

LES DROITS
DE PRÉEMPTION, D'EMPTION
ET DE RÉMÉRÉ

du
Code civil suisse
en matière immobilière



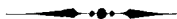
THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR

par

GEORGES VAUCHER

licencié en droit



LAUSANNE
LIBRAIRIE TH. SACK
(F. HAESCHEL-DUFEY, SUCC.)
1916

La Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel, sur le rapport de M. le professeur F.-H. Mentha, autorise la publication de la présente thèse ; elle ne donne ni approbation ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel, le 14 janvier 1916.

Le Vice-Doyen de la Faculté de Droit :

ANDRÉ DE MADAY.

Principaux ouvrages consultés

1. ACHILLES, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 3^e édit., Berlin 1901.
2. *Arrêts du Tribunal fédéral suisse*, Recueil officiel, Lausanne.
3. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^e édit., Paris 1879.
4. BAUDRY-LACANTINERIE et SEIGNAT, *De la vente et de l'échange, dans Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris 1900.
5. BECHMANN, *System des Kaufs*, 1884.
6. BESELER, *System des gemeinen deutschen Privatrechtes*, 3^e édit., Berlin 1873.
7. BIERMANN, *Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht*, dans *Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess des deutschen Reiches*, Jena, 1901.
8. BIERMANN, *Sachenrecht des B G B.*, Berlin 1898.
9. BOEHM, *Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht*, Hannover 1898.
10. BOVAY et PETITMERMET, *Code des constructions*, Lausanne 1914.
11. v. BRUNNECK, *Ueber den Ursprung des sogenannten ius ad rem*, 1869.
12. *Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse*, Berne.
13. CALAME, *Droit privé d'après la coutume neuchâteloise*, Neuchâtel 1858.
14. *Code civil suisse. Avant-projet du Département fédéral de justice et police*, Lausanne 1900.
15. *Code civil allemand, traduit et annoté par C. BUFNOIR, P. CAZELLES, J. CHALLAMEL, J. DRIOUN, F. GÉNY, P. HAMEL, H. LÉVY-ULLMANN, R. SALEILLES*, Paris 1906.
16. COSACK, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, 3^e édit., Jena 1900.
17. CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, Tübingen 1905.
18. CURTI-FÖRRER, *Commentaire du Code civil suisse, traduit de l'allemand par Max-E. Porret*, Neuchâtel 1912.

19. DERNBURG, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*, t. II. *Einzelne Obligationen*, Halle 1901.
20. DERNBURG, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, Halle 1896.
21. ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts; Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches*, t. II, 6^e édit., Berlin 1900.
22. ENGELMANN, *Das bürgerliche Recht Deutschlands*, 2^e édit., Berlin 1900.
23. ENNECCERUS-LEHMANN, *Das bürgerliche Recht; eine Einführung in das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches*, t. II, 2^e édit., Marburg 1901.
24. *Exposé des motifs de l'avant-projet du département fédéral de justice et police*, Berne 1902.
25. *Feuille fédérale de la Confédération suisse*, Berne.
26. FISCHER-HENLE, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 5^e édit., Munich 1902.
27. FUCHS, *Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des B G B.*, Berlin 1901-1903.
28. GAUPP-STEIN, *Kommentar zur Civilprozessordnung*, 4^e édit., Tübingen 1901.
29. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. II, Leipzig 1905.
30. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 3^e édit., Paris 1901.
31. GLUCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, 16^e partie, Erlangen 1814.
32. HILSCHER, *Die Unterschiede des dinglichen Vorkaufsrechtes von dem durch Vormerkung gesicherten obligatorischen Vorkaufsrechte bei Grundstücken nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich*, Dissertation, Rostock 1903.
33. HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes*, Bâle 1893.
34. IMMERWAHR, *Das dingliche Vorkaufsrecht des B G B.*, dans *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, t. XL, Jena 1898.
35. JAECKEL, *Kommentar zum Gesetze betreffend die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung*, Berlin 1901.
36. JACOTTET, *Le Droit civil neuchâtelois*, Neuchâtel.
37. JEGER EDUARD, *Das Vorkaufsrecht nach gemeinem Recht*, Marburg 1893.

38. J.EGER, *Kommentar zur Konkursordnung und den Einföhrungsgesetzen*, 1^e édit., Berlin 1902 et 2^e édit., 1904.
39. KATZ, *Zur Lehre vom Vorkaufsrecht nach dem bürgerl. Gesetzbuch für das deutsche Reich*, Dissertation, Erlangen 1898.
40. KEETMANN, *Das persönliche und dingliche Vorkaufsrecht im B G B.*, Dissertation, Rostock 1903.
41. V. KNÖRINGEN, *Der Begriff des dinglichen Rechts am obligatorischen und dinglichen Vorkaufsrecht erläutert*, Dissertation, Würzburg 1908.
42. LABAND, *Vermögensrechtliche Klagen*, 1869.
43. LEEMANN, *Sachenrecht*, dans *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, herausgegeben von Dr. M. Gmür, t. IV, Berne 1911.
44. MADUHN, *De jure protimiseos eiusque a jure retractus discrimine*, 1758.
45. M. ENNER, *Das Recht der Grundstücke nach B G B. und G B O.*, Müdich 1899.
46. MARSCHLEWSKI, *Das dingliche Vorkaufsrecht nach dem B G B., insbesondere die Wirkungen gegen Dritte*, Dissertation, Breslau 1908.
47. MATTHIAS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. II, 3^e édit., Berlin 1900.
48. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édit., Bruxelles 1834-1835.
49. *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Berlin 1888.
50. NEUMANN J., *Vormerkung und Veräußerungsverbot*, dans *Juristische Wochenschrift*, t. XXXI.
51. NEUMANN H., *Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches*, 2^e édit., Berlin 1900.
52. ORENECK, *Das Reichsgrundbuchrecht*, Berlin 1900.
53. OTHMER, *Die rechtliche Wirkung der Vormerkung nach Reichsrecht*, Breslau 1902.
54. PFEIFFER, *Die Vormerkung persönlicher Rechte im Grundbuch nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Dissertation, Zurich 1910.
55. PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch, Das Sachenrecht*, t. III, Berlin 1898.
56. PODKOMORSKI, *Die Vererblichkeit und Uebertragbarkeit des vertragmässig begründeten dinglichen Vorkaufsrechts*, Dissertation, Breslau 1907.

57. POTHIER, Oeuvres de, Nouvelle édition publiée par M. Sifrein, Bruxelles, 1828-30.
58. PRIESTER, *Die alte und die neue Vormerkung*, dans *Archiven für bürgerliches Recht*, t. XXII.
59. *Procès-verbaux de la commission d'experts*.
60. REICHEL, *Die Vormerkung im deutschen bürgerlichen Gesetzbuche*, dans *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, t. XLVI, Jena 1904.
61. *Répertoire général alphabétique du droit français, sous la direction de* ED. FUZIER-HERMAN, Paris 1900.
62. REUSS, *Vergleichung des persönlichen und dinglichen Vorkaufsrechtes nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich*, Dissertation, Rostock 1902.
63. ROSSEL, *Manuel du Droit civil suisse, Code (révisé) des Obligations*, Lausanne.
64. ROSSEL et MENTHA, *Manuel du Droit civil suisse*, Lausanne.
65. RUMELIN, *Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Leipzig 1901.
66. SCHEIDEGGER, *Grundbuchvormerkungen im schweizerischen Zivilgesetzbuch* dans *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, nouvelle série, t. XXVIII.
67. SCHEIFF, *Praktisches Handbuch des bürgerlichen Rechts*, 1902.
68. SCHRÖDER, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 3^e édit., Leipzig 1898.
69. SEKLER, *Das Wesen der Vormerkung*, Dissertation, Munich 1902.
70. SIEGMUND, *Das Grundbuchwesen*, dans *Reichsbergs Handwörterbuch*, t. II.
71. SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht*, t. II, Leipzig 1868.
72. v. STAUDINGER-KOBER, *Kommentar zum B. G. B., Sachenrecht*, t. III, 2^e édit., München 1903.
73. STOBBE-LEHMANN, *Handbuch des deutschen Privatrechtes*, t. II, 3^e édit., Berlin 1896.
74. STRECKER, *Die allgemeinen Vorschriften des B. G. B. über Rechte an Grundstücken*, Berlin 1898.
75. STROHAL, *Kommt dem Vorgemerkten der öffentlichen Glaube zustatten?* Leipzig 1904.
76. TOULLIER, *Le code civil français*, continué par M. Duvergier, nouv. édit., Bruxelles 1829-38.

77. TURNAU-FÖRSTER, *Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preussischen Ausführungsbestimmungen*, Paderborn 1900.
78. VERVIER, *Wesen und Wirkung der Vormerkung*, Dissertation, Würzburg 1903.
79. WALCH, *Das Nâherrecht*, 3^e édit., Jena 1795.
80. WEIGELT, *Vormerkung und Widerspruch im deutschen Grundbuchrecht*, Dissertation, Breslau 1901.
81. DE WEISS, *De l'expropriation pour cause d'utilité publique*, Lausanne, 1897.
82. WEYL, *Vôrtrâge über das B G B.*, München 1900.
83. WIELAND, *Les droits réels dans le Code civil suisse, traduit et mis au courant par Henry Bovay*, Paris et Lausanne, 1913, 1914.
84. WINDSCHEID-KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a/M., 1906.
85. WOLFF, *Zwangsversteigerungsgesetz*, 2^e édit., Berlin 1901.
86. ZACHARIAE, *Handbuch des französischen Civilrechts*, t. II, 6^e édit., Heidelberg 1875.

Abréviations

Cc signifie Code civil suisse.
 BGB » Code civil allemand.

Avant-propos

Les droits de préemption et de réméré sont d'anciennes institutions juridiques que les grandes codifications du XIX^e siècle avaient plus ou moins mises de côté comme surannées et encombrantes. Ils renaissent au XX^e siècle parce qu'ils répondent en fait aux besoins toujours plus nombreux et variés de notre époque. Ils n'ont, d'ailleurs, pas été admis sans conteste à figurer dans le Cc, comme aussi dans le BGB. L'un d'eux surtout, le droit de préemption, a été attaqué vivement au sein de la commission d'experts nommée pour l'examen de l'avant-projet du Cc.

Nous nous garderons de dire, comme on l'a fait à tort, que « ces contrats ne sont pas en usage dans le commerce sain et honnête des immeubles », ¹⁾ sans méconnaître, cependant, leurs inconvénients.

On leur reproche de paralyser dans une certaine mesure le droit de propriété de l'obligé. Mais ce reproche s'appliquerait tout autant à bien d'autres institutions (servitudes foncières, usufruit, etc.) dont personne ne songe à contester la nécessité. On reproche plus spécialement, et à vrai dire avec plus de raison, à la vente à réméré d'être un expédient auquel recourt le propriétaire aux abois, qui a besoin d'argent à tout prix et qui, cependant, tient à son bien et ne veut pas s'en défaire. « Celui qui se résigne à la douloureuse extrémité de la

1) Proc. Verb. de la Commission d'experts 49 et suiv.

vente à réméré espère que dans le délai fixé par le contrat, il pourra se procurer les fonds nécessaires pour rembourser le prix de vente et qu'il rentrera ainsi dans la propriété de son bien. L'acheteur, au contraire, et l'événement lui donne le plus souvent raison, espère que le délai fatal expirera sans que le vendeur ait pu effectuer le remboursement et que la vente deviendra irrévocable ; il spéculé ainsi sur l'état de gêne du propriétaire dont il achète en général le bien au-dessous de sa valeur ». ¹⁾

Mais il faut reconnaître que les droits de préemption et de réméré ont leur raison d'être à côté des anciennes promesses de vente bilatérales, qui ne sauraient s'assouplir assez pour répondre à toutes les exigences commerciales modernes, et qu'en conséquence le législateur a eu raison de les tirer de l'injuste oubli où ils étaient généralement tombés, lorsqu'il les a admis à figurer à côté du droit d'emption. Qu'il nous soit permis, toutefois, de regretter que la commission du Conseil national ait maladroitement créé, à côté du droit de préemption normal (dont l'exercice a lieu aux conditions convenues entre l'obligé et le tiers amateur ou acquéreur de l'immeuble), un nouveau droit de préemption sans raison d'être, ni juridique, ni pratique, s'exerçant à des conditions convenues d'avance. *De lege lata* nous ne pouvons que déplorer cette innovation.

Le Cc ne consacre aux droits de préemption, d'emption et de réméré que les articles 681 à 683 et 959, auxquels il convient d'ajouter l'article 216 CO. Il est évident que ces dispositions sont tout à fait insuffisantes pour résoudre les nombreuses questions qui se poseront certainement en pratique à l'égard de ces droits, en raison même de leur nouveauté. Nous avons cherché à fournir les solutions des cas les plus importants ; nous avons parfois, à

1) Baudry-Lacantinerie et Saignat. No 606.

cet effet, consulté les dispositions plus détaillées du BGB en matière de préemption et, quand cela nous a paru possible, nous avons appliqué les solutions adoptées par les auteurs allemands. *De lege ferenda* nous croyons que les dispositions actuelles du Ce, dans lesquelles la volonté du législateur ne se manifeste pas avec la précision nécessaire, — tout au contraire, — gagneraient à être complétées.

Le sujet qui nous est assigné ne nous permet pas de nous occuper du rôle des droits de préemption, d'emption et de réméré en droit international et en droit public.

Nous exposerons tout d'abord rapidement le développement historique des institutions qui ont donné naissance aux droits modernes de préemption, d'emption et de réméré. Il nous a paru que cette étude peut présenter quelque intérêt, notamment en ce qui concerne le droit de préemption, nouveau pour la plupart des cantons. Nous aborderons ensuite l'étude des dispositions du Ce.



INTRODUCTION HISTORIQUE

DÉVELOPPEMENT DES DROITS DE PRÉEMPTION, D'EMPTION ET DE RÉMÉRÉ

CHAPITRE PREMIER

Le droit de préemption

Le droit de préemption, tel que le connaît le droit moderne, est le résultat d'un long développement historique: il tire à la fois son origine du droit romain et du droit germanique. On connaît, en effet, dans l'un et dans l'autre droit des institutions juridiques d'appellations, de nature et de formes parfaitement différentes¹⁾, mais pourvues d'effets analogues, qui accordent à une personne le pouvoir de réclamer à l'encontre d'un tiers la qualité d'acheteur relativement à un bien, dans le cas de vente de ce bien à ce tiers²⁾.

1) Sintonis 2, 633, rom. 235. Windscheid 2, 413 et Dernburg, Pandekten, 2, 290, rom. 16, signalent la confusion faite à cet égard par de nombreux auteurs (par exemple Glück, 46me partie, 456) qui ont vu dans le droit de préemption romain et les droits de retrait du droit germanique une seule et même institution.

2) Code civil allemand traduit et annoté... Ad. art. 504 et suiv., ch. 3.

*Section première***Le droit ancien****§ 1. Le droit romain**

Le droit de préemption ne s'est pas développé en droit romain comme une véritable institution juridique. Les sources n'en mentionnent que peu d'exemples, qui n'ont entre eux aucun lien de parenté. L'hypothèse classique du droit de préemption se trouve réalisée dans un contrat accessoire d'un contrat de vente par lequel le vendeur se réserve le droit, en cas de revente par l'acheteur, d'acquiescer la chose qu'il a lui-même vendue, ce, aux conditions convenues entre l'acheteur et le tiers acquiesneur (*ius protimiseos in specie*)¹⁾. Ce droit n'est pourvu d'aucun effet réel: il appartient exclusivement au droit des obligations.

Mais le droit romain a connu un droit de préemption indépendant d'un contrat de vente. Ce droit de préemption garantissait à un quelconque ayant-droit, et non plus à un vendeur seulement, comme dans le cas dont nous venons de parler, la faculté de revendiquer la préférence sur un autre acheteur en cas de vente d'un objet déterminé. Ses effets étaient aussi purement personnels. La convention conclue entre l'ayant-droit et l'obligé ne déployait aucun effet à l'égard des tiers. Et, si au mépris de la convention, l'obligé avait transféré au tiers-acquiesneur la propriété de la chose, objet de la convention, l'ayant-droit n'avait à sa disposition qu'une action en dommages-intérêts contre l'obligé et se trouvait sans droit contre le tiers acquiesneur.

Ce droit de préemption pouvait tirer son existence de la loi, d'une convention ou d'un testament.

¹⁾ Madihn 8. Katz 17. L. 49, § 1. D. 24, 5. L. 48 § 1, D. 75. Ce *ius protimiseos* ne doit pas être confondu avec le *pactum de retrovendendo* dont nous parlons ci-après, page 37.

Comme exemple de droit de préemption légal, il faut avant tout autre citer celui — classique — du propriétaire de l'*ager vectigalis*, en cas de convention d'emphytéose ¹⁾. L'emphytéote pouvait aliéner son droit sans le consentement du propriétaire du fonds, mais celui-ci possédait un droit de préemption grâce auquel, en l'exerçant, il pouvait empêcher que le fonds ne fût transmis en mains d'un nouvel emphytéote. Le propriétaire reprenait ainsi le fonds. Ce fait a permis à certains anciens auteurs de conférer au *jus protimiseos* un effet réel qu'il ne possédait pas ; car, en réalité, la protection spéciale dont jouissait le propriétaire de l'*ager vectigalis* avait son fondement dans la relation emphytéotique et non pas dans le droit de préemption lui-même.

Un autre droit de préemption légal existait en cas de *bonorum venditio*, c'est-à-dire lors de la vente du patrimoine d'un débiteur contre lequel plusieurs créanciers exerçaient concurremment la *missio in bona* ²⁾ ; en ce cas, les créanciers, et après eux, les parents, avaient, à offres égales, la préférence sur d'autres enchérisseurs ; et celui des créanciers qui possédait la créance la plus élevée exerçait son droit le premier. Il ne s'agit point ici d'un droit de préemption proprement dit, selon nous, mais bien plutôt d'un droit de préférence en cas d'offres égales de la part d'un créancier et d'un tiers non créancier. M. Jäger, qui considère ce droit de préférence comme un droit de préemption, concède cependant qu'il en diffère notablement ³⁾. M. Bechmann l'appelle un droit de préemption imparfait ⁴⁾.

