aménagement du territoire¹².

II. Un instrument dans un régime de droit de propriété modifié

6. Evoquer le caractère public des droits de préemption et d'emption des collectivités publiques impose de rappeler préalablement de quelle

¹¹ T. TANQUEREL, Le droit de préemption légal des collectivités publiques, in : T. Tanquerel/F. Bellanger (édit.), La maîtrise publique du sol : expropriation formelle et matérielle, préemption, contrôle du prix, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 147 ss. On mentionne également une thèse relativement ancienne sur le sujet : M. GLAUSER, Das öffentliche Vorkaufsrecht, thèse, Zurich 1969.

¹² A ce propos, voir N.F. ADANK, L'utilisation du contrat de planification à l'aune de

manière s'exprime la maîtrise de l'Etat sur ses biens. En effet, ces droits sont des droits d'acquisition conditionnels procurant à leur titulaire la faculté d'activer une créance tendant au transfert de la propriété¹³, de sorte qu'il convient de mentionner quelle est la place du régime de propriété des art. 641 ss CC s'agissant des biens détenus par l'Etat.

7. Le critère d'appartenance à l'Etat sur ses biens n'est pas systématiquement la propriété. Il dépend, en réalité, du type de bien dont il s'agit.
8. Il est admis que les biens de l'Etat sont répartis en trois catégories : le domaine public, le patrimoine administratif et le patrimoine financier¹⁴. Ces trois types de biens font l'objet de définitions jurisprudentielles qui sont elles aussi généralement admises. Le domaine public comprend l'ensemble des biens qui peuvent être utilisés librement par tout un chacun ; il se divise en deux catégories : le domaine public naturel qui est l'ensemble des biens créés exclusivement ou principalement par la nature et le domaine public artificiel qui est formé d'ouvrages créés par l'homme¹⁵. Le patrimoine administratif comprend toutes les choses publiques qui servent directement à remplir une tâche publique¹⁶. Quant au patrimoine

deux projets législatifs : la révision de la LATeC-FR et la nouvelle LPPPL vaudoise, DC 2017 p. 9 ss.

¹³ B. FOËX, La nouvelle réglementation des droits de préemption, d'emption et de réméré dans le CC/CO, SJ 1994 381 ss, p. 388.

¹⁴ ATF 138 I 274, consid. 2.3.2. J. DUBEY/J.-B. ZUFFEREY, Droit administratif général, Bâle 2014, p. 525 ; U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7^e éd., Zurich/Saint-Gall 2016, p. 490 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève 2011, p. 61 ss. La doctrine distingue également entre choses publiques (« *öffentliche Sachen* », biens du domaine public) au sens large et au sens étroit, afin de distinguer le patrimoine financier des autres biens de l'Etat.

¹⁵ SJ 2001 557, consid. 5a.

¹⁶ ATF 103 II 227, consid. 3 ; ATF 89 I 31, consid. 3a. Cette définition jurisprudentielle généralise la notion de patrimoine administratif telle que définie à l'art. 9 al. 1 de la Loi fédérale réglant la poursuite pour dettes contre les communes et autres collectivités de droit public cantonal du 4 décembre 1947 (RS 282.11) : « Constituent, au sens de la présente loi, les biens administratifs d'une collectivité de droit public tous ceux qui sont affectés directement à l'accomplissement de ses

financier, il comprend les biens qui ne servent qu'indirectement, soit grâce à leur valeur en capital et à leur rendement, à remplir des tâches publiques¹⁷ ; les biens relevant du patrimoine financier sont parfois aussi définis comme étant ceux qui font partie de la propriété privée de l'Etat¹⁸.

9. Si ces définitions sont généralement admises, l'attribution d'un bien à l'une ou l'autre de ces catégories peut parfois s'avérer malaisée en raison du fait que les critères utilisés relèvent à la fois de l'intérêt poursuivi par l'usage du bien en cause (intérêt public ou intérêt privé), et du caractère ouvert à tous ou seulement à certains de cet usage (usage commun ou restreint à un cercle déterminé de personnes) ; or, ces critères ne se recoupent pas nécessairement¹⁹.
10. Pour ce qui est du droit applicable à la détention de ces biens par l'Etat, il est distingué entre patrimoine financier, d'une part, et patrimoine administratif et domaine public, d'autre part. Il est admis que le patrimoine financier est soumis au droit de propriété selon les art. 641 ss CC²⁰. Pour son acquisition, sa gestion et son aliénation, l'Etat agit au même titre qu'un particulier²¹.
11. En revanche, le régime juridique applicable au patrimoine administratif et aux biens du domaine public ne repose pas sur les mêmes bases. Pour ces biens, il prévaut un régime dit de « droit de propriété modifié »²² (« *modifiziertes Privateigentum* »²³, « propriété privée adaptée »²⁴), issu de la théorie dualiste du droit germanique²⁵,

tâches de droit public ».

¹⁷ ATF 103 II 227, consid. 3.

¹⁸ ATF 89 I 31, consid. 3a.

¹⁹ Par exemple ATF 138 I 274 relatif à l'affichage publicitaire dans les gares. Voir également la casuistique présentée par T. JAAG, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, ZBl 1992, p. 145 ss, p. 149 s.

²⁰ ATF 106 Ia 389, consid. 2a/bb. J. DUBEY/J.-B. ZUFFEREY (note 14), p. 531.

²¹ U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN (note 14), p. 496 ; T. TANQUEREL (note 14), p. 62.

²² T. TANQUEREL (note 14), p. 61.

²³ U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN (note 14), p. 497.

²⁴ J. DUBEY/J.-B. ZUFFEREY (note 14), p. 529.

²⁵ Pour une présentation historique et théorique, D. PIOTET, La théorie des droits

dans lequel droit public et droit privé trouvent conjointement application : sauf disposition contraire d'une loi spéciale, le Code civil régit l'acquisition, la perte, la modification et le contenu de cette propriété, tout en étant complété par les règles et principes du droit public relatifs au pouvoir de disposer et ceux tendant à assurer l'affectation de ces biens à un usage d'intérêt public²⁶. Pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, « on n'entend pas [par domaine public] une propriété, régie exclusivement par le droit public, qui constitue une catégorie spéciale de propriété complètement différente de la propriété privée. Il s'agit plutôt de la propriété en tant que telle, dont le contenu est défini par le droit public dans la mesure où cela est nécessaire pour accomplir les tâches publiques, mais qui pour le surplus peut être l'objet d'actes juridiques prévus par le droit privé »²⁷. Autrement dit, il n'existe pas dans notre ordre juridique un régime de droits réels de droit public²⁸, même si la doctrine romande l'appelle de ses vœux²⁹.