On distingue parfois un droit de préemption légal dans l'*addictio in diem* ⁵⁾, qui était une convention accessoire

1) L. 3 C. 4. 66.

2) L. 16 D. 42. 5.

3) Eduard Jäger 9.

4) Bechmann 2. § 488. rem.

5) L. 7 8. D. 48. 2.

aux ventes; cette convention permettait au vendeur de vendre actuellement à une personne, mais en se réservant de vendre à une autre s'il trouvait dans un certain délai des conditions meilleures non acceptées par la première ¹⁾; on peut, en effet, admettre que le droit romain présumait dans cette convention un pacte de préférence en faveur de la première personne.

On cite enfin, comme exemple de droit de préemption légal, le droit du fisc sur les métaux ²⁾, — mais non sans conteste — certains le considérant bien plutôt comme une espèce d'expropriation ³⁾.

Le droit de préemption contractuel ne fait l'objet d'aucune mention dans les textes. Il ne paraît pas que l'on puisse considérer certaines réserves citées par le Digeste ⁴⁾ comme des droits de préemption : il s'agit là bien plutôt de conventions accessoires par lesquelles l'ayant-droit se réservait qu'au cas où la chose serait vendue, elle ne pourrait l'être qu'à lui-même et à personne d'autre ⁵⁾. A défaut de dispositions spéciales concernant le droit de préemption contractuel, on appliquait les règles générales du droit en matière de conclusion des contrats, et en première ligne, celles du *pactum de contrahendo* ⁶⁾. Ici aussi se manifeste le caractère purement personnel du droit de préemption en droit romain.

Au point de vue de ses modalités, il y lieu de relever ce qui suit: le droit de préemption était cessible; il était transmissible par voie de succession; enfin, il pouvait avoir pour objet des choses *mobiles* ou *immobiles*, comme aussi toute sorte de droits *in commercio* ⁷⁾.

1) Girard 714, note 2. cf. Jäger 14. Bechmann 2, § 251, p. 508, rem. 2.

2) L. 1, C. 11, 7.

3) Windscheid — Kipp 604, rem. 13.

4) fr. 75 D. 18, 1; L. 21, § 5, D. 19, 1 et L. 122, § 3, D. 45, 1.

5) Jäger 20, 24. Opinion contraire: Glück 160, rem. 45.

6) Jäger 9.

7) Katz 16 et 17.

§ 2. Le droit germanique

I.

Le droit de préemption a sa source non seulement dans le droit romain, mais aussi dans le droit immobilier germanique, où il a joué un rôle spécial.

Le droit germanique connaissait, dans des cas déterminés, un droit de préemption semblable à l'un de ceux dont nous avons signalé l'existence en droit romain, c'est-à-dire, un droit de préemption indépendant de toute autre convention, et n'ayant d'effet qu'entre les contractants seulement. Mais le développement du droit de préemption est surtout lié à celui de certaines institutions du droit immobilier: les droits de retrait (*Retraktrechte*, de *jus retractus*, c'est-à-dire, droit de retirer à soi un bien vendu), qui ont leur fondement dans l'antique propriété commune de la famille.

L'ancienne jurisprudence donnait aux membres de la famille du vendeur, soit spécialement aux plus proches héritiers présomptifs, le droit de revendiquer dans l'an et jour tout immeuble quelconque dont l'aliénation avait eu lieu sans leur consentement exprès (*Beispruchsrecht*¹⁾; faute de ce consentement, la vente était nulle²⁾. Ce droit avait donc un caractère réel très marqué. Il devint une vraie entrave au développement économique et fut, pour cette raison, et dans les villes d'abord, restreint aux seuls biens acquis par succession³⁾. Plus tard même, le propriétaire put aliéner ses immeubles, mais il devait auparavant les offrir en vente à ses héritiers présomptifs. Si ceux-ci refusaient l'offre que leur était faite, le propriétaire avait les mains libres. Mais, si l'aliénation avait été faite en contravention à cette obligation, les héritiers

1) *Saxenspiegel*, I, 52, § 1.

2) *Stobbe* 2, 417 et suiv.

3) *Schröder* 708.

pouvaient encore reprendre, dans l'an et jour, l'immeuble passé en mains du tiers-acquéreur, moyennant, toutefois, remboursement à celui-ci du prix qu'il avait payé (Näherrecht)¹⁾.

Le droit de préemption est donc étroitement lié au droit de retrait des proches parents. Si bien que droit de préemption et retrait sont, à l'origine, confondus en une seule et même institution.

Mais, indépendamment des droits de retrait dont jouissaient les héritiers présomptifs, étaient apparus d'autres droits analogues en faveur d'individus ou de groupements d'individus déterminés. L'ancien droit burgonde prescrivait déjà que si deux colons (*hospites*) avaient acquis un fonds en commun et se l'étaient partagé, chacun d'eux jouissait d'un droit de retrait portant sur la part de l'autre, en cas de vente de cette part²⁾. De même, de nombreuses coutumes germaniques locales, particulièrement du sud de l'Allemagne, connaissaient en matière immobilière, à côté du droit de retrait conféré aux héritiers, de nombreux droits semblables. Le but de ces droits était d'empêcher que la propriété foncière ne passât en mains d'étrangers. Les plus importants étaient ceux qui même main³⁾, en faveur des « Hofgenossen », en faveur des voisins⁴⁾, en faveur des copropriétaires⁵⁾, en faveur des propriétaires de terres autrefois réunies dans la même main⁶⁾, en faveur des « Hofgenossen », en faveur du suzerain quand le vassal avait aliéné le fief sans son autorisation⁷⁾.

1) Gierke 2, 772. rem. 281. Beseler 442.

2) Lex Burgund, 84, § 2.

3) Marklosung.

4) Nachbarlosung.

5) Ganerbenlosung.

6) Geteilenzugrecht, Teillosung.

7) Ces droits, y compris celui des héritiers, sont fréquemment appelés, dans les textes, *Retraktrechte* mais aussi, suivant l'époque et les lieux : *Näherrecht*, *Näherkauf*, *Einsprache*, *Einstand*, *Abtrieb*, *Beysprache*, *Beysprüche*, *Besprechung*, *Losung*, *Nähergeltung*, *Anstand*, *Zugrecht*, *Beschüttung*, *Geltung*, etc. Walch 15. Katz 19. Beseler 442.

Tous ces droits de retrait étaient semblables à celui des héritiers. Comme ce dernier, ils possédaient tous le caractère d'un droit de préemption réel.

Cette unité du droit de préemption et du retrait fut, à vrai dire, à un moment donné, entamée; et nous trouvons alors certains droits de retrait créés par contrat et complètement indépendants d'un droit de préemption.

La réception du droit romain dans les pays germains contribua d'abord à fortifier les droits de retrait. Le droit romain apportait, en effet, avec lui, différents droits de retrait nés en Italie et dans l'empire d'Orient qui s'implantèrent aussi en pays allemands, — ce qui, avec une fausse interprétation de certains textes latins fit souvent prendre le retrait pour une institution du droit romain.

Mais le droit romain attache plus d'importance à la personnalité individuelle que le droit germanique; il devait donc avoir finalement pour effet d'enrayer le développement des droits de retrait, puisqu'il s'appliquait à dissoudre les collectivités du droit germanique auxquelles ces droits compétaient.

Aussi ces droits de retrait, qui d'ailleurs ne s'adaptaient plus aux exigences transactionnelles, perdirent-ils peu à peu leur importance. A tel point qu'on peut dire qu'au moment des grandes codifications ils appartenaient au passé. L'Autriche les abrogea de 1781 à 1787 par une série de lois. Le Landrecht prussien de 1794 en supprima les plus importants, en particulier ceux des proches parents et des voisins. ¹⁾ Quant à ceux qui subsistaient encore en Prusse, ils furent abrogés presque tous par un édit du 9 octobre 1807 et une loi du 12 mars 1851. En France, tous les retraits — sauf le retrait litigieux — ont été supprimés par des lois de 1790, 1793 et de l'an II.

1) Allg. Preuss. Landrecht. I, 20, § 650 et II, 4, § 227, 228.

Le retrait du droit germanique diffère essentiellement du droit de préemption romain: le retrait ne peut s'exercer qu'à l'égard d'immeubles ou de droits immobiliers; il n'est pas cessible; il n'existe qu'en cas de vente et non d'échange; il ne peut tirer son existence que de la loi ou de la coutume et non pas d'une convention ou d'un testament; enfin, et c'est ici sa caractéristique principale, le retrait est, de sa nature, un droit réel ¹⁾.

II

Il serait, de notre part, téméraire de prétendre compléter les pages que M. Huber a consacrées au développement du retrait dans l'ancien droit des pays suisses. Nous renvoyons donc à l'œuvre de M. Huber ²⁾ en nous contentant de relever ce qui suit:

Dans la plupart des pays suisses, de même que dans les autres pays de droit germanique, l'institution juridique du retrait s'est développée avec ampleur et régularité. Le droit statutaire des villes, comme celui des campagnes, lui consacrent, en général, de longs articles détaillés, sous le nom communément admis de Zug ou Zugrecht, ou de Zugsgerechtsame. Les sources latines parlent de *jus retractus* et les sources romandes de Retraction, Retrait par droit de proximité, ou Proximité.

Nous retrouvons dans nos législations les nombreuses variétés du retrait dont nous venons de parler. Il faut citer en première ligne le droit de retrait, reconnu partout, conféré aux ressortissants d'une commune ou d'un pays, en cas de vente faite à un étranger. Si les ayants-droit renoncent à le faire valoir, ce droit passe parfois à la Ville elle-même.

Le retrait des proches appartient parfois à tous les parents; certains statuts l'autorisent jusqu'au cinquième

1) Au sujet de ces différences, voir Motive 3, 447.

2) Huber, 4, 717 et suiv.

degré seulement, tandis que d'autres le restreignent aux frères et sœurs et aux oncles. Parmi les parents, la préférence appartient naturellement au plus proche, encore que parfois les mâles passent avant les femmes. Quant à l'épouse et aux enfants, le droit de retrait leur est régulièrement refusé, ainsi, sauf quelques exceptions, qu'aux parents illégitimes, lesquels, d'ailleurs, sont exclus des successions.

Les droits de retrait des co-ressortissants et des proches sont de beaucoup les plus importants. Mais il faut y ajouter ceux qui sont conférés au suzerain, aux voisins, aux copropriétaires, aux propriétaires de terres autrefois réunies dans la même main, etc.

Tous ces intéressés pouvant arriver en concours pour réclamer leur droit, les statuts indiquent l'ordre dans lequel ils sont admis à l'exercer. Les parents sont les premiers appelés; après eux viennent les ressortissants de la commune, puis les co propriétaires, les censitaires ou les vassaux du même seigneur, les voisins et les ressortissants du pays, — placés dans un ordre différent suivant les localités.

Quant à la qualité de l'immeuble sur lequel peut s'exercer le retrait, il est, en général, indifférent qu'il provienne à l'aliénateur de succession ou d'un autre mode d'acquisition; quelques statuts, cependant, font cette distinction.

Quant au délai pendant lequel le retrait peut être exercé, il oscille, suivant les coutumes, de quelques semaines à trois ans. Ce délai commence généralement à courir du moment où l'ayant-droit a eu connaissance de l'aliénation de l'immeuble. Pendant le délai fixé, l'acquéreur n'a sur la chose qu'un droit de disposition limité; s'il la détériore, l'ayant-droit peut lui demander des dommages-intérêts; si, au contraire, il l'améliore, il peut ré-

clamer, lui acheteur, une indemnité à celui qui reprend l'immeuble.

Le droit de retrait compète à l'ayant-droit en cas de vente, mais non en cas de vente par enchères, de donation et d'échange, (sauf si la différence de valeur est telle entre les immeubles échangés que l'échange paraît une simulation ou une tromperie opérée dans le but de rendre illusoire le droit de retrait).

Si l'immeuble a été aliéné plusieurs fois de suite pendant le délai, l'ayant-droit peut exercer le retrait envers le dernier acquéreur en payant le prix de la première aliénation. L'acquéreur qui subit une perte jouit d'un recours contre son vendeur.

Le retrait s'éteint en particulier par expiration du délai fixé et par renonciation de la part de l'ayant-droit.

Ajoutons enfin, que dès le XVI^e siècle, les lois prennent des mesures contre les abus dont peuvent se rendre coupables ceux à qui appartiennent un droit de retrait.

Cette législation essentiellement touffue et variable suivant les coutumes tomba peu à peu en décadence. Si bien que la République helvétique abrogea tous les droits de retrait ¹⁾. Et dès lors, seuls quelques cantons rappellèrent à l'existence l'un ou l'autre d'entre eux, ainsi que nous le verrons plus loin. ²⁾

III

Comme toutes les coutumes germaniques, la coutume neuchâteloise a connu le retrait. Mais elle paraît cependant n'avoir admis que celui en faveur des plus proches parents. Ce droit fut réglementé et restreint par la loi du

1) Lois des 31 août 1798 et 21 juin 1800.

2) Notons ici que, dès le moyen-âge déjà, quelques coutumes connaissaient un droit de retrait lors de certaines ventes mobilières, soit surtout en cas de vente de bestiaux et de denrées alimentaires. Ce droit pouvait être exercé par les membres de la communauté. Il était régi par les règles applicables au retrait immobilier. Huber 4, 726.

8 mai 1748, article premier ¹⁾, pour devenir le «retrait lignager», qui donnait au retrayant la faculté de se substituer à l'acquéreur, moyennant remboursement du prix et des frais payés par ce dernier. Ce retrait lignager était un droit réel; il affectait donc l'immeuble même que l'ayant-droit pouvait revendiquer en quelques mains qu'il eût passé. Il fut aboli déjà avant l'entrée en vigueur du Code civil neuchâtelois, par une loi du 3 mars 1852. ^{2) 3)}

Section II

Le droit moderne

Les deux institutions de l'ancien droit qui ont fourni les éléments nécessaires à la constitution du droit de préemption moderne sont, ainsi que nous venons de le voir, d'une part, le *jus protimiseos* du droit romain, et, d'autre part, le retrait du droit germanique, dans leurs diverses manifestations.

Ce fut le droit prussien qui créa, en quelque sorte, le droit de préemption moderne.

§ 1. **Le droit privé allemand**

I

Le Preussisches Landrecht représente un tournant dans l'histoire des droits de retrait et du droit de préemption. D'une part, il supprime les plus importants parmi les droits de retrait, en particulier ceux qui appartenaient légalement aux proches parents, aux voisins et aux propriétaires de terres autrefois réunis dans la même main, ainsi que nous l'avons dit précédemment.

1) Pièces officielles, 1, 59.

2) Recueil officiel des lois, 1, 370.

3) Nous renvoyons, au surplus, pour les détails, aux cours de Calame 110 et suiv., et de Jacottet, 2, 601.

Mais, d'un autre côté, le Code prussien crée un droit de préemption nouveau qui se manifeste sous deux formes: le droit personnel de préemption, toujours créé par une convention, qui n'a d'effet que contre l'obligé et non point contre le tiers acquéreur, sauf le cas où ce dernier avait connaissance du droit de préemption, — et le droit réel de préemption qui est opposable au tiers acquéreur. Ce dernier est expressément restreint aux immeubles ; il comprend, d'une part, les droits légaux de retrait qui subsistent encore ¹⁾ et, d'autre part, les droits de préemption établis par convention et inscrits au registre foncier.

II

Quant au Code civil allemand du 18 août 1896, il ne reconnaît qu'un seul droit de préemption légal, celui des cohéritiers, auxquels il donne le droit d'exercer le retrait successoral ²⁾ ; il est toutefois à remarquer que ce retrait a pour objet l'universalité de la part héréditaire et ne constitue pas un droit direct sur chacun des objets qui la composent. La loi d'introduction du Code civil allemand reconnaît ³⁾, en outre, la validité des droits de préemption établis par les législations particulières des états dans les limites de leur compétence législative, par exemple en matière de mines et d'expropriation. La Loi prussienne sur les entreprises de chemins de fer du 3 novembre 1838, de même qu'une loi du 8 juin 1896 concernant la rente foncière, établissent des droits de préemption qui ont conservé toute leur valeur.

Mais, sauf l'exception du droit de préemption légal en faveur des cohéritiers, exception que nous venons de si-

1) En particulier celui des copropriétaires. Voir Itens 10.

2) B G B §§ 2034 à 2036. Le premier projet du B G B ne parlait pas du droit de préemption des cohéritiers. Ce droit fut introduit dans le second projet à l'inspiration de l'article 841 du code civil français, dont nous parlons plus loin, et qui est lui-même un reste du vieux droit germanique. Zachariae, 503, Rem. 39.

3) Art. 4, 67 et 109.

gnaler, le BGB ne connaît que le droit de préemption résultant d'un acte juridique, en particulier d'un contrat.

Le droit de préemption est réglé en deux endroits différents :

les §§ 504 à 514 déterminent les rapports d'obligations que le Code établit entre l'ayant-droit et le propriétaire actuel (droit personnel de préemption) ;

les §§ 1094 à 1104 lui attribuent, à certaines conditions, c'est-à-dire, avant tout, moyennant annotation au registre foncier, le caractère de droit réel, opposable aux tiers quels qu'ils soient.

Le caractère commun du droit personnel de préemption et du droit réel de préemption consiste en ce que, pour les rapports entre l'obligé et l'ayant-droit, les §§ 504 à 514 s'appliquent au droit réel ¹⁾.

A titre de droit réel, la préemption ne peut porter que sur des immeubles. C'est une charge réelle consistant dans l'obligation de céder l'immeuble lui-même, comme si celui-ci avait été l'objet d'une vente. A ce titre de droit réel, elle peut exister au profit de l'ayant-droit, non seulement pour un, mais pour plusieurs ou même pour tous les cas de vente ²⁾.

Le droit de préemption qui porte sur un fonds ne peut être exercé que dans les deux mois à partir du moment où l'ayant-droit reçoit de l'obligé communication du contenu du contrat passé avec le tiers; le droit de préemption qui porte sur un autre objet ne peut être exercé que dans la semaine suivant cette communication. Le BGB donne, d'ailleurs, aux contractants la faculté de convenir d'un délai plus long ou plus court.

1) § 1098.

2) § 1097.

§ 2. Le droit privé français

I

Le Code civil français n'a conservé des anciens droits de retrait d'essence germanique que le retrait successoral ¹⁾. Cette institution, connue longtemps avant le Code civil par la jurisprudence de certains parlements, a probablement pour origine l'ancien retrait dit « de bien-séance et de communion », c'est-à-dire celui qui, d'après certaines coutumes, pouvait être exercé par tous les copropriétaires indivis d'un immeuble à l'encontre de l'étranger qui avait acquis une part indivise de cet immeuble ²⁾.

Le retrait successoral fait l'objet de l'article 841 qui prescrit : « Toute personne, même parente du défunt, qui » n'est pas son successible, et à laquelle un cohéritier a » rait cédé son droit à la succession, peut être écartée du » partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, » en lui remboursant le prix de la cession ».

Le Code civil français a maintenu le retrait successoral « pour empêcher que des étrangers, guidés par la cupidité ou par l'envie de nuire, ne puissent, en suscitant de mauvaises difficultés, entraver les opérations du partage ou pénétrer les secrets des familles » ³⁾.

II

A défaut de disposition expresse dans le Code civil, la doctrine et la jurisprudence admettent généralement la

1) Zachariae 503, rem. 39.

2) Une opinion, très accréditée en France, décide cependant que le retrait successoral ne serait que le développement et l'extension du retrait de droits litigieux, établi par les lois *per diversas* et *ab Anastasio*. Cassation, 20 mars 1828. Rép. Gal. alp. du droit français, 10, ad. Cession de droits successifs Nos 231 à 234. Cette opinion, erronée selon nous, provient sans doute du fait que tous les retraits ont été expressément supprimés par les lois de 1790, 1793 et de l'an II, sauf le retrait litigieux auquel l'époque révolutionnaire paraît avoir fait grâce.

3) Aubry et Rau 6, 517, rem. 1.

validité du pacte dit «de préférence» ou «promesse de préférence»; ce pacte est une convention par laquelle le promettant s'engage, pour le cas où il se déciderait à vendre une chose, à la vendre de préférence à telle personne déterminée si celle-ci offre un prix égal.

Ce pacte constitue une promesse unilatérale de vente et il en produit les effets. Il ne donne pas de droit réel et se résout en dommages-intérêts lorsque le promettant, au mépris de sa promesse, vend sans offrir la préférence au bénéficiaire. Celui-ci ne jouissant pas d'un droit réel, ne peut demander contre l'acheteur le délaissement de la chose vendue, à moins que la vente n'ait été faite dans des conditions qui rendent applicable l'action paulienne ou révocatoire ¹⁾.

On a contesté la validité de ce pacte de préférence par le motif que l'obligation du promettant serait subordonnée à une condition potestative de sa part et qu'elle serait nulle d'après l'article 1174 du Code civil. Mais il est reconnu aujourd'hui que cette disposition ne vise que la condition *si voluero* et n'annule que l'obligation subordonnée à la volonté même du débiteur, et non celle qui dépend d'un fait que le débiteur peut faire arriver ou empêcher, mais qui, une fois arrivé, est indépendant de sa volonté.

Les effets du pacte de préférence sont ceux d'une promesse de vente unilatérale conditionnelle: le promettant s'engage à vendre de préférence à celui à qui il fait la promesse, dans le cas où il se déciderait à vendre (événement futur et incertain).

Le pacte de préférence peut être convenu au profit de quelqu'un qui stipule que si l'acheteur veut revendre, il s'engage à revendre de préférence à son vendeur. Il en est ainsi lorsque le bénéficiaire ne veut pas voir passer

¹⁾ Aubry et Rau 4, 359. Baudry Lacantinerie et Saignat, Nos 71 et suiv. Rép. Cal. alp. 36, ad. vente, Nos 242 et 243.

son bien en mains d'étrangers, par exemple. C'est la « promesse de revente »¹⁾ qui ne diffère pas du pacte de préférence ordinaire et qui ne donne pas, non plus, de droit réel, au contraire de ce qui existait dans l'ancien droit.

Ajoutons que le pacte de préférence est restreint au cas de vente et qu'il ne peut *in dubio* s'exercer en cas d'échange ou de donation.

§ 3. Le droit cantonal privé

Nous avons vu précédemment que la République helvétique abrogea tous les anciens droits légaux de retrait encore en vigueur. Cependant, diverses législations cantonales ont ensuite ressuscité quelques-uns d'entre eux ; d'autres législations ont reconnu aussi la validité de droits de retrait ou de préemption conventionnels, inspirés, sans doute, par l'APrLR.

Sous § 1^{er} Les derniers droits de retrait légaux

Ces droits de retrait légaux sont fondés soit sur un lien de copropriété, soit sur un lien de parenté, soit tout à la fois sur un lien de copropriété et de parenté²⁾. Derniers vestiges de l'ancien retrait germanique, ils se sont éteints lors de l'entrée en vigueur du Cc.

Les cantons de Bâle-Ville, Bâle-Campagne et Fribourg connaissaient un droit de retrait légal en faveur des copropriétaires.

A Bâle-Ville la loi sur le registre foncier de 1860 prescrivait³⁾ qu'en cas de vente d'un droit de copropriété le transfert ne pouvait être inscrit au registre foncier que si l'aliénateur justifiait qu'il avait avisé, dans les formes légales, ses copropriétaires de la vente et que si

1) *Pactum de retroemendo* du droit romain.

2) Huber 3, 265 et suiv.

3) Art. 10.

ces derniers n'avaient pas déclaré exercer leur droit dans un délai de quatre semaines dès l'avis du vendeur.

A Bâle-Campagne, la loi sur la procédure ¹⁾ renfermait une disposition analogue.

A Fribourg, le Code civil consacrait au droit de retrait des copropriétaires les articles 1549 à 1564, aux termes desquels le retrayant devait en particulier, à peine de péremption, exercer son droit dans un délai de quarante-deux jours dès la date de la troisième insertion de l'avis de vente dans la Feuille officielle du canton.

Quant au droit de retrait légal en faveur des parents, il était connu des législations de Berne et Bâle-Campagne.

Le Code civil bernois établissait ²⁾ un droit de retrait au profit des descendants, des ascendants et des frères et sœurs. Ce droit devait être exercé dans un délai de trois mois dès le transfert de propriété; toutefois, l'ayant-droit absent du pays jouissait d'un délai de six mois dès le transfert.

La loi de Bâle-Campagne sur la procédure accordait aux parents du sang un même droit, restreint cependant par une ordonnance du Conseil d'Etat du 10 février 1873.

Enfin, Nidwald connaissait un droit de retrait légal basé à la fois sur le lien du sang et sur celui de copropriété. Ce droit existait en faveur des frères et sœurs qui possédaient en commun une terre ou une maison, en cas de vente d'une part de l'immeuble ³⁾.

Tous ces droits de retrait légaux étaient considérés comme droits réels et ne pouvaient avoir pour objet, suivant la notion germanique, que des immeubles ou des droits immobiliers.

1) § 461, ch. 4.

2) Art. 819 à 833.

3) Loi du 26 avril 1885 abrogeant toutes les lois antérieures sur le retrait, en particulier une loi de 1873.

Sous § 2. Le droit de retrait successoral

A côté des droits de retrait légaux qui subsistaient encore, certaines législations connaissaient le retrait successoral du Code civil français, dont nous allons parler, dérivé lui-même, très probablement, d'un ancien droit de retrait germanique ¹⁾ et repris dès lors par le BGB.

Il en était ainsi à Genève et dans le Jura bernois (où le Code civil français constituait la loi civile), et à Neuchâtel, dont le Code civil, article 844 ²⁾, reproduisait textuellement l'article 841 du Code civil français.

Nous renvoyons à cet égard à ce que nous avons dit au sujet du retrait successoral du droit français.

Sous § 3. Le droit de retrait conventionnel

Les droits de retrait dont nous venons de parler tiraient leur origine de la Loi. A côté d'eux, il en existait d'autres, qui pouvaient être stipulés par contrat, même au profit de tiers. C'est ainsi que le Code civil zurichois ³⁾, tout en abrogeant les droits de retrait légaux, autorisait la stipulation conventionnelle d'un droit réel de retrait au profit des parents, droit dont la durée était fixée à cent ans au maximum et dont l'exercice devait, — sous peine de péremption, — intervenir dans les six semaines dès la vente au tiers-acquéreur.

Un droit analogue existait à Schaffhouse ⁴⁾.

Le Code civil des Grisons ⁵⁾ reconnaissait la validité d'un droit réel de préemption créé par convention. Ce droit devait être exercé par l'ayant-droit dans un délai de douze semaines dès la vente et s'éteignait en tout cas au bout de cinquante ans ⁶⁾.

1) Opinion contraire : Huber, 3, 271, note.

2) Voir spécialement Jacottet, 1, 870.

3) §§ 451 et 452.

4) Code civil, §§ 1390 et 1391.

5) § 408.

6) Huber, 3, 719.

A St-Gall, une loi du 6 juin 1850 ¹⁾ reconnaissait la validité de droits de retrait conférés par contrat.

Nidwald ²⁾ reconnaissait, — à côté du droit de retrait légal dont nous venons de parler en faveur des frères et sœurs, — un droit de préemption conventionnel et personnel qui présentait la particularité suivante: il devait être inséré dans l'acte de vente lui-même, de façon que l'acheteur en eût connaissance.

Enfin, le droit tessinois ³⁾ admettait un droit de préemption conventionnel, «diritto di prelazione», dont la durée ne pouvait excéder cent ans.

Ajoutons que certains cantons, à l'exemple de la France et à défaut de dispositions expresses de la Loi, admettaient la légitimité de la clause de préemption. Il en était ainsi, en particulier, à Neuchâtel ⁴⁾. De même qu'en droit français cette clause était dépourvue d'effets réels.

§ 4. Le droit public

I

Certaines législations modernes font application du droit de préemption en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. Lorsque le but en vue duquel l'expropriation a été prononcée vient à faire défaut, cette mesure ne se justifie plus; il est alors équitable d'autoriser les expropriés à réacquérir, préférablement à tout autre acquéreur, les droits qu'ils avaient dû céder à l'entreprise. Des motifs d'équité et des raisons économiques ont fait consacrer ce droit de réacquisition par de nombreuses législations, qui prévoient, les unes, un droit de revendication, les autres un droit de préemption.

1) Art. 39 à 42.

2) Loi de 1885, déjà citée.

3) Code civil, art. 781.

4) Jacottet, 2, 600.

Revendication ou préemption, ces deux droits poursuivent d'ailleurs le même but, bien qu'ils soient d'essence différente.

II

Nous n'avons pas à nous occuper ici des droits de revendication ¹⁾ consacrés par les lois françaises des 3 mai 1841 (art. 60, § 1^{er}) et 24 mai 1842 (art. 3), les lois belges des 17 avril 1835, 1^{er} juillet 1858 et 15 novembre 1867, la loi italienne du 25 juin 1865, la loi espagnole du 10 janvier 1879, la loi bâdoise du 28 août 1835, la loi bavaroise du 17 novembre 1837, la loi saxonne du 14 décembre 1855 et la loi fédérale suisse du 1^{er} mai 1850 (art. 47, al. 1 et 2), et diverses lois cantonales.

Parmi les lois qui accordent un droit de préemption à l'exproprié, citons: la loi saxonne du 14 décembre 1855 (§ 7), la loi prussienne du 11 juin 1874 (§ 57), la législation russe (Svod, art. 590), la législation anglaise (*Lands clauses consolidation act* du 8 mai 1845, cap. 18, sect. 127 et suiv.) et la loi fédérale suisse précitée, dont l'article 47, al. 3 admet un droit de préférence en faveur de l'ancien propriétaire, moyennant paiement par celui-ci du prix de l'aliénation projetée, lorsque l'entrepreneur se dispose à vendre le droit exproprié pour une somme inférieure à celle qu'il a payée à titre d'indemnité ²⁾. Enfin, citons la loi cantonale neuchâteloise du 21 avril 1913, qui prescrit à l'article 61 que: « Si, dans un délai de cinq ans dès » le jour où l'expropriation est parfaite, l'expropriateur » met en vente les immeubles expropriés, l'exproprié ou » ses héritiers sont au bénéfice d'un droit de préemption ».

1) Voir Rép. gal. alp. 21 ad. Expropriation pour cause d'utilité publique, Nos 3744, 3745, 3795, 3796. De Weiss. 160.

2) Cf. Projet de révision de la loi fédérale de 1850, art. 65 et suiv.

CHAPITRE II

Le droit d'emption

§ 1. Généralités

L'expression « droit d'emption » est une création du Cc ; on ne la trouve dans aucune autre législation. Cela ne signifie point que le droit d'emption soit un phénomène juridique nouveau. Il s'agit bien plutôt d'une expression nouvelle pour désigner une institution juridique depuis longtemps connue : la promesse unilatérale de vendre, qui est l'un des trois aspects de la promesse de vente.

La promesse de vente peut, en effet, être une simple proposition non encore acceptée; ou bien elle peut être acceptée par celui à qui elle a été faite, sans que celui-ci ait pris aucun engagement; ou bien, enfin, elle peut être acceptée avec promesse d'acheter.

Dans le premier cas, il n'y a qu'une simple pollicitation, une offre rétractable *ad nutum*.

Dans le second cas, il y a contrat, puisqu'il y a concours de deux volontés, mais un contrat unilatéral, puisqu'il n'y a pas réciprocité d'obligation; l'une des parties s'engage bien à vendre, mais l'autre, tout en prenant acte de cet engagement qui lui donne le droit d'exiger la vente, ne s'engage pas à acheter: c'est précisément ce qui constitue le droit d'emption du Cc.

Dans le troisième cas, il y a un contrat synallagmatique; chacun contracte des obligations réciproques. Celui à

qui la promesse de vendre est faite ne se borne pas à en prendre acte; il contracte lui-même l'obligation d'acheter.

§ 2. Le droit français

Les auteurs français ont, les premiers, reconnu l'existence de ces trois aspects de la promesse de vente. Le Ccfr est d'ailleurs muet sur la promesse unilatérale de vendre. L'article 1589 ne vise, en effet, que les promesses de vente bilatérales: « La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ». C'est ce qui a permis à certains auteurs de mettre en doute la validité de la promesse unilatérale de vente ¹⁾.

Mais on s'accorde depuis longtemps, en France, à reconnaître l'inexactitude de cette opinion. La circonstance que le législateur n'a point parlé de la promesse unilatérale de vente ne suffit pas pour la rendre illicite; par son silence, le Code civil ne l'a point prohibée et de ce qu'il ne lui a pas consacré une disposition spéciale, il faut simplement conclure qu'elle est soumise aux règles du droit commun ²⁾.

Quant aux effets de la promesse unilatérale de vente, on admet généralement que le créancier a non seulement le droit de demander des dommages-intérêts en cas d'inexécution, mais encore celui de contraindre le promettant à l'exécution de sa promesse. En effet, lorsque celui à qui a été faite la promesse de vente déclare vouloir en profiter, la promesse se transforme; d'unilatérale, elle devient synallagmatique et elle se trouve désormais régie par l'article 1589; au lieu d'une seule obligation, il y a maintenant deux obligations réciproques; et la transla-

1) Merlin, Rép. ad. vente, § 7, n. 5 et questions de droit, ad. Promesse de vente. Toullier, 9, No 91.

2) Baudry-Lacantinerie et Seignat, Nos 63 et suiv. Aubry et Rau, 6, 333, en particulier note 9.

tion de la propriété, que la promesse unilatérale ne pouvait pas opérer, résulte de la promesse devenue synallagmatique qui vaut vente, aux termes de l'article précité. Et si le promettant refusait de livrer la chose, le jugement tiendrait lieu de l'acte.

§ 3. Le droit cantonal

Les législations cantonales basées sur le Code civil français ont aussi distingué la promesse de vente du contrat de vente proprement dit, qui opérerait le transfert de propriété. Le Code civil nenchâtelois s'exprime comme suit :

« *Article 1226.* La vente d'un immeuble ou de droits
» immobiliers n'est parfaite qu'après la passation de
» l'acte authentique; les conventions antérieures consti-
» tuent simplement une promesse de vente. »

» *Article 1227.* La promesse de vente donne aux parties
» une action :

» Ou pour faire prononcer qu'au refus de l'une des
» parties de passer acte, le jugement en tiendra lieu et en
» aura tous les effets ;

» Ou pour faire condamner la partie qui refuse à des
» dommages et intérêts.

» Le tout au choix du demandeur.

» *Article 1228.* Toute promesse de vente immobilière
» est prescrite après un an. »

Quant au Code civil vaudois, il renferme les particularités ci-après :

» *Article 1114.* La promesse de vente d'un immeuble
» ne donne droit d'action, soit au vendeur, soit à l'ache-
» teur, que lorsqu'elle est le résultat d'enchères publiques
» ou qu'elle a été faite devant notaire ou qu'elle a été
» écrite en entier, datée et souscrite de la main de celui
» dont on requiert la passation de l'acte. »

» *Article 1115.* ...L'action résultant d'une vente ou d'une promesse de vente faite dans les formes indiquées à l'article précédent, consiste à faire ordonner par jugement l'inscription de la vente au registre des droits réels immobiliers, ou à faire condamner la partie qui se refuse à l'exécution aux dommages et intérêts. »

» *Article 1116.* Toute promesse de vente d'immeubles est prescrite par six mois. »

Le Code civil fribourgeois (art. 1419 à 1422) reconnaît aussi expressément la validité de la promesse de vente ; il exige en outre la publication des promesses de vente conclues entre époux ou entre ascendants et descendants.

Pour le Code civil valaisan, la promesse de vente ne peut, en cas d'inexécution, que se résoudre en dommages-intérêts (art. 1328).