12. Ce régime de droit de propriété modifié trouve son fondement dans la puissance publique, qui est celle des collectivités publiques, et son ancrage à l'art. 664 al. 1 CC, qui énonce que « [I]es choses sans maître et les biens du domaine public sont soumis à la haute police de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent. ». Cette disposition comprend

administratifs réels en Suisse – Réflexions à propos de l'impérialisme dogmatique du droit privé, in : B. Bovay/M.S. Nguyen (édit.), *Mélanges Pierre Moor – Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire*, Berne 2005, p. 461.

²⁶ J. DUBEY/J.-B. ZUFFEREY (note 14), p. 529 ; U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN (note 14), p. 497 ; F. UHLMANN, *Ein Professor geht – Gedanken über den Begriff des Verwaltungsvermögen*, in : M. Rüssli et al. (édit.), *Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen – Festschrift für Tobias Jaag*, Zurich 2012, p. 87 s., p. 88.

²⁷ ATF 123 III 454, consid. 2, JdT 1999 I 53. *Contra* : J. DUBEY, *Espace – Temps – Propriété – Définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et de l'aménagement du territoire*, thèse, Fribourg 2012, p. 228.

²⁸ F. UHLMANN (note 25), p. 87 s.

²⁹ J. DUBEY (note 27), p. 228 ; D. PIOTET (note 25), p. 465.

tant les biens du domaine public que les immeubles du patrimoine administratif³⁰.

13. L'existence de ce régime de propriété modifié a pour conséquence qu'en règle générale, les biens relevant du patrimoine administratif de l'Etat et du domaine public sont propriété de l'Etat³¹. Mais il est tout autant possible que ces biens ne lui appartiennent pas ; en effet, la qualification de biens de l'Etat n'en dépend pas³². Cela étant, cette éventualité n'a pas à être évoquée dans le cadre de notre analyse, puisque les droits de préemption ou d'emption ont pour effet de rendre la collectivité publique propriétaire des biens sur lesquels elle aura fait valoir son droit.
14. Sous l'angle de l'analyse des droits de préemption et d'emption des collectivités publiques, le régime de droit privé modifié permet de reprendre, pour le compte de ces droits, un des éléments de la définition du droit de préemption de droit privé³³ en ce sens qu'il tend au transfert de la propriété.
15. Cela étant, bien que le régime de propriété auquel l'exercice du droit de préemption ou d'emption permet de parvenir relève du droit privé,

³⁰ P.-H. STEINAUER, art. 655-666b CC, in : P. Pichonnaz/B. Foëx/D. Piotet (édit.), Code civil II, Commentaire romand, Bâle 2016, art. 664 CC N 1. *Contra* : B. HÜRLIMANN-KAUP/F. NYFFELER, Die grundbuchliche Behandlung der nicht im Privateigentum stehenden und der dem öffentlichen Gebrauch dienenden Grundstücke nach Art. 944 ZGB, RNRF 2016, p. 81 ss, p. 86.

³¹ U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN (note 14), p. 498. A titre d'illustration, voir ATF 112 II 107, consid. 1. A noter qu'en vertu de l'art. 944 al. 1 CC, les immeubles qui ne sont pas propriété privée et ceux qui servent à l'usage public ne sont immatriculés au Registre foncier que s'il existe à leur égard des droits réels dont l'inscription doit avoir lieu ou si l'immatriculation est prévue par la législation cantonale ; à ce propos, voir B. HÜRLIMANN-KAUP/F. NYFFELER (note 30).

³² Pour la combinaison des différentes hypothèses possibles, voir J. DUBEY/J.-B. ZUFFEREY (note 14), p. 531 s.

³³ *Supra* I.

les droits de préemption et d'emption des collectivités publiques n'en demeurent pas moins des instruments du droit public³⁴.

III. Un instrument de droit public au service d'une politique publique

16. Les droits de préemption et d'emption des collectivités publiques trouvent leur fondement dans une base légale de droit public. A ce titre, ils sont des instruments du droit public qui répondent à des règles qui leur sont propres (A.). Ils constituent un moyen d'action de l'Etat au service d'une politique publique (B.).

A. Un instrument de droit public

17. En droit fédéral, le droit de préemption est attribué à la Confédération pour garantir que des logements soumis à la Loi fédérale encourageant le logement à loyer ou à prix modérés du 21 mars 2003³⁵, respectivement à la Loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements du 4 octobre 1974³⁶, ne soient pas détournés de leur affectation (art. 20 LOG, art. 24, 46 et 50 LCAP) ou, dans le régime de cette seconde loi, pour servir de garantie en cas de perception différée des intérêts des capitaux propres en contrepartie de l'abaissement des loyers (art. 41 LCAP).
18. Le droit fédéral fonde également les droits de préemption que les cantons peuvent prévoir dans leur législation. Tel est le cas en droit foncier rural, en faveur des collectivités publiques chargées d'exécuter des améliorations foncières ou des communes, des sociétés d'allmends, des corporations d'alpages (art. 56 al. 1 de la Loi fédérale

³⁴ En 1962, le Tribunal fédéral n'avait pas jugé indispensable de se prononcer sur la question de savoir si le droit de préemption genevois au service de la politique du logement est une mesure de droit civil ou de droit public : ATF 88 I 248, consid. 3.1 ; il a en revanche retenu, en 1988, sous l'angle de l'accès au recours de droit public, que tel était bien le cas : ATF 114 Ia 14, consid. 1a.

³⁵ RS 842 ; LOG.

³⁶ RS 843 ; LCAP.

sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991³⁷). Les cantons de Soleure³⁸, de Schaffhouse³⁹, de Saint-Gall⁴⁰, d'Obwald⁴¹, de Lucerne⁴², d'Appenzell Rhodes-Extérieurs⁴³ et des Grisons⁴⁴ ont concrétisé cette possibilité. Le même mécanisme est utilisé dans le domaine de l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, les cantons pouvant soumettre l'acquisition de logements et d'appartements dans des appart'hôtels à un droit de préemption en faveur de personnes non assujetties au régime de l'autorisation (art. 13 al. 1 let. c de la Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 16 décembre 1983⁴⁵). Dans le canton de Vaud, la Ville de Vevey bénéficie d'un tel droit⁴⁶ tandis que dans le canton du Jura, le canton a délégué cette compétence aux communes⁴⁷.