Quant aux autres législations cantonales, elles ignorent la promesse de vente.

Les dispositions que nous venons de citer sont relatives à la promesse de vente doublée d'une promesse d'achat. Cependant, de même qu'en droit français, la promesse de vente unilatérale était tenue pour valable. Elle a pris le nom de «droit d'emption» dans la terminologie du Cc.

CHAPITRE III

Le droit de réméré*Section première***Le droit ancien**§ 1. **Le droit romain**

La vente à réméré était connue à Rome sous le nom de *pactum de retrovendendo* ¹⁾ où elle apparaissait comme une vente sous condition résolutoire: le vendeur se réservait par là le droit de résilier la vente s'il pouvait restituer le prix payé par l'acheteur; et il avait une action pour obtenir que l'acheteur lui revendit la chose vendue. Ce pacte n'entraînait probablement que des effets personnels à raison de la règle *proprietas ad tempus transferri nequit*; mais ses conséquences réelles sont cependant encore discutées par les romanistes ²⁾, au moins en ce qui concerne l'époque classique.

Le *pactum de retrovendendo* peut être rapproché du *jus protimiseos in specie* dont nous avons déjà parlé, mais ces deux institutions ne doivent pas être confondues.

§ 2. **Le droit germanique**Sous § 1. **En général**

Le droit germanique a connu déjà sous le nom de *Wiederkaufsrecht*, pacte de rachat, un droit de réméré en faveur du vendeur. Cette institution était très prati-

1) L. 12, D. 49, 5. L. 2. Cod. IV, 54.

2) Girard 714 et suiv.

quée comme moyen de crédit réel avant le développement de l'hypothèque et aussi pour tourner les prohibitions canoniques du prêt à intérêt; elle était munie d'effets réels, donc opposable aux tiers ¹⁾).

Une différence essentielle existe entre le développement historique du droit de réméré et celui du droit de préemption: alors que ce dernier s'est surtout manifesté sous forme de droits de retraits légaux innombrables — et de la plus grande importance au point de vue économique —, le droit de réméré n'a jamais eu sa source dans la Loi, mais bien seulement dans le contrat: il n'y a jamais eu de droits de réméré légaux.

Sous § 2. En Suisse

Cette institution était pratiquée sous le nom de « *Satzung* »; nous ne pouvons mieux faire que renvoyer aux pages que M. Huber a consacrées à cette forme ancienne du gage immobilier ²⁾).

Sous § 3. La coutume neuchâteloise

Le pacte de rachat était licite et fréquent; il était même régulièrement organisé ³⁾. Les anciens juristes distinguaient deux espèces: la vente simple avec faculté de rachat et la constitution de rente. Dans le second cas, il y avait aussi transfert de propriété, bien qu'en réalité le vendeur demeurât détenteur de l'immeuble vendu, à charge par lui de payer jusqu'au rachat une rente annuelle à l'acheteur; l'acquéreur payait à l'Etat un droit de mutation fixé au demi-lods lors de la conclusion de la vente, puis l'autre demi-lods lorsque le droit de rachat se trouvait éteint ⁴⁾. Cette seconde forme de rachat était appelée

1) Laband 268 et suiv. Gierke 807.

2) Huber 3 785 et suiv.

3) Calame 237 et suiv. Jacollet 2. 500.

4) Code des Lods, règles 39 et 42.

engagée (le vendeur était l'*engageur*; l'acquéreur l'*engageiste*); elle prévalut en pratique au point de faire disparaître l'autre; elle tenait lieu de l'hypothèque: la reute annuelle constituait l'intérêt du prêt; et la propriété vendue sous réserve de rachat formait la garantie du prêt. La durée de l'*engagée* ne pouvait toutefois excéder neuf ans.

Section II

Le droit moderne

§ 1. Le droit français

Tandis que le Ccfr ne parle pas du droit de préemption, il fixe comme suit la notion du droit de réméré, article 1664: « Le vendeur à pacte de rachat peut exercer son » action contre un second acquéreur, quand même la fa- » culté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second » contrat. »

La vente avec faculté de rachat ou de réméré est, sous l'empire du Ccfr, une vente sous condition résolutoire: la condition réside dans la faculté que s'est réservée le vendeur; celui-ci a vendu sous la condition que la vente serait résolue s'il exerce le rachat dans le délai fixé. *Deficiente condicione*, (c'est ce qui arrive quand le vendeur laisse s'écouler le délai sans user du pacte de rachat) l'acheteur devient propriétaire incommutable. *Extante condicione*, au contraire, (c'est ce qui arrive quand le vendeur use du pacte dans le délai fixé) tout est alors remis au même état que si la vente n'avait jamais eu lieu, l'acheteur est donc censé n'avoir jamais été propriétaire et le vendeur n'avoir jamais cessé de l'être.

On voit par là que les expressions « vente avec faculté

de rachat» ou «vente à réméré» sont assez impropres et que les auteurs français ont raison lorsqu'ils emploient plutôt celle de «retrait conventionnel». En effet, loin de donner naissance à un nouveau contrat, l'exercice du droit de rachat détruit l'ancien: il y a *distractus* et non pas *contractus novus* ¹⁾).

La faculté de retrait ne peut être stipulée que pour cinq ans à partir du contrat. Lorsque celui-ci n'en règle pas la durée ou qu'il indique un terme plus long, le délai pour exercer le retrait est, de plein droit, fixé ou réduit à ce terme de cinq ans.

Le retrait conventionnel est muni d'effets réels contre les tiers; le vendeur peut, en effet, l'exercer contre le tiers-acquéreur sans même avoir besoin de mettre en cause l'acquéreur originaire. Et la résolution de la vente fait rentrer l'immeuble vendu dans les mains du vendeur libre et franc de toutes les servitudes ou hypothèques dont il peut se trouver grevé du chef de l'acquéreur; mais le vendeur est tenu d'exécuter les baux passés sans fraude par ce dernier.

Nous renvoyons, au surplus, aux commentateurs français ²⁾).

Une constatation s'impose cependant encore; c'est que le droit de réméré du Cefr diffère tellement du droit de réméré du Ce qu'il ne paraît pas possible de faire usage, pour l'étude de ce dernier, des commentaires du droit français et de la jurisprudence française.

Le Code civil français munit en effet le droit de réméré d'effets réels contre les tiers, c'est-à-dire en particulier contre le tiers acquéreur, sans aucune inscription dans les registres publics, tandis que sous l'empire du Ce une annotation est nécessaire. Les conséquences de

1) Aubry et Rau 4, 407 et suiv. Pothier, vente, n. 411. Baudry-Lacantinerie et Seignat n. 605 et suiv.

2) Ce fr. art. 1659 et suiv. cf. Code civil italien, art. 1515 et suiv. Code espagnol, art. 1507 et suiv.

ce système font du droit de réméré du Code civil français une institution juridique toute particulière.

§ 2. Le droit allemand

Les législations qui ont précédé le BGB ont toutes admis la constitution de droits de réméré opposables aux tiers au moyen d'une inscription dans le registre foncier ¹⁾.

Quant au BGB, il admet aussi l'institution du réméré, mais en lui retirant tout caractère réel à raison du principe renfermé au § 925, al. 2, qui prohibe le transfert de propriété à terme ou sous condition. Toutefois le § 883 permet au vendeur de réserver ses droits à l'égard des tiers par une annotation au registre foncier.

Le BGB ne reconnaît donc pas de droit réel de réméré, comme il reconnaît le droit réel de préemption. Cette manière de traiter différemment deux institutions analogues a été fréquemment blâmée par les auteurs ²⁾.

On discute théoriquement sur la nature juridique de la vente à réméré, au sujet de laquelle le BGB ne se prononce pas; les uns y voient un *pactum de contrahendo*; d'autres, un droit *sui generis* de dégagement ³⁾; d'autres, une proposition de contrat en vue d'une revente ultérieure ⁴⁾. Toutefois, rien n'indique d'une façon péremptoire que le législateur ait eu l'intention d'écarter la conception romaine. On peut soutenir aussi que le législateur n'a voulu accepter aucune conception théorique du réméré et laisser ce point à l'élaboration de la doctrine ⁵⁾.

Ajoutons que le BGB reconnaît la validité des droits réels de réméré créés sous l'empire de l'ancien droit et

1) Preuss. L. R. 1, tit. 11. § 265, §§ 296 à 320. Sachs. Gh. §§ 1131, 1134. Bayr. Hy Ges. § 5. cf. Gierke 807.

2) Reichel 92. Rümelin 95. Pfeiffer 72.

3) Gierke 488, note 6.

4) Planck 272. Gierke 488.

5) Crome 2, 488-493. Code civil allemand traduit... 2, 45.

qu'il admet la constitution de nouveaux droits réels de réméré, en tant qu'ils ont leur source dans les matières réservées aux droits particuliers ¹⁾.

§ 3. Le droit cantonal

I

Les législations cantonales reconnaissent en général la validité de la clause de réméré: ainsi, à l'exemple du Code civil français, les codes valaisan (art. 1402 et suiv.) et tessinois (art. 768 et suiv.)²⁾; ainsi encore, les codes bernois (§§ 815 à 818), argovien (§ 674), soleurois (§ 995), zurichois (§§ 453 à 457), schaffhousois (§§ 1392 à 1397), grison (§ 409) ³⁾.

II

D'autres législations cantonales, cependant, n'admettent pas la validité de la clause de réméré. Le Code civil neuchâtelois l'interdit expressément en matière immobilière, article 1229: « La vente d'un immeuble ou de » droits immobiliers ne peut être faite sous aucune con- » dition suspensive ou résolutoire, non plus que sous la » clause de réméré, sous peine de nullité ». Article 1305: « Le rachat ou réméré est interdit en matière immobi- » lière ». Cette clause, qui était fréquente sous l'empire de la coutume, fut prohibée avant l'adoption du Code civil déjà par la Loi sur les hypothèques du 21 novembre 1850 (article 59) parce qu'elle avait le caractère d'une condition résolutoire; c'est pour la même raison que le code civil l'interdit. Mais, si elle a pour sens d'obliger simple-

1) Crome 3, 581, 582. Gierke 807.

2) Huber 3, 270.

3) Huber 3, 712 et suiv.

ment l'acquéreur à revendre l'immeuble, sans donner au vendeur un droit réel contre les tiers, elle rentre dans les conventions accessoires licites ¹⁾).

Le Code civil fribourgeois l'interdit de même « excepté en cas de subhastation » ²⁾).

Quant au Code civil vaudois, il l'exclut tacitement ³⁾).

1) Jacottet 2, 500.

2) Code civil fribourgeois, art. 1423.

3) Huber 3, 707.

LES DROITS DE PRÉEMPTION, D'EMPTION ET DE RÉMÉRÉ DU CODE CIVIL SUISSE EN MATIÈRE IMMOBILIÈRE

CHAPITRE PREMIER

Généralités

§ 1. Introduction et définitions

I

La propriété est, théoriquement, le droit de disposer d'une chose de la façon la plus absolue. Ce droit subit, cependant, de nombreuses et importantes limitations de nature différente, qui peuvent avoir leur source dans le droit public ou dans le droit civil.

Sous l'empire du Ce la souveraineté de l'Etat se manifeste en droit public à l'égard de la propriété privée par des contraintes ou des restrictions auxquelles les propriétaires sont soumis dans l'intérêt général.

Les principales de ces contraintes ou restrictions consistent en des obligations de participer à des entreprises d'intérêt public déterminées et en des interdictions de faire certains actes. Le Ce (art. 6 et 702) réserve expressément à cet égard la compétence du droit public fédéral et cantonal, et, bien qu'il n'ait pas à s'occuper de droit

public, il établit cependant lui-même certaines de ces restrictions de droit public en ses articles 711 et 712. Les lois fédérales élaborées en vertu de la constitution fédérale, de même que les législations cantonales, renferment de nombreuses restrictions de cet ordre qu'il est inutile d'énumérer ici.

A côté de ces dispositions d'intérêt général dérivant du droit public, le droit civil apporte au droit de propriété de nombreuses restrictions résultant surtout du fait de la continuité des immeubles. La coexistence de plusieurs immeubles nécessite, en effet, l'établissement de règles propres à empêcher un propriétaire d'exercer son droit d'une manière dommageable aux voisins. Ces règles sont réunies par le Cc sous le titre de «Rapports de voisinage» (art. 684 et suiv.).

II

Mais, à côté de ces «rapports de voisinage», limitations de la propriété foncière qui frappent, en principe, tous les immeubles, et qui sont fondées sur la nature même de la propriété, le Cc connaît d'autres restrictions, d'une nature accidentelle et spéciale, qui ont pour objet la liberté compétant aux propriétaires d'aliéner l'immeuble (liberté qui est normalement comprise dans le droit de propriété); ces restrictions résultent des droits de préemption, d'emption et de réméré, et forment l'objet des articles 681 à 683 Cc.

Le droit de préemption est le droit que possède une personne d'acheter un immeuble de préférence à toute autre, s'il convient au propriétaire de le vendre, — ce à quoi ce dernier n'est jamais obligé. L'ayant-droit peut se mettre au bénéfice du contrat de vente conclu par le propriétaire avec une autre personne, c'est-à-dire acquérir l'immeuble aux conditions convenues avec cette dernière,

ou bien (et ceci constitue à notre avis, une maladresse du législateur) ¹⁾ l'acquérir aux conditions fixées d'avance par le pacte de préemption. La clause de préemption est le plus souvent insérée dans un bail, au profit du locataire ou du fermier. Elle peut aussi faire l'objet d'une convention spéciale, par exemple, être stipulée au profit d'un cohéritier qui ne désire pas voir l'immeuble de famille passer en mains étrangères. Dans ce cas, le locataire, le fermier, le cohéritier, en un mot, le titulaire du droit de préemption, a le droit d'acheter l'immeuble de préférence à toute autre personne.

Le droit d'émption correspond à la promesse de vente proprement dite (c'est-à-dire unilatérale); c'est le droit que possède une personne de pouvoir acheter un immeuble pour un prix déterminé ou déterminable. Le propriétaire assume l'obligation de vendre l'immeuble au titulaire si celui-ci l'exige. C'est ainsi, par exemple, qu'un industriel se réserve la faculté d'acheter le fonds voisin pour un prix donné, en vue de l'éventualité où il agrandirait son usine ²⁾.

Le droit de réméré est le droit que possède une personne de racheter un immeuble vendu antérieurement par elle, et cela — sauf convention contraire — aux mêmes conditions qu'elle l'a vendu. C'est ainsi que les cohéritiers peuvent s'assurer par là le rachat de l'immeuble vendu à bas prix à l'un d'eux, pour le cas où celui-ci cesserait d'exploiter l'industrie qui y est installée. Autre exemple: une commune vend certains terrains à une société pour y construire des maisons ouvrières; elle se réserve le droit de reprendre le terrain au prix de vente, si la société n'élève pas les constructions prévues dans un délai de dix ans ³⁾.

1) Voir p. 89.

2) Cf. Bull. stén. off. 1906, 543.

3) Exemples cités par Wieland, art. 683, rem. 4.

III

Il résulte des définitions qui précèdent que le droit de préemption et le droit de réméré sont, en somme, des espèces du droit d'emption, puisqu'ils constituent comme lui une vocation à l'acquisition d'une chose pour un prix déterminé, ou en tout cas, déterminable. Les droits de préemption et de réméré doivent cependant être différenciés juridiquement du droit d'emption comme suit :

L'exercice du droit de préemption est soumis à cette condition que la chose, objet du droit, ait été vendue à un tiers par l'obligé ou, tout au moins, que l'obligé se détermine à vendre la chose à un tiers; tandis que le droit d'emption peut être exercé par le titulaire au moment qui lui convient.

Quant au droit de réméré, il n'est pas soumis à une telle condition : mais la qualité de titulaire ne peut appartenir qu'à celui qui a vendu la chose à l'obligé, exigence qui n'existe pas en cas de droit d'emption.

Les droits d'emption et de réméré constituent une limitation du droit de propriété beaucoup plus dure que le droit de préemption. Le débiteur du droit de préemption est limité dans son droit de propriété quant au choix de l'acquéreur de la chose; mais, par contre, il est parfaitement libre de ne pas vendre la chose ou de la vendre, et dans ce dernier cas, de la vendre quand il lui convient; c'est le débiteur seul qui est donc le maître de donner cours à l'exercice du droit de préemption.

Tout autrement en est-il en cas de droits d'emption et de réméré; en ces cas, c'est, en effet, au titulaire du droit seul qu'il appartient de donner cours à l'exercice de son droit, car cet exercice ne se trouve soumis à aucune condition, sinon la condition purement potestative pour le titulaire consistant à déclarer qu'il exerce son droit.

IV

Il n'y a pas de raison, pour nous, de traiter séparément les droits de préemption, d'emption et de réméré, étant donnée leur proche parenté; le ferions-nous que nous tomberions dans de longues et inutiles répétitions. Cette raison nous paraît suffisante pour justifier la méthode que nous avons suivie ci-après.

§ 2. Les projets du Code civil suisse et les droits de préemption, d'emption et de réméré.

I

L'avant-projet du Ce publié le 12 novembre 1900 par le Département fédéral de Justice et Police, consacrait au droit de préemption les articles 681 et 682, ainsi conçus :

Art. 681.

Lorsqu'un droit de préemption est annoté au Registre foncier, celui au profit duquel il a été constitué peut, en cas de vente de l'immeuble dans le délai inscrit, exiger de tout acquéreur que cet immeuble lui soit transféré aux prix et conditions fixés dans la vente.

Cette faculté cesse un mois après le jour où l'ayant-droit a connu la vente et, dans tous les cas, dix ans à partir de l'annotation.

Art. 682.

Les copropriétaires ont un droit de préemption légal contre tout tiers acquéreur d'une quote-part de l'immeuble indivis.