19. Mais c'est en réalité en droit cantonal que le droit de préemption des collectivités publiques est le plus présent.
20. En droit de l'aménagement du territoire, le droit de préemption permet au canton ou à la commune d'acquérir des terrains en zone de loisirs et de détente (Zurich⁴⁸), respectivement en zone d'utilité publique (Neuchâtel⁴⁹) ou affectée à de l'équipement public

³⁷ RS 211.412.11 ; LDFR.

³⁸ § 20 Kantonales Landwirtschaftsgesetz du 4 décembre 1994, BGS SO 921.11.

³⁹ Art. 32 Gesetz über die Förderung der Landwirtschaft du 29 novembre 1999, SHR 910.100.

⁴⁰ Art. 20 Landwirtschaftsgesetz du 21 juin 2002, sGS 610.1.

⁴¹ Art. 23 Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Landwirtschaft sowie zum bauerlichen Boden- und Pachtrecht du 25 janvier 2008, GDB 921.1.

⁴² § 46 Kantonales Landwirtschaftsgesetz du 12 septembre 1995, SRL 902.

⁴³ Art. 22 Gesetz über die Landwirtschaft du 7 juin 1998, bGS A. Rh. 920.1.

⁴⁴ Art. 3 Gesetz über die Erhaltung und Förderung der Landwirtschaft du 25 septembre 1994, BR 910.000.

⁴⁵ RS 211.412.41 ; LFAIE.

⁴⁶ Art. 4 de l'Arrêté concernant l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger sur le territoire de la commune de Vevey du 1^{er} juin 2011, RSV 211.51.1.2.

⁴⁷ Art. 7 de la Loi portant exécution de la loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 22 octobre 1987, RSJU 215.126.1.

⁴⁸ § 61 Planungs- und Baugesetz du 7 septembre 1975, LS 700.1 ; PBG.

⁴⁹ Art. 51 de la Loi cantonale sur l'aménagement du territoire du 2 octobre 1991,

(Genève⁵⁰), en zone réservée, aux fins de constructions d'utilité publique (Grisons⁵¹), en zone de développement industriel ou de développement d'activités mixtes (Genève⁵²), en zone d'extraction (Neuchâtel⁵³), en zone aéroportuaire (Genève⁵⁴) ou plus généralement lorsqu'un intérêt prépondérant l'exige (Jura⁵⁵). A Neuchâtel, le droit de préemption existe également en faveur du canton aux fins d'assurer le passage sur les rives du lac⁵⁶ et dans le canton du Jura, il existe sur les eaux publiques en faveur du canton⁵⁷.

21. Dans le domaine de la protection des monuments et des sites, le droit de préemption peut être exercé sur les fonds, immeubles et monuments historiques classés (Vaud⁵⁸, Genève⁵⁹), respectivement sur les biens culturels (Nidwald⁶⁰, Neuchâtel⁶¹, Fribourg⁶²).
22. Dans le domaine du logement social, le droit de préemption est conféré aux cantons et communes en garantie des prêts accordés à la

RSN 701.0 ; LCAT.

⁵⁰ Art. 19 al. 8 de la Loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987, RSG L 1 30 ; LaLAT.

⁵¹ Art. 67 Raumplanungsgesetz für den Kanton Graubünden du 6 décembre 2004, BR 801.00 ; KRG.

⁵² Art. 10 de la Loi générale sur les zones de développement industriel ou d'activités mixtes du 13 décembre 1984, RSG L 1 45 ; LZIAM.

⁵³ Art. 13 de la Loi sur l'extraction de matériaux du 31 janvier 1991, RSN 705.1 ; LEM.

⁵⁴ Art. 19 al. 6 LaLAT.

⁵⁵ Art. 100 de la Loi sur les constructions et l'aménagement du territoire du 25 juin 1987, RSJU 701.1 ; LCAT.

⁵⁶ Art. 42 de la Loi sur la protection et la gestion des eaux du 2 octobre 2012, RSN 805.10 ; LPGE.

⁵⁷ Art. 10 de la Loi sur la gestion des eaux du 28 octobre 2015, RSJU 814.20 ; LG EAUX.

⁵⁸ Art. 45 et 65 de la Loi sur la protection de la nature, des monuments et des sites du 10 septembre 1969, RSV 450.11 ; LPNMS.

⁵⁹ Art. 24 de la Loi sur la protection des monuments, de la nature et des sites du 4 juin 1976, RSG L 4 05 ; LPMNS.

⁶⁰ Art. 22 Gesetz über den Schutz der Kulturdenkmäler du 4 février 2004, NG NW 322.2.

⁶¹ Art. 26 de la Loi sur la protection des biens culturels du 27 mars 1995, RSN 461.30 ; LCPBC.

⁶² Art. 25 de la Loi sur la protection des biens culturels du 7 novembre 1991,

construction de tels logements (Zurich⁶³, Saint-Gall⁶⁴) ou pour s'assurer du maintien de l'affectation au logement d'immeubles au bénéfice de subventions (Lucerne⁶⁵, Grisons⁶⁶, Bâle Campagne⁶⁷). A Genève, il porte sur les biens-fonds faisant l'objet d'une modification des limites de zones et sur les biens-fonds sis en zone de développement, aux fins de la construction de logements dits sociaux⁶⁸.

23. Le droit d'emption des communes, voire du canton, est moins fréquent. Il sert la politique d'aménagement du territoire à Genève⁶⁹, à Obwald⁷⁰ et dans le canton du Jura⁷¹.
24. Les droits de préemption et d'emption des collectivités publiques répondent à leurs conditions propres, sans connaître les contraintes imposées aux droits de préemption prévus par le droit privé, notamment celle liée à leur validité dans le temps. Une limitation dans le temps n'aurait d'ailleurs pas de sens au regard de l'intérêt public recherché. Dans le même temps, cet intérêt public – exprimé par la fonction du droit d'acquisition selon le but d'intérêt public

RSF 482.1 ; LPBC.

⁶³ § 5 Gesetz über die Wohnbau- und Wohneigentumsförderung du 7 juin 2004, LS 841.

⁶⁴ Art. 14 Gesetz über Wohnbau- und Eigentumsförderung du 9 janvier 1992, sGS 737.1.

⁶⁵ § 8 Gesetz über Wohnbau- und Eigentumsförderung du 28 juin 1983, SRL 897.

⁶⁶ Art. 9 Gesetz über den sozialen Wohnungsbau und die Verbesserung der Wohnverhältnisse im Berggebiet du 10 mars 1985, BR 950.250.

⁶⁷ § 8 Gesetz über Wohnbau- und Eigentumsförderung, SG BS 897.

⁶⁸ Art. 3 de la Loi générale sur le logement et la protection des locataires du 4 décembre 1977, RSG I 4 05 ; LGL.

⁶⁹ Art. 91 et 97 de la Loi sur le remembrement foncier urbain du 11 juin 1965, RSG L 1 50 ; LRFU.

⁷⁰ Art. 11a Baugesetz du 12 juin 1994, GDB 710.1.

⁷¹ Art. 45b LCAT.

recherché – permet de s'assurer que ces droits d'acquisition soient utilisés à bon escient⁷².

25. Les droits de préemption et d'emption des collectivités publiques existent de par la loi et n'ont pas à être inscrits au Registre foncier. Toutefois, on notera la procédure particulière mise en place en droit cantonal jurassien, par laquelle la commune ou le canton doit obtenir du juge l'autorisation d'inscrire le droit de préemption en vue de son exercice (art. 107 LCAT). Certaines lois prévoient par ailleurs que le droit de préemption puisse faire l'objet d'une mention au Registre foncier⁷³.
26. Pour le surplus, les conditions permettant la mise en œuvre des droits de préemption ou d'emption varient d'une loi à l'autre. Les lois prévoient pour la plupart le délai pendant lequel le droit de préemption peut être exercé par les collectivités publiques, qui peut aller de 45 jours⁷⁴ à 3 mois⁷⁵ ; mais certaines lois ne prévoient pas de tel délai⁷⁶. Il en va de même des cas d'aliénation permettant l'exercice du droit de préemption, qui sont décrits avec plus ou moins de précision. Dans ces cas, la solution doit être dégagée de l'interprétation de la loi selon les règles usuelles, en tenant tout particulièrement compte du but poursuivi par la loi et en s'aidant au besoin des dispositions valant en droit privé⁷⁷.

B. Au service d'une politique publique

27. Les droits de préemption et d'emption des collectivités publiques ont pour fonction de servir une politique publique et à cet égard ils constituent un moyen d'action de l'Etat. La loi peut en faire un moyen

⁷² *Infra* IV.B.2.

⁷³ Par exemple, art. 51 LCAT (Neuchâtel).

⁷⁴ Par exemple, art. 106 LCAT (Jura).

⁷⁵ Par exemple, art. 45 LPNMS (Vaud).

⁷⁶ Par exemple, art. 42 LPGE (Neuchâtel).

⁷⁷ Pour la définition des actes d'aliénation soumis au droit de préemption de la LGL (Genève), voir ATF 134 I 263 et pour la relation entre droit de préemption au sens de la même LGL et l'aliénation dans le cadre d'une réalisation forcée, voir TF 1P.693/2004 du 19 avril 2005, SJ 2005 I 545.

d'action dont le but premier est l'acquisition de biens-fonds, ou les instituer comme un accessoire d'autres moyens d'action mis en place.

28. Le droit de préemption constitue un moyen d'action permettant à la collectivité publique de mener une politique active d'acquisition afin de mener à bien les tâches publiques qui sont les siennes. Tel est le cas des droits de préemption en matière d'aménagement du territoire par lesquels la collectivité publique acquiert la propriété de biens-fonds dans des zones déterminées afin de développer ses infrastructures publiques ou de favoriser, tout en conservant la maîtrise, le développement de zones industrielles ou le logement. On parle dans ce cas de la fonction d'acquisition du droit de préemption⁷⁸.
29. Cette fonction d'acquisition peut se doubler d'une fonction de contrôle du prix⁷⁹. L'acquisition par la collectivité publique a alors pour but de soustraire un bien-fonds du marché afin qu'il demeure de manière durable en les mains d'une entité qui n'a pas d'intérêt lucratif⁸⁰. Tel est le mécanisme mis en place à Genève et désormais dans le canton de Vaud, où les immeubles acquis par la voie de la préemption doivent être affectés à la construction de logements dits sociaux (art. 3 LGL), respectivement d'utilité publique (art. 31 LPPPL). Il est intéressant de relever que cette fonction de contrôle du prix était celle qui était à la base de l'initiative contre la spéculation foncière de 1963, voulant instaurer un droit de préemption, mais qui, on le rappelle, a été rejetée en votation populaire. Il y a cependant une différence importante entre le régime genevois et le régime vaudois : le régime genevois instaure un droit de préemption dit renforcé⁸¹ par lequel la collectivité publique peut déclarer exercer son droit à un prix inférieur à celui convenu entre les parties ; le prix d'acquisition par la collectivité publique est alors soit proposé par la collectivité publique, soit déterminé dans le cadre d'une procédure d'estimation semblable à celle utilisée en cas

⁷⁸ T. TANQUEREL (note 11), p. 152.

⁷⁹ T. TANQUEREL (note 11), p. 153.

⁸⁰ TF 1C_250/2007 du 2 juin 2008, consid. 3.2, à propos du droit de préemption en zone industrielle à Genève.

⁸¹ T. TANQUEREL (note 11), p. 151.

d'expropriation (art. 5 LGL). La solution vaudoise ne prévoit, pour sa part, pas un tel droit de préemption renforcé de sorte que la collectivité publique ne peut acquérir qu'aux conditions financières prévues par les parties au contrat d'aliénation. Les conditions posées pour l'exercice du droit sont par ailleurs plus restrictives dans le régime vaudois : outre le fait que la préemption doit viser la création de logements d'utilité publique, elle doit répondre à la pénurie de logements dans le district concerné et ne peut porter que sur une parcelle d'au moins 1500 m², sauf exception. Le droit de préemption est par ailleurs exclu en cas de vente aux descendants, père et mère, frères et sœurs, demi-frères et demi-sœurs, conjoint, partenaire enregistré ou concubin (art. 31 al. 2 et 3 LPPPL).