La commission d'experts chargée d'examiner l'avant-projet du Département fédéral, de 1901 à 1903, laissa intact le texte de l'article 682 consacré au droit de préemption des copropriétaires; elle en fit l'article 673 du projet que le Conseil fédéral soumit aux Chambres avec son message du 28 mai 1904. Cette disposition ne subit d'ailleurs pas de modifications. Quant à l'article 681 de l'avant-projet, devenu l'article 672 du projet, il reçut la rédaction suivante: ¹⁾

Art. 672.

Lorsqu'un droit de préemption est annoté au Registre foncier, celui au profit duquel il a été constitué peut, en cas de vente de l'immeuble dans le délai inscrit, exiger du *nouvel* acquéreur que cet immeuble lui soit transféré aux prix et conditions fixés dans la vente.

Cette faculté cesse un mois après le jour où l'ayant-droit a connu la vente et, dans tous les cas, dix ans à partir de l'annotation.

Cette disposition fut examinée par la Commission spéciale nommée au sein du Conseil national, qui proposa d'en modifier le texte comme suit: ²⁾

Art. 672.

Lorsqu'un droit de préemption est annoté au Registre foncier, celui au profit duquel il a été constitué peut, en cas de vente de l'immeuble dans le

1) Bull. stén. off. 1906, 541.

2) Bull. stén. off. 1906, 541.

délai inscrit, *exiger du nouvel acquéreur que cet immeuble lui soit transféré aux conditions mentionnées dans le registre ; si le registre n'en indique pas, les conditions de la vente font règle.*

Cette faculté cesse un mois après le jour où l'ayant-droit a connu la vente et, dans tous les cas, dix ans à partir de l'annotation.

Enfin les chambres fédérales fixèrent le texte définitif de cette disposition comme suit :

Art. 681.

Lorsqu'un droit de préemption est annoté au Registre foncier, *il subsiste contre tout propriétaire pour le temps fixé dans l'annotation et aux conditions indiquées dans le registre ; si le registre n'indique pas de conditions, celles de la vente au défendeur font règle.*

Le titulaire d'un droit de préemption doit, s'il y a vente, être avisé par le vendeur.

Son droit cesse un mois après le jour où il a connu la vente et, dans tous les cas, dix ans à partir de l'annotation.

Le projet de Loi destiné à compléter le Cc (droit des obligations et titre final) du 3 mars 1905, renferme au titre XXXII^e, De la vente et de l'échange, soit au chapitre IV, intitulé « De quelques espèces de ventes particulières »

deux articles relatifs au droit de préemption. Ces articles, qui ne figuraient pas dans le projet de 1904, sont de la teneur suivante: ¹⁾

Art. 1271.

Le pacte de préemption confère à l'un des contractants le droit d'exiger le transfert de la propriété d'un corps certain, dès que l'autre partie en fera la vente à un tiers.

La partie qui est au bénéfice du droit de préemption peut demander que la propriété lui soit transférée au prix et sous les conditions déterminées dans le pacte ou, faute de convention sur ces points, dans le contrat de vente passé avec le tiers.

Si elle ne peut s'acquitter des prestations promises par le tiers, elle en doit la valeur au vendeur.

Art. 1272.

Le droit de préemption ne peut être exercé que dans le délai d'un mois à compter du jour où le fait de la vente a été porté à la connaissance de l'ayant-droit par le vendeur ou le tiers acquéreur.

Il n'est pas permis de le stipuler pour un terme excédant dix années; sauf convention contraire, il est héréditairement transmissible pendant le temps fixé pour sa durée, mais il est incessible.

1) F. f. 1905. 2, 132, 133.

Ces dispositions, soumises à la commission d'experts qui délibérait à Berne en octobre 1908, furent combattues par le rapporteur M. Hoffmann et supprimées; la Commission trouva qu'en matière immobilière, elles n'avaient pas de raison d'être en regard des dispositions du Code civil et qu'en matière mobilière, on pouvait fort bien s'en passer, comme cela avait été le cas jusqu'alors ¹⁾.

II

L'avant-projet du Cc de 1900 et le projet de 1904 ne parlent pas du droit d'emption. Cette expression est une création de la commission du Conseil national, pour désigner un phénomène juridique bien connu, soit la promesse de vente unilatérale.

Le projet du Conseil fédéral de 1904, sans donc parler du droit d'emption, disait, à l'article 674, ce qui suit:

Art. 674.

Lorsqu'un droit de réméré a été annoté au Registre foncier, il subsiste pour le temps fixé dans l'annotation, en faveur du vendeur et de ses héritiers contre tout propriétaire de l'immeuble.

Cette faculté cesse, dans tous les cas, dix ans à partir de l'annotation.

La Commission du Conseil national proposa de compléter et de modifier ce texte comme suit:

Art. 674.

Lorsqu'un *droit d'emption* ou un droit de réméré a été annoté au Registre foncier, il subsiste, pour le temps

1) Voir p. 63.

fixé dans l'annotation, contre tout propriétaire de l'immeuble.

Les droits d'emption et de réméré cessent, dans tous les cas, dix ans à partir de l'annotation.

Ce texte devint celui de l'article 683 du Cc sauf le remplacement des mots à *partir* du second alinéa par le mot *après*.

III

L'avant-projet du Cc de 1900, consacrait au droit de réméré la disposition suivante:

Art. 683.

Lorsqu'un droit de réméré a été annoté au Registre foncier, il subsiste, pour le temps marqué dans l'annotation, en faveur du vendeur et de ses héritiers, contre tout propriétaire de l'immeuble.

Cette faculté cesse, dans tous les cas, dix ans à partir de l'annotation.

Ce texte ne subit que les modifications dont nous venons de parler à propos du droit d'emption, pour devenir l'article 683 du Cc.

Le projet de loi destiné à compléter le Cc (droit des obligations et titre final) du 3 mars 1905, renfermait aussi un article relatif au pacte de réméré:

Art. 1273.

Le pacte de rachat confère au vendeur le droit de reprendre la chose vendue contre un certain prix ou, faute

de convention sur ce point, contre paiement du prix de vente, dans un délai fixé à cet effet.

Ce pacte ne peut être conclu pour un terme excédant dix années.

Cette disposition fut supprimée par la Commission d'experts comme celles relatives au droit de préemption.

§ 3. Les droits de préemption, d'emption et de réméré dans le système du Code civil suisse.

Les seules dispositions spéciales du Cc relatives aux droits de préemption, d'emption et de réméré sont renfermées, d'une part, ainsi que nous venons de le dire, aux articles 681 à 683, qui font partie du livre IV, intitulé « Des droits réels » et qui ne traitent que des droits de préemption, d'emption et réméré annotés au registre foncier et, d'autre part, à l'article 959 qui autorise cette annotation. Ajoutons à ces dispositions l'article 216, al. 2 et 3 C. O. qui fixe la forme des pactes qui nous occupent, sous le titre « De la vente d'immeubles ».

Il est évident que la présence des droits de préemption, d'emption et de réméré dans le livre des droits réels est pour le moins insolite, surtout quand on entend leur coexister leur nature de droits personnels. M. Huber, lui-même, qui représente cette théorie — que nous croyons la bonne — ¹⁾ suivant laquelle le droit personnel annoté au registre foncier reste personnel, bien qu'il soit par là muni d'effets réels, explique comme suit la situation des droits de préemption et de réméré (il n'était pas question du droit d'emption dans le texte de l'avant-projet): « Si » nous ne les avons pas réservés pour en traiter dans le » droit des obligations, ainsi qu'on l'a fait pour le bail à » loyer et le bail à ferme, c'est que nous ne voulions pas

¹⁾ Voir ci-après, p. 104 et suiv.

» distraire d'une manière absolue, le droit de préemption
 » légal des copropriétaires, du droit de préemption con-
 » ventionnel. Ces raisons seront suffisantes, nous l'espé-
 » rons, pour justifier la méthode suivie en ce point » ¹⁾.

Cette raison ne nous paraît cependant pas convaincante: nous avouons que nous préfererions voir d'un côté les droits conventionnels de préemption, d'emption et de réméré figurer dans le Code des Obligations — de même que le bail à ferme et le bail à loyer — et d'un autre côté, le droit de préemption des copropriétaires figurer dans le livre des droits réels où il est seul à sa place normale, parce qu'il se rattache intimement à l'institution de la copropriété. Cette séparation eût été conforme au système du code; et cette raison à elle seule l'eût justifiée, à notre avis. Bien plus, cette séparation aurait eu le mérite d'éviter une confusion au point de vue terminologique; c'est ainsi que certains auteurs parlent à maintes reprises de « droit réel de préemption » alors qu'ils entendent dire le « droit de préemption *annoté au registre foncier* » ²⁾. Cette expression de droit réel de préemption attribuée à ce droit une qualité qu'il ne peut pas avoir en droit suisse ³⁾, au contraire du droit allemand et du droit autrichien. Le fait que les droits de préemption, d'emption et de réméré sont annotés au registre foncier ne les transforme pas plus en une institution juridique spéciale que le bail à loyer ou à ferme annoté ne devient par son annotation une autre institution; et il y a toujours lieu, pour arriver à une conception exacte du droit annoté, d'en revenir au droit purement obligatoire, c'est-à-dire non annoté.

Il ne faut pas, sans doute, exagérer l'importance de

1) Exp. mot. 479.

2) Ainsi Wieland, qui reconnaît d'ailleurs lui-même implicitement que l'expression « droit réel de préemption » est fautive, lorsqu'il dit: « L'annotation au Registre foncier a pour unique but de garantir l'accomplissement de la promesse obligatoire de préemption. » (Art. 681, rem. 5).

3) Voir p. 104 et suiv.

cette question. Mais il y avait lieu de s'y arrêter, ainsi que l'ont fait certains auteurs ¹⁾).

En ce qui concerne les droits de préemption, d'emption et de réméré en matière mobilière, nous renvoyons simplement à ce que nous disons au à 5 ci-après.

   4. **Formation des droits de préemption, d'emption et de réméré**

I

De même que les autres droits personnels, les droits de préemption, d'emption et de réméré, ont leur source dans un acte juridique. Celui-ci peut être un acte juridique entre vifs (contrat) ou une disposition de dernières volontés.

Le Ce reconnaît cependant un droit légal de préemption. L'article 682 dit en effet: « *Les copropriétaires ont un droit de préemption légal contre tout tiers acquéreur d'une quote-part de l'immeuble indivis.* » Ce droit de préemption légal des copropriétaires est une restriction du droit d'aliénation qui a sa racine dans la copropriété, ainsi que nous venons de le dire. Il fera l'objet du chapitre III ci-après.

Mais le Ce ne reconnaît aucun droit légal d'emption ou de réméré.

II

La source principale des droits de préemption, d'emption et de réméré est naturellement le contrat.

S'agissant de la forme du contrat, le CO dispose ce qui suit:

Art. 216, al. 2 et 3: « *...les pactes d'emption et de réméré*

¹⁾ R  melin 95. Pfeiffer 52.

» ne sont valables que s'ils sont faits par acte authentique. La forme écrite suffit pour les pactes de préemption. »

Tout pacte d'emption ou de réméré qui n'est pas constaté par acte authentique est donc absolument nul et ne donne aucun droit au bénéficiaire. La nullité s'étend d'ailleurs à l'acte entier, y compris les clauses suivant lesquelles l'obligé (promettant-vendeur ou promettant-revendeur) s'engage à payer une indemnité (débit) au bénéficiaire pour le cas où il aliénerait l'immeuble à un tiers on s'opposerait à la réalisation du droit.

Au contraire, si l'on s'en tient au texte précis de l'article 216, al. 3 CO, les pactes de préemption peuvent valablement être conclus par simple acte écrit sous seings privés. Le législateur a, dit-on, tenu compte ici du fait que le droit de préemption est souvent une clause ajoutée à un contrat de bail à ferme ou à loyer, par laquelle le locataire ou le fermier entend se réserver la préférence en vue du cas de vente de l'immeuble, et sans d'ailleurs que cette vente doive nécessairement se réaliser. Cette explication ne nous paraît pas décisive. Elle s'inspire du même motif insuffisant qui a décidé le législateur à ne pas exiger la forme authentique pour l'acte constitutif d'une servitude: 1) le soi-disant peu d'importance de l'objet du contrat. Comme si, par exemple, la vente de quelques mètres carrés de mauvais terrain de montagne (opération qui nécessite l'emploi de la forme authentique), avait plus d'importance qu'une servitude de non bâtir grevant un fonds urbain ou qu'un droit de préemption portant sur un immeuble de valeur!

Le législateur eût été bien inspiré, à notre avis, en exigeant la forme authentique aussi bien pour le pacte de préemption que pour les pactes d'emption et de réméré:

1) Cf. art. 732. cf. toutefois art. 680. al. 2.

le bail renfermant un droit de préemption serait tout simplement dressé en la forme authentique.

Cependant, il semble que la forme sous seings-privés soit réservée au seul pacte de préemption normal, c'est-à-dire celui où le bénéficiaire est autorisé à se substituer au tiers amateur ou acquéreur de l'immeuble aux conditions et notamment pour le prix figurant dans le contrat conclu entre le tiers et le propriétaire. En effet, le Tribunal fédéral, appelé à se prononcer sur la validité d'un droit de préemption qualifié (c'est-à-dire s'exerçant à des conditions et notamment pour un prix arrêtés d'avance) a prononcé, en substance, ce qui suit: ¹⁾

On peut se demander si, malgré le texte précis de l'article 216, al. 3. CO disposant que la forme écrite suffit pour le pacte de préemption, il n'y a cependant pas un cas où le droit de préemption, pour être valable, doit être constitué par acte authentique; s'il n'y a pas lieu de distinguer entre les deux espèces du droit de préemption prévues à l'article 681, al. 1 Ce, soit entre le droit de préemption ordinaire, normal, autorisant le bénéficiaire à se substituer au tiers amateur de l'immeuble aux conditions et pour le prix figurant dans le contrat passé par ce dernier avec le propriétaire, et le droit de préemption qualifié? Ce dernier ne doit-il pas être convenu par acte authentique, à peine de nullité, contrairement au texte précis de l'article 216 CO? Car il est clair qu'un droit de préemption ainsi constitué présente pour le propriétaire des risques parfois très grands et qu'il se rapproche à beaucoup d'égards du droit d'emption de l'article 683 Ce ou d'une promesse de vente. A la réflexion, ne paraît-il pas que le législateur en disposant que la forme écrite suffirait pour la validité des pactes de préemption, n'a songé qu'au droit de préemption ordinaire seul normal, et non pas à ce droit de préemption qualifié, d'une na-

1) Die Praxis des Bundesgerichts, 1913, No 203, p. 426.

ture si exceptionnelle. La loi, qui ne dit nulle part expressément quelle est la forme requise pour la validité du droit de préemption qualifié ne renferme-t-elle pas une lacune ? Ne faut-il pas songer aux considérations qui ont guidé le législateur lorsqu'il a adopté l'article 216 CO, aux garanties dont il a voulu entourer les actes pouvant amener un transfert de propriété pour un prix convenu d'avance, aux risques courus par le propriétaire qui consent un tel droit de préemption, et aux effets de celui-ci ? Ne peut-on pas alors en venir à l'idée de combler la lacune constatée en assimilant, en ce qui concerne la forme requise, le droit de préemption qualifié au droit d'emption, pour la validité duquel le deuxième alinéa de l'article 216 CO requiert l'acte authentique ?

Il est regrettable que le Tribunal fédéral ne résolve pas expressément la question de savoir si le pacte de préemption qualifié doit être convenu par acte authentique, ou s'il peut être convenu par acte sous seings privés de même que le droit de préemption normal. Il semble cependant que le Tribunal fédéral penche en faveur de la forme authentique. Il est donc recommandable de l'observer dans les cas où les conditions de l'exercice du droit de préemption sont fixées d'avance.

Constatons que le Tribunal fédéral, en se livrant à la discussion que nous venons de résumer, a souligné, de même que nous le ferons plus loin, le caractère pour le moins insolite de ce droit de préemption qualifié créé par le Cc.

Quant à la nature du contrat dans lequel le droit a sa source, elle est indifférente. Le pacte de préemption peut faire l'objet d'un contrat principal; mais en général, il fait l'objet d'une convention accessoire renfermée dans un contrat, qui est, le plus fréquemment un bail à ferme ou à loyer, une vente, un échange, un contrat de société,

un pacte successoral ou une transaction ¹⁾; le pacte d'emption fait généralement l'objet d'un contrat principal; tandis que le droit de réméré est octroyé dans la règle par le contrat de vente, rien n'empêchant, d'ailleurs, qu'il soit conclu postérieurement à ce dernier.

Les pactes de préemption, d'emption et de réméré sont, en général, convenus au profit de l'un des contractants; mais les pactes de préemption et d'emption (non pas celui de réméré) peuvent être aussi stipulés au profit d'un tiers ²⁾.

Quant au contenu du contrat, nous avons à relever ce qui suit:

En cas de droit de préemption normal, le propriétaire s'engage seulement à vendre l'immeuble au titulaire de préférence à tout tiers, si le titulaire consent aux mêmes conditions de prix, de paiement, etc., que le tiers. Les contractants n'ont aucun intérêt à fixer d'avance, ainsi que l'article 681 le leur permet, les conditions auxquelles ce droit s'exercera, cas échéant, — cela pour les raisons que nous indiquerons ci-après ³⁾.

Mais l'article 681, al. 1, autorise maladroitement la fixation à l'avance du prix de vente, des conditions de paiement, de la forme en laquelle le titulaire déclarera qu'il exerce son droit, du délai maximum pendant lequel il pourra l'exercer, du montant de la peine conventionnelle à charge de l'obligé qui ne s'exécuterait pas, etc. ⁴⁾.

En cas de droits d'emption et de réméré, le prix est généralement indiqué avec précision; rien n'empêche ce-

1) Exp. mot du R. G. B. 3, 449.

2) CO, art. 142.

3) Voir p. 90 et p. 154.