30. Cette fonction d'acquisition se retrouve également dans le droit d'emption lorsqu'il est institué au service d'améliorations foncières dans le domaine du droit foncier rural ou de l'aménagement du territoire pour assurer la disponibilité juridique des terrains à bâtir.
31. Le droit de préemption peut également constituer un accessoire des moyens d'action mis en place pour en parfaire l'arsenal et en assurer une certaine effectivité. Tel est par exemple le cas des droits de préemption servant à assurer l'affectation au logement des immeubles construits au bénéfice d'aides en vertu des lois sur le logement social, mais aussi pour garantir que des fonds publics affectés à ce but ne puissent favoriser une opération immobilière au détriment du logement. Tel est également le cas, dans une certaine mesure, du droit de préemption portant sur les biens du patrimoine culturel lorsqu'il s'agit de s'assurer de leur bon entretien, notamment lorsque le propriétaire est défaillant sur ce point. Le droit de préemption a dans ce cas une fonction de garantie⁸².
32. Cela étant, cette distinction entre fonction d'acquisition et de garantie atteint rapidement ses limites car les droits de préemption et d'emption constituent, dans la plupart des régimes, une *ultima ratio*. L'acquisition au moyen de l'exercice de ces droits ne devient en effet une fin en soi que si aucune mesure moins incisive n'a pu être trouvée

⁸² T. TANQUEREL (note 11), p. 151 s.

avec les propriétaires concernés. Sous cet angle, ces droits ont en réalité tous une fonction de garantie.

33. Les collectivités publiques disposent généralement d'un large pouvoir d'appréciation quant au choix d'exercer ou non le droit de préemption⁸³ ou d'emption. Le principe de l'intérêt public (art. 5 al. 2 Cst.), qui impose une adéquation entre la fonction de l'instrument et le but poursuivi par la loi⁸⁴, pose une limite objective à l'exercice de ce pouvoir d'appréciation. Il en va de même du principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.). En revanche, le principe d'égalité (art. 8 al. 1 Cst.) ne trouvera application que de manière restreinte⁸⁵ ; on se référera en cela à la jurisprudence s'y rapportant dans le domaine de l'aménagement du territoire⁸⁶.
34. Enfin, dans la mesure où l'exercice du droit de préemption mène à ce que la collectivité publique devienne propriétaire en lieu et place d'un acquéreur pressenti, respectivement d'un propriétaire hors cas d'aliénation, il s'agit de respecter la garantie de la propriété, dans ses différentes fonctions, ainsi que la liberté économique. C'est dans ce cadre que l'examen des atteintes que les droits de préemption et d'emption portent aux droits fondamentaux que les principes de l'intérêt public et de la proportionnalité sont en réalité examinés.

IV. Une atteinte à la garantie de la propriété et à la liberté économique

35. L'exercice de son droit de préemption, respectivement d'emption, par la collectivité publique a pour effet de porter atteinte à la garantie de la propriété ainsi qu'à la liberté économique du propriétaire ou de l'acquéreur de l'immeuble sur lequel est exercé le droit (A.). Une telle

⁸³ ATF 114 Ia 14, consid. 2c.

⁸⁴ Egaleme^{nt} *infra* IV.B.2.

⁸⁵ Pour une illustration, voir TF 1C_250/2007 du 2 juin 2008, consid. 9.

⁸⁶ ATF 117 Ia 302, consid. 4b.

atteinte, pour être conforme à la Constitution, doit respecter les conditions de restriction aux droits fondamentaux (B.).

A. L'atteinte

36. La garantie de la propriété (art. 26 Cst.) remplit une fonction institutionnelle et une fonction individuelle. Elle remplit également une fonction compensatrice⁸⁷.
37. La fonction institutionnelle⁸⁸ de la garantie de la propriété interdit aux cantons de prendre des mesures qui supprimeraient ou videraient de sa substance la propriété privée envisagée comme institution fondamentale de l'ordre juridique suisse⁸⁹. Cela a amené le Tribunal fédéral à préciser que l'expropriation ordonnée pour des motifs de politique sociale ou économique doit donc comporter en elle-même certaines limites⁹⁰. A notre connaissance, il n'existe pas de précédent dans lequel le Tribunal fédéral aurait reconnu une violation de la garantie institutionnelle de la propriété⁹¹. Dans l'arrêt de principe Dafflon rendu en 1962, le Tribunal fédéral a validé, sous l'angle de la garantie institutionnelle de la propriété, la législation genevoise qui instaurait le droit de préemption renforcé des communes et du canton au service de la construction de logements à loyers modérés⁹². Depuis, ce droit de préemption n'a pas été remis en cause dans son principe. Hormis le cas où un droit de préemption ou d'emption serait illimité au point que les collectivités publiques acquièrent une part importante du sol, nous voyons mal dans quelle mesure la fonction institutionnelle de la propriété pourrait être un obstacle à la création

⁸⁷ A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume II, Les droits fondamentaux, 2^e éd., Berne 2006, p. 379.

⁸⁸ A propos des différentes conceptions de la propriété et de la portée de la garantie institutionnelle de la propriété, voir R. MAHAIM (note 3), p. 379 ss.

⁸⁹ ATF 88 I 248, consid. 2.3.

⁹⁰ ATF 88 I 248, consid. 2.3.

⁹¹ A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER (note 87), p. 381.

⁹² ATF 88 I 248, consid. 2.3.

de nouveaux droits de préemption ou d’emtion des collectivités publiques⁹³.

38. Dans sa fonction individuelle, la garantie de la propriété protège les droits patrimoniaux concrets du propriétaire : celui de conserver sa propriété, d’en jouir et de l’aliéner⁹⁴. La garantie de la propriété protège également l’acquisition de la propriété⁹⁵. Le Tribunal fédéral affirme de manière générale que l’exercice par une collectivité publique d’un droit de préemption légal sur un immeuble constitue une restriction grave du droit de propriété⁹⁶, au motif qu’il équivaut à une expropriation⁹⁷. Pour T. TANQUEREL, l’équivalence est un peu exagérée dans la mesure où dans le cas de la préemption, le propriétaire est de toute façon prêt à aliéner son bien ; lorsque le droit de préemption n’est pas renforcé, le propriétaire perçoit le prix qu’il aurait reçu si la collectivité publique n’avait pas exercé son droit⁹⁸. Quoi qu’il en soit, l’atteinte au droit de propriété est en toute hypothèse réalisée. Elle l’est de manière grave pour l’acquéreur, qui se voit privé de la possibilité d’acquérir lorsque la collectivité publique exerce son droit de préemption⁹⁹. L’atteinte est également grave, s’agissant de l’aliénateur, lorsque le droit de préemption est renforcé puisqu’il ne perçoit pas le prix convenu avec l’acquéreur. Il doit en aller de même lorsque la collectivité publique exerce un droit d’emtion puisque, dans ce cas, le propriétaire est contraint d’aliéner son bien, ce qui équivaut à une expropriation.
39. Enfin, s’agissant de la fonction compensatrice, une pleine indemnité est due en cas d’expropriation ou de restriction de la propriété qui équivaut à une expropriation (art. 26 al. 2 Cst.). Lorsqu’il est renforcé,

⁹³ Dans le même sens, R. MAHAÏM (note 3), p. 372, pour qui le caractère généralisé et disproportionné d’une telle mesure [d’expropriation ou de préemption] pourrait être en porte-à-faux avec la Constitution.