4) Le B. G. B. n'autorise pas la fixation à l'avance des conditions auxquelles le droit de préemption s'exercera. Le § 565, al. 2, dit en effet: « Avec l'exercice du droit de préemption, la vente entre l'ayant-droit et l'obligé se trouve réalisée conformément aux dispositions convenues entre l'obligé et le tiers ». L'exp. mot (3, 453 et suiv.) donne pour raison d'être de cette disposition le fait que si les parties pouvaient d'avance fixer le prix de vente, l'obligé serait parfois tenté de ne plus apporter d'améliorations à l'immeuble.

pendant que les contractants le fixent d'une manière indirecte, en stipulant, par exemple, qu'il sera déterminé par des experts au moment de la vente définitive, etc. etc. En cas de droit de réméré, enfin, si le contrat n'indique pas de prix déterminé, ou de mode de détermination objective de celui-ci, le prix de la vente faite à l'obligé sera aussi celui de la vente au titulaire.

Dans le cas où le droit de préemption, d'emption ou de réméré doit être annoté au registre foncier, cette annotation ne peut être faite que du consentement des deux parties. Le propriétaire doit donc consentir à ce que l'annotation soit opérée. Faute de ce consentement, le propriétaire est fondé à s'opposer à ce que l'inscription soit faite; et le droit de préemption, d'emption ou de réméré ne déploie, en ce cas, aucun effet contre les tiers, en particulier contre le tiers acquéreur de l'immeuble. Le titulaire qui entend acquérir ou racheter l'immeuble et s'assurer de pouvoir le reprendre même en mains d'un tiers acquéreur, doit donc, s'il est prudent, faire insérer dans le contrat (ou un contrat additionnel) une clause stipulant que son droit sera annoté au registre foncier.

Ajoutons enfin, que le droit de préemption est généralement concédé gratuitement. Au contraire, le propriétaire ne concède un droit d'emption pour une somme fixe et même pour une somme déterminable, que moyennant une contre-prestation à charge du titulaire. En cas de réméré, on ne peut pas parler d'une contre-prestation directe du titulaire (vendeur) au profit de l'obligé (acheteur); en effet, le vendeur qui s'assure le droit de réméré n'obtient pour cette raison de l'acheteur qu'un prix réduit; l'acheteur, ne pouvant pas compter sur une acquisition définitive, n'entend pas la payer autant que s'il ne devait pas faire cette concession au vendeur; la contre-prestation du titulaire se traduit donc, en cas de réméré, par une diminution du prix de vente. Le contrat doit dé-

terminer la nature, et cas échéant, le montant de la contre-prestation, ou du moins, indiquer le mode de sa détermination.

§ 5. **Objet des droits de préemption, d'emption et de réméré**

I

Ainsi que nous l'avons dit au § 2 ci-devant, le «Projet de Loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse» du 3 mars 1905, consacrait aux droits de préemption et de réméré les articles 1271, 1272 et 1273 contenus dans le chapitre IV du titre «De la vente et de l'échange», chapitre intitulé: «De quelques espèces de vente particulières». Aux termes de ces dispositions, l'objet de la préemption pouvait être un corps certain quelconque, meuble ou immeuble. Nous avons aussi dit que ces dispositions du projet ont été supprimées comme superflues par la Commission d'experts, sur la proposition du rapporteur ¹⁾.

Les droits de préemption, d'emption et de réméré peuvent avoir pour objet des meubles comme des immeubles. Mais il va de soi que ces droits ne peuvent pas produire d'effets réels contre les tiers, s'ils ont pour objet des biens meubles; car ceux-ci ne peuvent pas être revendiqués contre le tiers acquéreur, qui est juridiquement un tiers de bonne foi ²⁾, même s'il a connu l'existence du droit de préemption, d'emption ou de réméré au moment de l'aliénation. Du reste, comment construire une action en revendication au profit d'un titulaire demandeur qui n'est pas propriétaire de la chose qu'il revendique, — voire même qui n'en a jamais été propriétaire comme

1) Voir p. 53. Proc. v. de la 10me session. 4me fascicule. 1 et 2. Rapport du Cons. féd. du 1er juin 1909, dans la F. f., LXIe année, 3, 761.

2) Cc. art. 714, al. 2. ATF 25, II, 846; 14, 94; 28, II, 367.

c'est le cas du titulaire d'un droit de préemption ou d'emption ! ¹⁾

Seuls d'ailleurs, les droits de préemption, d'emption et de réméré qui ont pour objet un immeuble rentrent dans le cadre de notre étude.

Que faut-il entendre par immeubles susceptibles d'être grevés d'un des droits qui nous occupent ?

Le Cc ²⁾ désigne sous le terme général de « biens immeubles » :

1. les biens-fonds ;
2. les mines ;
3. certains droits nommés « *droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier* ».

Les biens-fonds sont des « portions déterminées de la surface du sol, contenues à l'intérieur d'une ligne fermée » ³⁾, ou, pour parler plus simplement, des parties géométriquement limitées de la surface terrestre. Ce sont les immeubles aliénables par excellence, ceux qui, pratiquement, font l'objet des droits de préemption, d'emption et de réméré.

Les mines résultent des concessions de l'État sur des minéraux soustraits au droit de propriété privée ; elles n'appartiennent juridiquement à aucun fonds ; elles ne peuvent donc pas faire l'objet d'un acte de disposition (et par conséquent d'un droit de préemption, d'emption ou de réméré) du propriétaire du sol sus-jacent ; et le propriétaire qui concéderait à un tiers le droit d'exploiter dans sa propriété un sous-sol non régalien ne constituerait pas une mine. Mais si le concessionnaire d'une mine a fait immatriculer sa concession au registre foncier ⁴⁾, il lui a conféré le caractère d'un immeuble, et il peut dès lors constituer sur elle un droit de préemption, d'emption

1) Cf. p. 86.

2) Cc. art. 635 et 943.

3) Wieland, art. 655, rem. 3.

4) Ord. sur le reg. fonc. art. 10.

ou de réméré, pourvu que les clauses de la concession, régies par le droit public, ne s'y opposent pas; cela n'a, sans doute, d'ailleurs, qu'une importance théorique.

Disons en passant que les carrières ne peuvent pas faire l'objet d'un droit de préemption, d'emption ou de réméré qui ne porte pas en même temps sur le fonds où elles se trouvent, parce qu'elles ne peuvent pas être détachées du fonds auquel elles appartiennent.

Quant aux « droits distincts et permanents » considérés comme immeubles, le Cc attribue limitativement cette qualité aux droits suivants:

a) au droit de superficie, qui est le droit d'élever ou d'entretenir une construction au-dessus ou au-dessous du fonds d'autrui ¹⁾;

b) au droit à une source, qui est le droit de s'approprier et de dériver l'eau d'une source jaillissant sur le fonds d'autrui ²⁾;

c) aux concessions hydrauliques (octroyées pour trente ans au moins) qui sont des droits de jouissance sur la force produite par les eaux publiques ³⁾.

Pour que ces droits soient considérés comme immeubles, ils doivent satisfaire aux exigences suivantes:

Ainsi que leur nom l'indique, ils doivent posséder le caractère de droits *distincts* (*selbstständig*), c'est-à-dire être constitués d'une manière indépendante, sans relations avec un immeuble au profit duquel ils seraient une servitude active, et *permanents*, c'est-à-dire être établis en vue de satisfaire à des besoins non pas nécessairement perpétuels ⁴⁾, mais d'une durée de trente ans au moins ⁵⁾.

De plus, ils doivent être immatriculés au registre fon-

1) Cc. art. 675 et 779.

2) Cc. art. 704, al. 2 et 780.

3) Titre final, art. 56. Ord. sur le reg. fonc. art. 23.

4) Rossel et Menlha 2, 31. Cf. Bull. sten. off. 1906, 257.

5) Ord. sur le Reg. fonc. art. 7.

cier dans un feuillet spécial, et non point seulement être inscrits dans le feuillet de l'immeuble grevé, — afin que les actes de disposition dont ils sont l'objet puissent s'accomplir conformément à la technique du registre ¹⁾).

Si ces exigences sont réalisées, les droits distincts et permanents deviennent des immeubles et sont, en conséquence, soumis aux dispositions touchant les transactions immobilières: ils peuvent faire l'objet de droits de préemption, d'emption et de réméré.

II

A défaut de disposition spéciale du Cc sur ce point, on peut se poser la question suivante: Est-il possible de conclure un pacte de préemption, d'emption ou de réméré ayant pour but d'assurer au titulaire, non pas l'acquisition ou le rachat futur de la propriété d'un immeuble, mais bien d'autres droits réels portant sur l'immeuble, tels que des servitudes? Cette question doit théoriquement être résolue affirmativement. Mais la constitution de pactes semblables paraît bien peu pratique, même rationnellement impossible dans la plupart des cas. Comment comprendre, par exemple, un droit de réméré en matière de servitudes foncières?

Il y a lieu cependant d'admettre quelques éventualités pratiquement possibles; telle serait la constitution d'un pacte de préemption ayant pour objet un droit de prise d'eau selon l'article 780 Cc. Il est vrai que le contenu de cette servitude équivaut à une véritable propriété.

La forme d'un semblable contrat préliminaire n'est point régie par l'article 216 CO, mais bien par les dispositions relatives au contrat définitif. C'est ainsi que s'agissant de la constitution future d'une servitude, il suffit

¹⁾ Cc. art. 945, al. 1; 779, al. 3; 780, al. 3. Titre final, art. 56 Ord. sur le reg. fonc., art. 7 à 10.

que le contrat soit simplement écrit, et non point authentique, puisque le contrat constitutif d'une servitude est valable pourvu qu'il soit fait par écrit ¹⁾. Réservez toutefois l'exception à la règle, en cas de constitution de servitudes qui suppriment ou diminuent les restrictions légales de la propriété: un acte authentique est alors nécessaire ²⁾.

Les promesses de constituer un semblable droit réel peuvent, — de même que celles qui ont pour objet l'acquisition future de la propriété d'un immeuble — prévoir un délai maximum pendant lequel la création de la servitude, par exemple, doit intervenir. A défaut de convention expresse sur ce point, le titulaire du droit peut exercer son action contre le constituant pendant dix ans dès la constitution du droit ³⁾.

Ces promesses de constituer un semblable droit réel peuvent-elles faire l'objet d'une annotation au registre foncier (comme les droits de préemption, d'emption ou de réméré portant sur la propriété de l'immeuble), de façon à pouvoir être opposées à tout propriétaire subséquent ?

Il faut, à notre avis, étant donné le silence du code sur ce point, résoudre affirmativement cette question, du moins en ce qui concerne l'acquisition future d'une servitude, par application de l'article 731, al. 2 Cc, qui déclare que, sauf disposition contraire, les règles de la propriété sont applicables à l'acquisition et à l'inscription des servitudes.

III

Les droits de préemption, d'emption et de réméré ont, en général, pour objet, la totalité d'un immeuble. Mais

1) Cc. art. 732.

2) Cc. art. 680, al. 2.

3) Cc. art. 427.

le propriétaire peut aussi constituer un de ces droits sur une fraction divisée de l'immeuble. En ce cas, il n'est pas nécessaire de faire de cette partie divisée un immeuble nouveau et de l'immatriculer comme tel dans un feuillet spécial du registre foncier, encore que cette opération soit, pratiquement parlant, recommandable, pour éviter toute confusion, et, de plus, nécessaire au moment de la réalisation du droit. Il faut, et il suffit théoriquement, que la partie grevée soit exactement et clairement désignée ¹⁾.

Le propriétaire peut-il constituer un droit de préemption, d'emption ou de réméré sur une portion idéale (par exemple: un tiers, un quart, etc.) d'un immeuble dont il est propriétaire pour le tout ? Le BGB, § 1095, prohibe expressément le droit de préemption créé de telle façon. Cette solution doit être admise en principe sous l'empire du Cc. En effet, d'une part, une telle combinaison ne répond qu'à des besoins presque inconcevables et, d'autre part, la réalisation d'un droit de préemption, d'emption ou de réméré ainsi constitué ferait de l'immeuble une copropriété ²⁾ entre le propriétaire qui a constitué le droit et l'acquéreur de la portion sur laquelle ce droit s'est exercé (à moins toutefois que le transfert n'ait pour but la fondation d'une société en nom collectif, d'une société en commandite, ou d'une société simple, cas dans lesquels les contractants sont des communistes et non des copropriétaires ³⁾), alors que les législations modernes, le Cc en particulier, s'efforcent manifestement de faciliter la rupture des copropriétés existantes. La solution admise en principe est donc conforme à la raison et à l'esprit du code. Mais nous ne croyons pas qu'elle puisse être adoptée sans exceptions; ne peut-on pas raisonnablement concevoir la constitution d'un droit d'emp-

1) Leemann, art. 681, rem. 9.

2) Cc. art. 646 et suiv.

3) Cc. art. 652 et suiv.

tion sur une portion indivise d'immeuble appartenant pour le tout à l'obligé, lorsqu'il s'agit de créer un accessoire immobilier commun à plusieurs fonds (chemin, cour, citerne, puits) dans le sens de l'article 650, al. 1 *in fine* Cc ?

IV

Une quote-part d'un immeuble qui est déjà soumis à une propriété collective (c'est-à-dire une propriété caractérisée par le fait que plusieurs personnes sont propriétaires d'une même chose, mais non de parties déterminées de celle-ci) peut-elle faire l'objet de droits de préemption, d'emption et de réméré ?

Rappelons que la propriété collective comprend deux espèces fondamentales : la copropriété ¹⁾ et la propriété commune ²⁾.

Une distinction entre ces deux cas de la propriété collective est ici nécessaire, puisque la différence essentielle qui les caractérise réside précisément dans ce fait que la quote-part du copropriétaire est aliénable, tandis que celle du communiste ne l'est pas.

Le communiste ne peut pas disposer de sa quote-part, disons nous ³⁾; en réalité, une telle quote-part n'existe pas, parce que le droit du communiste s'étend à la chose entière et non pas à une fraction de celle-ci ⁴⁾; il ne peut conséquemment ni la vendre, ni la donner en gage, ni en faire l'objet d'un droit d'emption ou de préemption ou surtout de réméré. Il en est ainsi dans tous les cas de propriété commune, soit en particulier, en cas de communauté universelle ⁵⁾, de communauté prolongée ⁶⁾, de

1) Cc. art. 646 à 651.

2) Cc. art. 652 à 654.

3) Cc. art. 653, al. 3 et 800, al. 2.

4) Wieland, art. 653, rem. 2.

5) Cc. art. 215, al. 1 et 2.

6) Cc. art. 229, al. 1.

communauté réduite ¹⁾, de communauté d'acquêts ²⁾, d'indivision ³⁾, de communauté héréditaire ⁴⁾, de société en nom collectif ⁵⁾, de société en commandite ⁶⁾ et de société simple ⁷⁾.

L'un des cohéritiers ne peut pas, par exemple, valablement constituer un droit de préemption ou d'emption sur sa part aux immeubles qui font partie de la communauté héréditaire. De même, la femme mariée sous le régime de la communauté ne peut pas valablement constituer un droit de préemption ou d'emption sur l'immeuble qui fait partie des biens matrimoniaux dans la mesure de la quote-part qui lui reviendra lors de la dissolution du régime.

Le copropriétaire, au contraire, peut disposer de sa quote-part, ou même d'une portion de sa quote-part. Il peut la vendre et la grever de droits réels ⁸⁾, à condition bien entendu, que ces droits soient divisibles; il peut donc la grever d'usufruit, de gages immobiliers, de droits de préemption, d'emption et de réméré, mais non pas de charges foncières et de servitudes foncières ou personnelles ⁹⁾.

Cependant, les droits de préemption, d'emption ou de réméré constitués sur la quote-part d'un copropriétaire en faveur d'un tiers non-copropriétaire se heurtent, lors de leur exercice, au droit de préemption légal que le Cc accorde, même sans inscription, aux autres copropriétaires ¹⁰⁾. C'est-à-dire que ceux-ci, ou l'un d'eux, peuvent, en cas de vente, exercer leur droit de préemption par préfé-

1) Cc. art. 237.

2) Cc. art. 239, al. 1.

3) Cc. art. 339 al. 3.

4) Cc. art. 602, al. 2.

5) CO. art. 552 et suiv.

6) CO. art. 594.

7) CO. art. 530 et suiv., 542, 549. Rapport du Cons. féd. du 1er juin 1909 dans F. f. 1909 3, 777.

8) Cc. art. 646, al. 3 et 800, al. 1er.

9) Wieland, art. 646, Rem. 10.

10) Cc. art. 682.

rence même au droit conféré au tiers titulaire. Et ce n'est que s'ils renoncent à le faire valoir contre le tiers-titulaire (et, en outre, en cas de préemption, contre le tiers acquéreur) que le droit du titulaire reçoit sa réalisation.

Rappelons ici, que, dans certains cas, la copropriété d'un immeuble appartient à des voisins en leur qualité de propriétaires comme tels d'immeubles déterminés ¹⁾; il peut en être ainsi, par exemple, lorsque la copropriété porte sur une fontaine, une source, un chemin, un pâturage, une cour, une buanderie, etc.; le propriétaire de l'immeuble A est, comme tel, copropriétaire de la fontaine Z. Dans ces cas, — où l'on se trouve en présence de droits réels dits subjectifs — la quote-part ne peut être aliénée ou grevée (en particulier soumise à un droit de préemption, d'emption ou de réméré) qu'avec le fonds dominant dont elle est une dépendance et non pas indépendamment de ce fonds dominant ²⁾.

Bien que chacune des quotes-parts d'une copropriété soit aliénable, les copropriétaires peuvent cependant interdire leur aliénation ou ne l'admettre qu'à certaines conditions. Mais de telles restrictions contractuelles du droit d'aliéner sont sans effet à l'égard des tiers, parce qu'elles sont inconciliables avec le principe de la validité de l'acquisition faite de bonne foi (force probante du registre foncier) ³⁾ et qu'elles ne peuvent pas être inscrites au registre foncier ⁴⁾. Ces conventions n'ont d'effet qu'entre copropriétaires et celui d'entr'eux qui a aliéné sa quote-part est passible de dommages-intérêts envers les autres ⁵⁾. A la vérité, la constitution d'un droit de préemption, d'emption ou de réméré sur une quote-part, effectuée ou non en contravention à la convention

1) Ordonnance sur le Registre foncier, art. 32.

2) Wieland, art. 646, rem. 3.

3) Cc. art. 973 et 3.

4) Cc. art. 960, al. 1er, ch. 3.

5) Wieland, art. 646, Rem. 7.

qui unit les copropriétaires n'a pas une importance pratique considérable parce que, ainsi que nous venons de le dire, les copropriétaires peuvent toujours opposer au tiers-acquéreur le droit de préemption légal qui leur est conféré par l'article 682. Cette importance peut toutefois se manifester dans certains cas; il en est ainsi en particulier lorsque la vente est conclue à des conditions onéreuses pour l'acquéreur, parce que les copropriétaires doivent les exécuter conformément à l'article 681, al. 1 *in fine*.

V

Le droit de propriété s'étend naturellement aux parties intégrantes de l'immeuble, car celui-ci ne se conçoit pas sans celles-là ¹⁾; le lien de subordination qui les unit se manifeste de telle sorte que les parties intégrantes suivent le sort de l'immeuble et qu'elles ne peuvent avoir une situation différente de celle de l'immeuble. L'aliénation de celui-ci atteint donc les parties intégrantes; et les droits de préemption, d'emption ou de réméré constitués sur l'immeuble s'y étendent.

Nous renvoyons, en ce qui concerne les caractères distinctifs des parties intégrantes, à la définition légale ²⁾.

En l'absence d'une disposition spéciale à ce sujet, faut-il décider que les droits de préemption, d'emption et de réméré s'étendent aux accessoires de l'immeuble comme à ses parties intégrantes ? ³⁾.

Les accessoires sont des objets mobiliers ⁴⁾ qui, au contraire des parties intégrantes, ne forment pas avec

1) Cc. art. 642, al. 1er.

2) Cc. art. 642, al. 2.

3) Cf. B G B, § 1096, disposition spéciale, qui prescrit que le droit de préemption peut s'étendre aux accessoires et qu'en cas de doute à cet égard, on doit présumer qu'il s'y étend.

4) Des choses immobilières peuvent être considérées comme accessoires, mais pour autant seulement qu'elles tombent sous l'empire du droit cantonal. Cf. Cc. art. 676 et Wieland, art. 676, note 2.

la chose principale (meuble ou immeuble) une unité physique; ils y sont seulement rattachés en conservant leur être propre et sont destinés de façon durable à son utilisation économique. Ils sont déterminés par l'usage local et par la volonté clairement manifestée du propriétaire¹⁾.

« *Tout acte de disposition relatif à la chose principale s'étend aux accessoires si le contraire n'a été réservé* », dit l'art. 644, al. 1. Cette règle s'applique en particulier à la constitution de droits qui déploient des effets réels; ils les déploient à l'égard des accessoires, *de plano*, comme à l'égard de la chose principale, sauf la réserve de l'article 644, al. 1.

Il n'y a aucune difficulté d'admettre que les droits d'emption et de réméré s'étendent implicitement aux accessoires lorsque les conditions auxquelles ces droits s'exerceront ont été fixées d'avance, ce qui est généralement le cas; les contractants ont, en cette éventualité, tenu compte de l'existence et de la valeur des accessoires et l'obligé doit, envers le titulaire, laisser l'immeuble dans le même état. Il en est de même dans le cas du droit de préemption anormal dont les conditions ont été fixées d'avance (droit de préemption qualifié). Par contre, lorsque le prix d'emption ou de réméré est seulement déterminable, lorsque sa fixation au moment de l'exercice du droit est laissée à des experts, par exemple, il faut décider que le droit d'emption ou de réméré ne s'étend pas, *in dubio*, aux accessoires, parce qu'en ce cas, l'obligé a la faculté de faire de l'immeuble ce qu'il veut, ainsi que nous l'avons admis. Il en est de même, *a fortiori*, dans le cas du droit de préemption normal, seul rationnel, où le propriétaire n'a d'autre obligation que de vendre l'immeuble de préférence au titulaire, aux conditions obtenues du tiers ac-

1) Ce. art. 644, al. 2. Voir à propos de l'« usage local » : lois d'introduction du Ce. : neuchâteloise, art. 62; valaisanne, art. 167; genevoise, art. 56; bernoise, art. 75; ainsi que le code civil vaudois, art. 328, 329 et la loi vaudoise du 1er décembre 1904, et le code civil fribourgeois, art. 420, 422.

quéreur et où il conserve la faculté de modifier à son gré l'état physique, comme l'état juridique, de l'immeuble.

Les accessoires ne forment pas une unité physique avec l'immeuble, chose principale; ils peuvent donc être eux-mêmes aliénés indépendamment de l'immeuble. Lorsqu'ils sont aliénés au mépris du droit de préemption, d'emption ou de réméré, — ce qui se produit dans les cas que nous venons d'indiquer — l'acquéreur en devient propriétaire, parce qu'il est juridiquement un tiers de bonne foi, même s'il a connu l'existence du droit de préemption, d'emption ou de réméré au moment de l'aliénation; le titulaire ne peut donc pas revendiquer ces accessoires contre le tiers acquéreur ¹⁾, mais il possède, bien entendu, une action en dommages-intérêts contre l'aliénateur.

Cette action du titulaire contre l'aliénateur qui a distrait les accessoires au mépris du droit de préemption, d'emption ou de réméré, naît-elle d'une manière indépendante par le seul fait de la distraction des accessoires? Ou bien ne peut-elle être exercée par le titulaire que lorsque celui-ci fait valoir son droit sur l'immeuble, comme un accessoire de ce droit? Cette action naît, à notre avis, à l'instant seulement où le titulaire met l'obligé en demeure de s'exécuter, c'est-à-dire de lui transférer la propriété de l'immeuble. Il y a lieu, en cette éventualité, d'appliquer par analogie l'article 196, 1^{er} al. *in fine* CO²⁾.

Les accessoires peuvent faire l'objet de droits de préemption, d'emption ou de réméré distincts, mais ces droits, parce que portant sur des objets mobiliers, sont dépourvus d'effets réels ³⁾.

Le droit de préemption, d'emption ou de réméré qui a pour objet la quote-part d'un copropriétaire s'étend aussi

1) Voir p. 63.

2) Cf. p. 436.

3) Voir p. 63.

aux accessoires de l'immeuble, dans une mesure correspondante à la part aliénée.

Lorsque le droit est constitué sur une partie divisée de l'immeuble et que les accessoires appartiennent à une fraction distincte et déterminée de l'immeuble, ils suivent le sort de cette fraction. Lorsqu'au contraire, les accessoires sont affectés au service de toutes les parties de l'immeuble, il faut décider que le droit de préemption, d'emption ou de réméré s'étend à une part correspondante des accessoires; si ce partage n'est pas possible, le droit comprend, sans doute, une part de copropriété aux accessoires.

En cas de contestations au sujet de la qualité d'accessoires *onus probandi* incombe à celui qui prétend en déduire des droits pour lui-même ¹⁾. L'inscription au registre foncier d'«*objets désignés expressément comme accessoires*» crée une présomption en faveur de cette qualité ²⁾.

Répétons, enfin, que les contractants peuvent exclure les accessoires du droit de préemption, d'emption ou de réméré, art. 644, al. 1; la preuve d'une semblable convention incombe à celui qui en invoque l'existence.

§ 6. Sujets des droits de préemption, d'emption et de réméré

I

Le concours de deux personnes est nécessaire à la formation des droits de préemption, d'emption et de réméré: le constituant ou obligé, ou débiteur et le titulaire ou bénéficiaire. ³⁾.

1) Cc. art. 8.

2) Cc. art. 805, al. 2.

3) La doctrine allemande parle, en cas de préemption, de *Vorkaufsverpflichteter* ou *Vorkäufer* et de *Vorkaufsberechtigter* ou *Vorkäufer*. Cosack 1, § 132, IV, 1.

Mais en cas de préemption une troisième personne doit en outre, être prise en considération: c'est le tiers acquéreur ¹⁾ (ou tiers amateur) de l'immeuble, personne encore inconnue au moment de la conclusion du contrat et dont l'apparition est l'une des deux conditions nécessaires à l'exercice de la préemption. Il est vrai que des relations juridiques n'existent entre le tiers acquéreur et le titulaire que si le droit de préemption est annoté au registre foncier.

Chacun de ces trois intéressés, constituant (obligé ou débiteur), titulaire (bénéficiaire) et tiers, peut être une personne physique ou une personne juridique, ou même une réunion de plusieurs personnes physiques ou juridiques. Cette pluralité de personnes peut exister dès la conclusion du contrat; elle peut résulter de succession ou de cession dans les limites ci-après fixées.

Sous réserve des règles particulières du droit de préemption et spécialement du droit de préemption des copropriétaires, nous pouvons caractériser la situation des intéressés comme suit:

II

Le constituant (obligé, débiteur) est généralement propriétaire de l'immeuble qui fait l'objet du droit de préemption, d'emption ou de réméré déjà au moment de la conclusion du pacte. Mais il ne l'est pas nécessairement. En cas de pacte de réméré inséré dans le contrat de vente il est même impossible que le constituant soit propriétaire de l'immeuble: en ce cas, en effet, l'acquéreur (c'est-à-dire en l'espèce, le constituant), ne devient propriétaire de l'immeuble sur lequel il constitue le droit de réméré qu'au moment de l'inscription de la vente au registre

1) En droit allemand: Dritte ou Käufer.

foncier, inscription qui n'est opérée qu'après le contrat de vente passé ¹⁾).

Le constituant doit, dans tous les cas, non seulement être propriétaire de l'immeuble, mais encore figurer comme tel au registre foncier, au moment où le droit de préemption, d'emption ou de réméré est, cas échéant, annoté au registre foncier.

Rappelons que cette qualité de propriétaire résulte, en principe, du registre foncier, puisque, dans la règle, l'acquisition de la propriété s'accomplit à l'instant seulement de l'inscription (principe absolu de l'inscription)²⁾; il en est ainsi, du moins, lorsque le constituant est propriétaire de l'immeuble ensuite d'acte juridique entre vifs ³⁾: vente, échange, donation, vente aux enchères (y compris la vente aux enchères publiques judiciaires)⁴⁾, legs ⁵⁾, réalisation des droits de préemption, d'emption et de réméré, résiliation du contrat ensuite de vices ou de défaut des qualités promises ⁶⁾; cependant la qualité de propriétaire peut être possédée par le constituant déjà avant l'inscription, c'est-à-dire dans les cas où la propriété est acquise non au moment même de l'inscription, mais bien avant l'inscription déjà; il en est ainsi notamment dans les cas d'acquisition par succession ⁷⁾, par accession, alluvion ou glissement de terrain ⁸⁾, d'occupation ⁹⁾, d'expropriation ¹⁰⁾, d'exécution forcée ¹¹⁾, de jugement ¹²⁾, d'acquisition résultant du régime matri-

1) Cc. art. 656 al. 1 et 971, al. 1.

2) Cc. art. 656, al. 1.

3) Cf. Bull. stén. off. 1906. 528.

4) Cf. Mess. concernant le droit des obligations, art. 1274, 1278.

5) Cc. art. 484, 485, 1er al. et 562.

6) CO. art. 197 et suiv., 219.

7) Cc. art. 560.

8) Cc. art. 659, 660, 642, 667, al. 2.

9) Cc. art. 658, 664.

10) Cc. art. 666, al. 2.

11) Cc. art. 665; L. P. art. 133 et suiv., 156, 258, 259, 141.

12) Pour les jugements constitutifs, voir Cc. art. 651, 654, en cas de procédure de partage; 668, en cas d'action en bornage; 154 al. 1, ensuite d'action en divorce (jugement attribuant au demandeur un droit de propriété sur des immeubles), art. 665, al. 1. Pour les jugements déclaratifs, voir en particulier art. 975.

monial ¹⁾; d'acquisition du droit de propriété sur des choses sans maître ²⁾; le constituant peut dans ces hypothèses constituer à l'égard de son immeuble un droit de préemption, d'emption ou de réméré, mais comme il ne peut procéder à aucun acte de disposition susceptible de déployer des effets réels qu'après que l'inscription a été opérée dans le registre foncier, aux termes de l'article 656, al. 2 Cc (principe relatif de l'inscription), il ne peut, par contre, pas procéder à l'annotation du droit au registre foncier.

C'est ainsi que l'héritier — du moins celui qui est seul héritier — (mais non pas le légataire) acquérant immédiatement la propriété par le fait de la mort du *de cuius* peut constituer un droit de préemption ou d'emption à l'égard d'un immeuble compris dans l'hérédité avant même que le transfert de cet immeuble soit opéré en son nom; mais il ne peut requérir l'annotation du droit au registre foncier avant que le transfert en son nom ne soit effectué.

La qualité d'obligé ou de débiteur se transmet-elle à titre universel et à titre singulier ? ³⁾

En cas de transfert de l'immeuble à titre universel, la qualité d'obligé passe *de plano* du constituant à ses successeurs. Lorsque le débiteur est une personne physique décédée, ses successeurs sont ses héritiers. Lorsque le débiteur est une personne juridique qui s'éteint, son successeur est « *sauf disposition contraire de la loi, des statuts, des actes de fondation ou des organes compétents* »

1) Cc. art. 665, al. 3. Les cas d'acquisition résultant du régime matrimonial sont : a) la communauté universelle ou réduite: l'acquisition se produit alors à l'instant de l'inscription, au registre des régimes matrimoniaux, d'un contrat de mariage valable; b) l'union des biens, mais seulement dans le cas de l'article 199 qui suppose un acte sous forme de contrat de mariage; c) la séparation de biens à la suite de faillite ou d'un jugement, c'est-à-dire les opérations de liquidation du régime antérieur dissous par la séparation de biens; d) le rétablissement du régime matrimonial antérieur après dissolution de la séparation de biens.

2) Cc. art. 664.

3) Immerwahr 297 et suiv.

la corporation publique (confédération, canton ou commune) dont elle relevait par son but ¹⁾. Ajoutons qu'en cas de préemption, le transfert de l'immeuble à titre universel ne donne pas au titulaire l'occasion d'exercer son droit.

En cas de transfert de l'immeuble à titre singulier, il faut établir une distinction suivant que le droit de préemption, d'emption ou de réméré est annoté ou non au registre foncier. Lorsque le droit n'est pas annoté au registre foncier, sa qualité de droit purement personnel, c'est-à-dire sans aucun effet réel, ne le rend opposable qu'au constituant seulement et non point aux tiers et en particulier au successeur à titre singulier du constituant (qu'il le soit ensuite de vente de l'immeuble, d'échange ou de donation), à moins qu'il n'y ait eu de sa part reprise de dette. Il faut admettre, en effet, que, sans inscription du droit au registre foncier, le successeur particulier de l'obligé peut être tenu envers le bénéficiaire par l'effet d'une reprise de dette. Lorsqu'au contraire, ce droit est annoté au registre foncier, la qualité d'obligé se transmet alors au successeur, pour autant du moins que le délai conventionnel ou, à défaut, le délai maximum légal de dix ans dès l'annotation n'est pas écoulé. Les obligations du constituant passent donc, en cette dernière éventualité, à son successeur juridique ²⁾, et, sauf convention contraire, le constituant s'en trouve délié envers le titulaire dès le transfert de l'immeuble. Cette conséquence découle du texte même des articles 681, al. 3 et 683 al. 2 Cc.

Rappelons enfin qu'en cas de propriété collective de l'immeuble, et lorsqu'il s'agit de grever du droit de préemptif, d'emption ou de réméré une quote-part d'un des ayants-droit, la situation est régie, suivant les

1) Cc. art. 37, al. 1.

2) Même opinion : Immerwahr 306. Marschlewski 30. Cf. Bovay et Petitnermet 5.

cas, par les dispositions du code traitant de la copropriété ou par celles, très différentes quant à leurs effets, traitant de la propriété commune, ainsi que nous l'avons exposé au § 5, ch. IV ci-devant: le communiste ne peut pas aliéner de quote-part, tandis que le copropriétaire peut aliéner la sienne.

III

Le titulaire (ou bénéficiaire) d'un droit de préemption, d'emption ou de réméré peut être une personne physique ou une personne juridique.

Le titulaire d'un droit de préemption ou d'emption peut être une personne déterminée ou seulement une personne déterminable ¹⁾. Rien ne s'oppose donc à ce que les droits de préemption et d'emption soient constitués au profit du propriétaire, quel qu'il soit, d'un immeuble ²⁾. Cette solution, bien qu'elle ne soit pas prévue explicitement par le Cc, nous paraît conforme au système du registre foncier ³⁾. Elle se justifie, au surplus, pour des raisons économiques; il est, en effet, des cas où le droit ne peut convenir au titulaire qu'en raison de sa qualité de propriétaire de tel immeuble déterminé et où il est nécessaire que le titulaire puisse transférer, avec son droit de propriété à l'immeuble, le droit de préemption ou d'emption qu'il a acquis précisément en raison du fait qu'il est propriétaire de cet immeuble; c'est ainsi que la propriété d'une usine doit normalement compren-

1) Même opinion : Immérwahr 303. Leemann, art. 681, rem. 5 et 11, admet que le titulaire peut être une personne déterminable dans l'éventualité seulement où le droit de préemption n'est pas annoté au registre foncier. Selon cet auteur, le titulaire doit être une personne déterminée lorsque le droit de préemption ou d'emption est annoté au registre foncier.

2) Il en est de même sous l'empire du BGB, qui, en cas de préemption, dit expressément, § 1094, al. 2 : « Le droit de préemption peut aussi être établi au profit du propriétaire, quel qu'il soit, d'un autre immeuble » (Subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht).

3) Cf. Ord. sur le reg. fonc. art. 32, al. 1, disposition aux termes de laquelle un immeuble peut constituer une copropriété attachée à la propriété d'autres immeubles.

dre celle des droits de préemption et d'emption conclus dans le but de permettre l'agrandissement de l'usine.

Quant au titulaire d'un droit de réméré, il est nécessairement une personne déterminée, parce que le titulaire ne peut être que le vendeur de l'immeuble. Mais ainsi que nous le disons ci-après, le titulaire d'un droit de réméré peut céder son droit moyennant convention expresse à cet égard.