⁹⁴ ATF 131 II 33, consid. 3.1.

⁹⁵ ATF 114 Ia 14, consid. 1b).

⁹⁶ ATF 142 I 76, consid. 3.1.

⁹⁷ ATF 114 Ia 14, consid. 2c).

⁹⁸ T. TANQUEREL (note 11), p. 153 s.

⁹⁹ ATF 114 Ia 14, consid. 1b).

le droit de préemption est une restriction de la propriété qui équivaut à une expropriation¹⁰⁰. Il en va de même à notre sens du droit d'emption. La garantie de valeur doit être assurée par le versement d'une pleine indemnité.

40. Quant à la liberté économique, elle est protégée à deux niveaux par la Constitution : en tant que principe institutionnel de l'ordre économique (art. 27 et 94 Cst.) d'une part, et en tant que liberté individuelle (art. 27 Cst.) d'autre part.
41. Sous son angle institutionnel, le principe de la liberté économique garantit un ordre économique fondé sur le marché¹⁰¹ et encadre l'activité de l'Etat lorsqu'elle est de nature économique¹⁰². A ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas eu à se prononcer sur la question de l'intervention de l'Etat sur le marché du sol ou du logement sous l'angle du principe de la liberté économique. Tout comme ce qui prévaut en matière de garantie de la propriété, ce ne serait à notre avis qu'en présence d'une possibilité d'intervention étatique illimitée qu'il conviendrait de se poser la question de la compatibilité du droit de préemption ou d'emption des collectivités publiques avec le principe de la liberté économique.
42. Sous son angle individuel, la liberté économique protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu. La garantie de la liberté contractuelle, consacrée explicitement aux art. 1 et 19 CO, fait partie intégrante de l'aspect constitutif de la liberté économique¹⁰³. L'exercice de son droit de préemption par la collectivité publique est de nature à limiter la liberté contractuelle¹⁰⁴, puisque l'aliénateur d'un immeuble se voit substituer son cocontractant ; lorsque le droit de préemption est renforcé, l'aliénateur est en outre limité dans sa capacité de gain puisqu'il ne reçoit pas de la collectivité publique le prix qu'il aurait obtenu de l'acquéreur. Du point de vue de l'acquéreur,

¹⁰⁰ ATF 114 Ia 14, consid. 1b) ; ATF 88 I 248, consid. 3.1.

¹⁰¹ ATF 142 I 162, consid. 3.2.1.

¹⁰² ATF 138 I 378, consid. 6.3.

¹⁰³ ATF 131 II 33, consid. 4.

¹⁰⁴ ATF 142 I 76, consid. 3.1.

celui-ci se voit entravé dans ses activités économiques. Il en va de même du propriétaire qui se voit opposer le droit d’emption de la collectivité publique.

B. Le caractère admissible de l’atteinte

43. Pour être compatible avec les dispositions constitutionnelles auxquelles il porte atteinte, l’exercice du droit de préemption, respectivement d’emption, par la collectivité publique doit reposer sur une base légale formelle, être justifié par un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 Cst.).

1. La base légale

44. L’exigence d’une base légale formelle découle du fait que les atteintes au droit de propriété et à la liberté économique doivent être qualifiées de graves¹⁰⁵. Cette condition ne prête guère à discussion car, à notre connaissance, les droits de préemption et d’emption des collectivités publiques sont tous ancrés dans la loi. Tel devrait être le cas de tout nouveau droit de préemption ou d’emption à créer¹⁰⁶.
45. Autre est la question de la précision du texte légal. Comme on l’a vu, les dispositions topiques ne sont pas toujours très détaillées¹⁰⁷. Le Tribunal fédéral a ainsi dû préciser les cas d’aliénation ouvrant la voie à l’exercice du droit de préemption genevois aux fins de la construction de logements¹⁰⁸. Il a également, toujours dans ce canton, précisé que l’autorité qui exerce le droit de préemption ne doit pas nécessairement être à même de réaliser des logements d’utilité publique, ayant seulement à démontrer le caractère opportun de l’acquisition du point de vue de sa politique en faveur de la construction de logements¹⁰⁹. Le Tribunal fédéral a confirmé, toujours à propos de ce même droit de préemption, que celui-ci peut

¹⁰⁵ *Supra* IV.A.

¹⁰⁶ *Supra* IV.A.

¹⁰⁷ *Supra* III.A.

¹⁰⁸ ATF 136 I 263, consid. 3.

¹⁰⁹ TF 1C_30/2008 du 24 novembre 2008, consid. 3.4, SJ 2009 I 257.

porter sur un terrain déjà construit, pour autant qu'il reste sur la parcelle un potentiel de densification ; cette position a été justifiée par l'intérêt public à la création de logements d'utilité publique compte tenu de la pénurie dans le canton¹¹⁰.

46. Dans l'ensemble de ces arrêts, le Tribunal fédéral n'a pas fait de l'imprécision du texte légal un motif propre de discussion. En revanche, il s'est attaché à vérifier que les droits de préemption et d'emption étaient exercés conformément au but qui leur est assigné par la loi, de manière explicite ou selon le sens que l'on peut dégager du texte légal¹¹¹. Cette démarche revient dans une grande mesure à examiner la conformité à l'intérêt public de l'exercice de ces droits.

2. L'intérêt public

47. De manière générale, les mesures de lutte contre la pénurie de logements poursuivent un but de politique sociale admissible au regard de la liberté économique¹¹². Le droit de préemption, poursuivant un tel but, est admissible à cet égard¹¹³.
48. Il va de soi que l'exercice du droit de préemption ou d'emption doit respecter le but qui lui est assigné par la loi, compte tenu de l'intérêt public poursuivi par celle-ci. Autrement dit, le droit de préemption ou d'emption ne doit pas être exercé à d'autres fins que celles pour lesquelles la loi le prévoit. Comme nous l'avons déjà relevé, la concordance entre le droit exercé et le but poursuivi par la loi est un garde-fou essentiel dans la mise en œuvre de ce moyen d'action de l'Etat¹¹⁴. Ainsi, le droit de préemption au service de la politique du

¹¹⁰ ATF 142 I 76, consid. 3.4.3.

¹¹¹ Pour une illustration, ATF 142 I 76, consid. 3.4.

¹¹² ATF 131 I 133, consid. 4.1.

¹¹³ TF 1C_30/2008 du 24 novembre 2008, consid. 5.

¹¹⁴ *Supra* III.A.

logement ne peut pas être utilisé afin d'assurer la conservation d'un bâtiment sur le plan de la protection du patrimoine¹¹⁵.

49. La relative rapidité avec laquelle doit réagir la collectivité publique, lors de l'exercice du droit de préemption, a pour conséquence que celle-ci n'a pas à justifier son intervention par la présentation d'un projet détaillé ; il lui appartient uniquement de rendre plausible l'existence d'un besoin précis et des possibilités réelles d'y satisfaire à l'emplacement envisagé, dans un avenir pas trop éloigné¹¹⁶. A notre avis, cette exigence doit être plus marquée lorsque la collectivité publique entend exercer son droit d'emption, la contrainte liée au besoin de réagir à un acte d'aliénation n'existant par définition pas dans un tel cas.
50. Enfin, l'examen de l'intérêt public est en rapport étroit avec celui de la proportionnalité.

3. La proportionnalité

51. Le principe de la proportionnalité exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité) ; en outre, ce principe interdit toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis¹¹⁷.
52. Sous l'angle de la règle de la nécessité, appelée aussi subsidiarité, d'éventuelles mesures moins incisives peuvent consister en l'existence d'un projet privé qui présenterait des intérêts évidents au regard des buts poursuivis par la loi¹¹⁸. Inversement, le fait d'éviter de payer les honoraires de promoteurs privés ou des droits de mutation lors du

¹¹⁵ ATF 108 Ia 188, consid. 4b.

¹¹⁶ TF 1C_30/2008 du 24 novembre 2008, consid. 3.4.

¹¹⁷ ATF 142 I 76, consid. 3.5.1.

¹¹⁸ TF 1C_30/2008 du 24 novembre 2008, consid. 4.2. Pour un exemple de projet privé préféré au projet de la collectivité publique, en raison du nombre de logements et de son adéquation au plan directeur cantonal, voir TF 1C_665/2013 du 24 mars 2014, SJ 2014 I 333.

transfert ultérieur à une société coopérative peut être vu comme contrebalançant l'intérêt à la réalisation d'un projet privé¹¹⁹.

53. Sous l'angle du rapport raisonnable entre l'exercice du droit de préemption et l'atteinte aux droits de l'acquéreur, un potentiel de construction par surélévation de deux à cinq logements d'utilité publique a été considéré comme plus important que l'intérêt de l'acquéreur à devenir propriétaire d'un immeuble déjà bâti de trente-deux appartements¹²⁰. Lorsque le droit de préemption est exercé à des fins de contrôle du prix, il convient de comparer le prix découlant de l'acte de vente entre l'aliénateur et l'acquéreur et un prix de référence, pour lequel une simple évaluation *prima facie* de la valeur suffit¹²¹.
54. Rares ont été les cas dans lesquels l'exercice du droit de préemption a été annulé pour des motifs de fond¹²². En revanche, les questions formelles ont contraint les autorités à plus de rigueur.

V. La décision d'exercer le droit de préemption ou d'emption et la mise en œuvre de celui-ci

55. Le choix fait par la collectivité publique d'exercer le droit de préemption ou d'emption revêt les attributs de la décision administrative. En droit public, la notion de « décision » au sens large vise habituellement toute résolution que prend une autorité et qui est destinée à produire un certain effet juridique ou à constater l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'une obligation. Au sens étroit, c'est un acte qui, tout en répondant à cette définition, intervient dans un cas individuel et concret¹²³.
56. Généralement, les lois cantonales de procédure administrative définissent la décision de la même manière que le fait l'art. 5 de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative¹²⁴. Sont des décisions au sens de cette disposition les mesures prises par les

¹¹⁹ TF 1C_30/2008 du 24 novembre 2008, consid. 4.2.

¹²⁰ ATF 142 I 76, consid. 3.5.2.

¹²¹ TF 1C_250/2007 du 2 juin 2008, consid. 7.3.

¹²² ATF 108 Ia 188 et TF 1C_665/2013 du 24 mars 2014, SJ 2014 I 333.

¹²³ ATF 135 II 328, consid. 2.1.

¹²⁴ RS 172.021 ; PA. B. BOVAY, Procédure administrative, 2^e éd., Berne 2015, p. 329.

autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations, de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations ou de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (art. 5 al. 1 PA). Ces conditions sont réalisées lorsque la collectivité publique exerce son droit de préemption ou d'emption.

57. Sous l'angle de l'auteur de la décision, l'autorité compétente pour statuer sur l'exercice du droit de préemption ou d'emption est, en vertu de certaines lois cantonales sur les communes, l'organe délibératif ; toutefois, cet organe est considéré, dans la procédure administrative, comme une autorité dans la mesure où il est investi du pouvoir de décision. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que la décision portant sur l'exercice du droit de préemption est celle prise par l'organe délibératif, et non pas les actes subséquents de l'organe exécutif chargé de mettre en œuvre la délibération¹²⁵.
58. Pour le surplus, l'exercice du droit de préemption ou d'emption constitue une mesure individuelle et concrète en ce sens qu'elle s'adresse au propriétaire de l'immeuble concerné en relation avec celui-ci. Comme cela a été exposé ci-dessus¹²⁶, le droit de préemption ou d'emption relève du droit public. Enfin, son exercice par la collectivité publique a un effet sur les droits et obligations du propriétaire, respectivement de l'acquéreur, qui sont atteints dans leurs droits fondamentaux¹²⁷.
59. La qualification de décision de la mesure emportant exercice du droit de préemption ou d'emption a des conséquences procédurales puisque les garanties constitutionnelles liées à la prise des décisions découlant de l'art. 29 Cst. doivent être respectées.
60. Ainsi, les parties à la procédure ont le droit d'être entendues. Ce droit se concrétise par la possibilité qui doit leur être donnée de s'exprimer

¹²⁵ TF 1C_431/2014 du 27 avril 2014, consid. 3.2.

¹²⁶ *Supra* III.A.

¹²⁷ *Supra* IV.A.

avant que la décision ne soit rendue¹²⁸. Le fait que le notaire chargé d'instrumenter la vente annonce celle-ci à l'autorité ne vaut pas exercice du droit d'être entendu car, à ce moment, l'aliénateur et l'acquéreur ne peuvent guère connaître les intentions de la collectivité publique ni les circonstances concrètes qui pourraient la mener à exercer le droit de préemption¹²⁹. Se pose, en cas de violation de ce droit, la question de la possibilité pour l'autorité de recours d'en procéder à la réparation ; dans la mesure où l'exercice du droit de préemption ou d'emption comporte une forte part d'opportunité en faveur de l'autorité, la violation du droit d'être entendu ne devrait pas pouvoir être réparée par l'autorité de recours, si elle ne dispose pas d'un plein pouvoir d'examen en opportunité¹³⁰.

61. La décision doit également être motivée. Lorsque la procédure de préemption ou d'emption n'est pas formalisée dans la loi, l'autorité doit veiller à respecter ces principes.
62. La décision portant sur l'exercice du droit de préemption ou d'emption est sujette à recours. Il s'agit d'une décision finale¹³¹. Une commune peut recourir contre la décision de l'autorité de surveillance des communes invalidant une délibération relative à l'exercice du droit de préemption en invoquant la violation de son autonomie (art. 50 Cst.)¹³². En revanche, les membres de l'organe délibératif n'ont pas la qualité pour recourir contre une telle décision car ils ne sont pas personnellement touchés par celle-ci¹³³.
63. La décision de la collectivité publique portant sur l'exercice du droit de préemption ou d'emption consiste en l'exercice d'un droit formateur¹³⁴. Cette décision a, de ce fait, plusieurs conséquences.

¹²⁸ TF 1C_431/2014 du 27 avril 2014, consid. 4 ; ATF 114 Ia 14, consid. 2.

¹²⁹ ATF 114 Ia 14, consid. 2b).

¹³⁰ TF 1C_431/2014 du 27 avril 2014, consid. 4.2, qui admet toutefois la réparation de la violation du droit d'être entendu compte tenu des griefs invoqués par les recourants, qui ne relevaient pas de l'opportunité ; ATF 114 Ia 14, consid. 2c).

¹³¹ TF 1C_250/2007 du 2 juin 2008, consid. 3.3.

¹³² ATF 108 Ia 188, consid. 3.

¹³³ TF 1C_665/2013 du 24 mars 2014, consid. 3.2, SJ 2014 I 333.

¹³⁴ TF 1C_250/2007 du 2 juin 2008, consid. 3.3.

D'une part, le propriétaire ne peut plus aliéner librement son bien-fonds¹³⁵. Compte tenu de l'effet suspensif le plus souvent attaché au recours, la collectivité publique déclare sa décision immédiatement exécutoire afin de paralyser cet effet. D'autre part, la décision procure à la collectivité publique un titre juridique pour le transfert de la propriété¹³⁶ à requérir par le propriétaire ; lorsque la collectivité publique est au bénéfice d'un droit de préemption renforcé, un nouvel acte doit être passé avec le propriétaire, respectivement la procédure d'estimation doit être ouverte, à l'issue de laquelle le paiement du prix opérera le transfert de propriété conformément à la législation sur l'expropriation. Aussi, l'exercice du droit de préemption¹³⁷ ou d'emption ne produit pas d'effet translatif de propriété, tout comme cela est le cas en droit privé.

64. Enfin, s'agissant du rang du droit de préemption ou d'emption, celui-ci est parfois prévu dans la loi¹³⁸. En cas de silence de la loi, le conflit entre le droit de préemption ou d'emption de la collectivité publique et les autres droits conditionnels d'acquisition doit être résolu par voie d'interprétation, en tenant compte notamment des différents intérêts poursuivis¹³⁹. Il prime en toute hypothèse les droits conventionnels pour d'évidentes raisons liées à l'intérêt public.

VI. Conclusion

65. Les droits de préemption et d'emption des collectivités publiques sont des instruments de droit public qui confèrent à la collectivité publique un droit d'acquisition conditionnel en vue d'un transfert de propriété, aux fins de l'accomplissement d'une politique publique dans l'intérêt public.
66. Empruntés au droit privé, leur exercice relève de l'action publique. Le recours à ces instruments ainsi que l'exercice du droit qu'ils confèrent à la collectivité publique doivent, partant, répondre aux principes et

¹³⁵ TF 1C_250/2007 du 2 juin 2008, consid. 3.3 ; ATF 88 I 248, consid. 3.1.

¹³⁶ TF 1C_250/2007 du 2 juin 2008, consid. 3.3.

¹³⁷ TF 1C_250/2007 du 2 juin 2008, consid. 3.3.

¹³⁸ Par exemple art. 3 al. 4 LGL à Genève.

¹³⁹ T. TANQUEREL (note 11), p. 160.

garanties de procédure issus de la Constitution, d'autant qu'ils portent atteinte aux droits fondamentaux que sont la garantie de la propriété et la liberté économique.

67. L'expérience genevoise, qui connaît le droit de préemption des collectivités publiques au service de sa politique du logement depuis plus de cinquante ans, a donné l'occasion au Tribunal fédéral de poser le cadre et les limites à l'exercice de ce droit. La présente contribution a permis d'en mettre en évidence les enseignements essentiels.
68. Les droits de préemption et d'emption des collectivités publiques sont des instruments juridiques vivants. Il est probable que les contingences liées à la raréfaction du sol et du logement incitent les collectivités publiques à s'en doter plus encore. Cependant, les résistances liées au fait que l'Etat puisse s'appropriier le sol demeurent très fortes et imposent de débattre du rôle de l'Etat et de la mesure de son intervention dans les politiques d'aménagement du territoire et du logement. Le redimensionnement des zones à bâtir actuellement en chantier dans tous les cantons entraîne pour certains propriétaires qui se voient privés du droit de construire des atteintes pouvant être semblables à une expropriation. L'acquisition de terrains par la collectivité publique, au moyen du droit de préemption ou d'emption, pour atteindre un but d'intérêt public, procède d'une réflexion analogue.