Le titulaire peut être un tiers au contrat dans le cas de stipulation pour autrui d'un droit de préemption (subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht du droit allemand) ou d'un droit d'emption ¹⁾. Mais il va de soi que la stipulation pour autrui d'un droit de réméré est une impossibilité: le vendeur ne stipulerait, en cette éventualité, rien d'autre qu'un droit d'emption.

La question la plus importante qui se pose à l'égard de la personne du titulaire est celle de savoir si les droits de préemption, d'emption et de réméré sont transmissibles à titre universel et à titre singulier. L'article 1272 du «Projet de loi destiné à compléter le code civil suisse», du 3 mars 1905, s'exprimait comme suit à l'égard du droit de préemption: «...sauf convention contraire, il est héréditairement transmissible pendant le temps fixé pour sa durée, mais il est incessible.» Cette disposition a été éliminée du Projet. Sous l'empire du Cc, il faut admettre en principe la même solution ²⁾. Mais il faut permettre aux contractants de convenir la cessibilité des droits de préemption, d'emption et de réméré; cette faculté se justifie pour la raison que ces droits, bien que généralement constitués en considération des besoins et intérêts personnels du titulaire, ne sont cependant pas de leur nature strictement attachés à la personne.

Nous disons donc: En règle générale, et *in dubio*, les

1) CO. art. 112.

2) Wiefand, art. 681, rem. 3. Leemann, art. 681, rem. 12. Curti, art. 899, rem. 4.

droits de préemption, d'emption et de réméré sont héréditairement transmissibles pendant le temps fixé pour leur durée; cependant, en dérogation à la règle, il est loisible aux contractants, moyennant convention expresse à cet égard, de prévoir l'intransmissibilit   *ad heredes*. Quant à la question de savoir si les droits de préemption, d'emption et de réméré sont cessibles, elle doit être résolue en faisant la distinction que voici: Lorsque le titulaire est désigné individuellement (ce qui se produit fréquemment en cas de préemption et d'emption, et nécessairement en cas de réméré), le droit est, en règle générale, et *in dubio*, incessible, qu'il soit d'ailleurs annoté ou non au registre foncier; cependant, en dérogation à la règle, il est loisible aux contractants, moyennant convention expresse à cet égard, de prévoir la cessibilité du droit. Lorsque le titulaire est désigné par sa qualité de propriétaire d'un immeuble (nous avons admis que rien ne s'oppose à ce que le droit soit constitué au profit du propriétaire quel qu'il soit d'un immeuble), la cessibilité est présumée; elle n'a donc pas besoin de r  sultier d'une convention expresse. Les conventions expresses prévoyant l'intransmissibilit   *ad heredes* et la cessibilité des droits de préemption, d'emption et de réméré peuvent être renfermées dans le contrat générateur du droit ou intervenir postérieurement à ce contrat.

Le code prussien n'autorisait pas plus la transmission à titre singulier du droit de préemption, que celle à titre universel; il considérait, en effet, cette institution juridique comme attachée exclusivement à la personne du titulaire. Quant au BGB, il pose en principe que « le droit de préemption n'est pas cessible et n'est pas transmissible aux héritiers de l'ayant-droit », à moins que les parties n'en aient disposé autrement (§ 514); et même, lorsqu'il a été restreint dans les limites d'un délai déterminé,

il est, dans le doute, transmissible par succession ¹⁾. Mais le BGB admet sans réserves la cessibilité du droit de réméré et sa transmissibilité *ad heredes*.

Ajoutons enfin que les droits de préemption, d'emp-tion et de réméré sont en cas de faillite du titulaire, compris dans la masse des biens du failli, lorsqu'ils ont été stipulés cessibles ²⁾.

Le transfert des droits de préemption, d'emp-tion et de réméré, doit-il, en cas d'annotation au registre foncier, être accompagné d'une modification de l'annotation, en ce sens que le nom du titulaire primitif doit être remplacé par celui du nouvel ayant-droit ? Nous renvoyons, à cet égard, à ce que nous disons ci-après concernant le transfert de l'annotation ³⁾.

En cas de pluralité des titulaires, c'est-à-dire de propriété collective d'un droit de préemption, d'emp-tion ou de réméré, les rapports entre titulaires sont différents suivant qu'il s'agit d'une copropriété ⁴⁾ ou d'une propriété commune ⁵⁾. En ce dernier cas, en particulier lorsqu'il s'agit d'une communauté héréditaire, les titulaires ne peuvent, en principe, exercer leur droit qu'en vertu d'une décision unanime, et de plus, aucun d'eux ne peut disposer de sa quote-part du droit aussi longtemps que dure la communauté.

1) A la vérité une controverse s'est élevée en Allemagne à propos de la transmissibilité à titre universel et à titre singulier, du droit de préemption. Le    514 BGB, qui prescrit que le droit de préemption n'est pas cessible et n'est pas transmissible aux héritiers de l'ayant-droit, à moins que les parties n'en aient disposé autrement, traite du droit personnel de préemption. Et la controverse roule sur la question de savoir si cette règle est, en droit réel, de droit dispositif comme en droit personnel ou si elle est de droit strict, c'est-à-dire si elle est applicable aussi au droit réel de préemption régi par les    1094 et suivants BGB. Autrement dit, est-il possible que les parties disposent que le droit réel de préemption sera cessible ou transmissible aux héritiers du titulaire. Certains auteurs se prononcent négativement (ainsi Bohm,    1094, rem. 5; Immerwahr, 291 et Reuss 31 et 32). Mais la majorité des auteurs se prononcent pour la cessibilité et la transmissibilité (voir en particulier Podkomorski, 20 et suiv.).

2) L. P. art. 197; Leemann, art. 681, rem. 12.

3) p. 165.

4) Cc. art. 646 et suiv.

5) Cc. art. 652 et suiv.

IV

Nous avons dit qu'en cas de préemption, une troisième personne doit être prise en considération: c'est le tiers que l'art. 681 appelle le «défendeur».

Il faut entendre par «défendeur» l'acheteur ou l'amateur de l'immeuble grevé du droit de préemption. Le tiers défendeur peut être une personne physique ou une personne juridique. Ses droits et obligations passent à ses successeurs juridiques à titre universel comme à titre particulier. Nous examinerons plus loin et en détail, les relations juridiques qui existent entre le tiers et le titulaire, *d'une part*, et le tiers et son auteur, *d'autre part* ¹⁾.

V

S'agissant du droit légal de préemption des copropriétaires, l'obligé, comme le ou les titulaires, sont nécessairement des copropriétaires. Nous renvoyons à cet égard à ce que nous disons au chapitre III ci-après.

§ 7. Espèces des droits de préemption, d'emption et de réméré

Sous § 1. En général

Tandis que la doctrine allemande ignore le droit d'emption et ne reconnaît qu'une seul droit de réméré créé par le BGB, le droit personnel de réméré, elle distingue plusieurs espèces du droit de préemption: au point de vue de son origine, le droit de préemption peut être légal ou avoir sa source dans un acte juridique; au point de vue de ses effets, il peut constituer un droit personnel ou un

¹⁾ p. 447 et suiv.

droit réel; au point de vue des sujets de droit, certains auteurs opposent le droit de préemption qui appartient à une personne physique à celui qui appartient à une personne juridique; à ce même point de vue, le BGB lui-même distingue le droit de préemption qui est lié à la qualité de propriétaire d'un immeuble déterminé (subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht) de celui qui n'est, au contraire, pas lié à cette qualité ¹⁾.

Le Cc établit apparemment une division du droit de préemption, lorsqu'il oppose le droit de préemption légal des copropriétaires à l'égard d'une quote-part de l'immeuble indivis ²⁾, au droit de préemption qui n'a pas sa source dans la loi, c'est-à-dire qui est créé par un acte juridique. Nous étudierons ce dernier avec les droits d'emption et de réméré, au chapitre II ci-après. Quant au droit de préemption des copropriétaires, il fera l'objet de notre chapitre III.

Cette division entre droit légal et droit créé par acte juridique (spécialement par convention) est propre au droit de préemption. Le Cc ne connaît pas, en effet, de droits légaux d'emption et de réméré. En outre, cette division, si elle est apparente, n'est pas la plus importante quand on se place au point de vue du système légal.

A ce dernier point de vue une seule division s'impose, parce qu'elle s'applique autant aux droits d'emption et de réméré qu'au droit de préemption et qu'elle est la plus importante: c'est celle qui distingue ces trois droits suivant qu'ils sont annotés ou ne sont pas annotés au registre foncier.

1) BGB, § 409, al. 2.

2) Art. 682.

Sous § 2. **Les droits de préemption, d'emption et de réméré NON ANNOTÉS au registre foncier, opposés aux droits de préemption, d'emption et de réméré ANNOTÉS au registre foncier.**

I

Cette division des droits de préemption, d'emption et de réméré est seule importante, disons-nous. En effet, la stipulation de ces droits — lorsqu'ils ne sont pas annotés au registre foncier — n'empêche pas le propriétaire qui les a souscrits de disposer de l'immeuble qui en fait l'objet, de le grever de servitudes, de droits de gage, ou même de le vendre à un tiers. En ces cas, le bénéficiaire de la servitude, le créancier-gagiste ou l'acquéreur sont juridiquement des tiers de bonne foi, même s'ils ont connu l'existence du droit de préemption, d'emption ou de réméré au moment de l'aliénation ¹⁾. En cas de vente de l'immeuble par exemple, le titulaire du droit n'est donc pas absolument assuré de pouvoir réclamer le transfert de propriété en son nom; lorsqu'il le fera, il se trouvera en présence, non pas de son constituant, mais d'un propriétaire de bonne foi contre lequel il n'aura aucune action. Il ne lui restera plus alors qu'à agir suivant les articles 97 et suiv. CO, c'est-à-dire réclamer des dommages-intérêts au constituant, — ce qui ne sera pas d'une grande efficacité si celui-ci est insolvable ou a disparu.

Sous réserve des règles spéciales relatives au droit de préemption légal des copropriétaires, nous pouvons donc poser en principe que le droit de préemption, d'emption ou de réméré non annoté au registre foncier ne produit que des effets personnels. Nous ne pouvons à cet égard que renvoyer aux dispositions générales du CO en matière d'inexécution des obligations. Disons toutefois que

1) Cf. p. 64.

l'action du titulaire contre l'obligé se trouve prescrite par dix ans, conformément à l'article 127 CO, lorsque la durée du délai pendant lequel le droit peut être exercé n'a pas été déterminée ¹⁾.

Pour éviter ce résultat, les articles 681 et 683 Ce prévoient que les droits de préemption, d'emption et de réméré peuvent être annotés au registre foncier. Les contractants font procéder par le conservateur à une annotation pour le délai qu'ils ont fixé et qui est de dix ans au maximum, ou pour un délai indéterminé; dans ce dernier cas, l'annotation vaut pour dix ans au maximum; elle sera ensuite radiée. L'effet de l'annotation est le suivant: pendant le délai annoté (ou à défaut d'une telle indication, pendant le délai maximum de dix ans), le titulaire du droit de préemption, d'emption ou de réméré peut réclamer le transfert de la propriété en son nom, non seulement du constituant, mais encore de toute personne à laquelle celui-ci a aliéné l'immeuble (cela sous réserve des règles spéciales relatives à l'exercice du droit de préemption). Le registre foncier étant public ²⁾, les inscriptions qu'il contient sont, en effet, réputées connues de chacun; celui qui achète un immeuble grevé d'un droit de préemption, d'emption ou de réméré annoté au registre foncier connaît le droit ou est censé, par une présomption péremptoire, le connaître; et, le connaissant, il consent que ce droit soit exercé contre lui.

On comprend dès lors l'importance de l'annotation et de la distinction qu'il y a lieu de faire entre droits de préemption, d'emption ou de réméré non annotés et ces droits annotés au registre foncier: les premiers ne produisent que des effets personnels, les seconds sont au contraire munis d'effets réels.

1) Voir p. 93.

2) Ce. art. 970, al. 1.

II

La situation que créent les droits de préemption, d'emption et de réméré non-annotés au registre foncier étant ainsi caractérisée, il nous paraît inutile de leur consacrer un plus grand développement. Ce que nous avons dit précédemment s'applique d'ailleurs autant aux droits non-annotés qu'aux droits annotés. Nous allons nous occuper maintenant de ces derniers ; c'est à eux que nous consacrerons le chapitre II ci-après.

§ 8. Contenu et durée de l'obligation du propriétaire de l'immeuble soumis au droit de préemption, d'emption ou de réméré

I

Nous avons déjà dit que le Ce est d'une insuffisance caractérisée à l'égard des droits de préemption, d'emption et de réméré. Cette insuffisance se manifeste en particulier en ce qui concerne le contenu et la durée de l'obligation du propriétaire de l'immeuble objet du droit de préemption, d'emption ou de réméré, envers le titulaire. Le Ce ne dit mot de ces deux questions qui sont du plus haut intérêt et que le sage législateur aurait dû résoudre avec exactitude.

II

A quoi donc est obligé envers le titulaire le propriétaire de l'immeuble grevé d'un droit de préemption, d'emption ou de réméré ? Dans quelle mesure son droit de propriété se trouve-t-il limité ? Quelles sont les dispositions qu'il peut se permettre et celles qu'il doit s'interdire ? Le Ce ne répond pas à ces questions dont la solu-

tion est de la plus grande importance, non seulement pour le propriétaire et le titulaire, mais aussi pour ceux qui acquièrent postérieurement à l'annotation des droits sur l'immeuble ; car, si ces droits sont en contradiction avec le droit de préemption, d'emption ou de réméré, ils doivent céder à ce dernier, en vertu de l'article 959, al. 2 Cc¹⁾.

Le droit de préemption n'impose au débiteur que l'obligation de préférer à conditions égales le titulaire à tout tiers amateur ou acquéreur de l'immeuble, s'il se décide à vendre. Mais l'obligé est libre de ne pas vendre et libre aussi, par conséquent, de faire tout ce qu'il veut de l'immeuble, d'en modifier l'état physique et l'état juridique, dût-il même le mettre dans un état qui enlèvera au titulaire toute envie d'acquérir l'immeuble.

Le Cc, il est vrai, prévoit la possibilité de conclure un droit de préemption où le prix et les autres conditions de l'achat sont fixés d'avance, — ce qui entraîne, sans doute, pour le propriétaire, l'obligation de maintenir l'immeuble dans le même état physique et juridique pendant la durée du délai fixé pour l'exercice du droit. Le projet de Cc présenté aux Chambres fédérales par le Conseil fédéral ne faisait pas mention de ce droit de préemption qualifié, qui est une maladresse législative ; il est une création de la commission nommée par le Conseil national pour examiner le projet du Conseil fédéral²⁾. Qu'est-ce que cela signifie ? A quoi répond cette institution ? Le BGB, qui traite du droit de préemption avec soin, ne connaît que le droit de préemption normal, s'exerçant

1) Voir p. 128 et suiv.

2) Bull. slén. off., 1906, 545. M. Rossel, rapporteur, s'exprime à ce sujet comme suit : « ... Ainsi, celui au profit duquel un droit de préemption a été constitué et dûment annoté dans le cas de vente de l'immeuble dans le délai inscrit, exige du nouvel acquéreur que cet immeuble lui soit transféré aux conditions exprimées dans le registre ; le texte du Conseil fédéral portait que, dans cette éventualité, les conditions de la vente faisaient règle, alors que d'après votre commission elles ne sont plus déterminantes qu'à défaut d'indications registrales sur les modalités de l'exercice du droit de préemption ».

aux conditions convenues avec le tiers acheteur¹⁾. Comment admettre, d'une part, que le propriétaire consente à fixer d'avance les conditions auxquelles le droit de préemption sera exercé par le titulaire, lui qui ne consent pas même à s'obliger à vendre (puisque le propre du droit de préemption est de laisser le propriétaire libre de vendre ou de ne pas vendre) : il sait que, ce faisant, non seulement il perdrait le droit de disposer à son gré de l'immeuble et d'en modifier l'état physique et l'état juridique, mais encore il courrait le risque de vendre son immeuble au titulaire pour un prix inférieur à celui offert par le tiers amateur. Et comment admettre, d'autre part, que le titulaire s'oblige d'avance à exercer son droit tout éventuel à des conditions déterminées ; il sait que, ce faisant, il s'exposerait à devoir acheter un immeuble tombé en ruines ou ayant perdu sa valeur ensuite de circonstances économiques pour un prix peut être bien supérieur à celui offert par le tiers amateur. Le droit de préemption qualifié n'a pas de raison d'être ; le droit de préemption normal, s'exerçant aux conditions convenues avec le tiers amateur, et le droit d'emption suffisent à tous les besoins. Le titulaire qui veut s'assurer la propriété d'un immeuble pour un prix déterminé a recours à la constitution d'un droit d'emption ; celui-ci lui donne toute sécurité : non seulement le titulaire reste libre d'acheter ou de ne pas acheter, mais encore il peut choisir le moment de son acquisition ; et le propriétaire est lié à son égard, — ce qui n'est pas en cas de droit de préemption.

En cas de droit d'emption ou de droit de réméré, le prix est généralement déterminé, ce qui a pour conséquence que le pacte est convenu sous la condition tacite du maintien de l'immeuble dans le même état physique et juridique pendant la durée du délai fixé pour l'exercice

1) BGB, § 505, al. 2. Exp. mot. du BGB, 3, 453 et suiv. Voir p. 61, note.

du droit. Lorsque le prix est seulement déterminable (lorsque, par exemple, le pacte prescrit qu'il sera fixé par experts, sans autre norme que la valeur vénale de l'immeuble au moment de la réalisation du droit d'emption ou du droit de réméré), l'obligé a, sans doute, la liberté de faire de l'immeuble ce qu'il veut, de même qu'en cas de droit de préemption normal.

La liberté du propriétaire, très peu restreinte en cas de préemption, répond aussi à cette circonstance que le droit de préemption est généralement concédé gratuitement. Au contraire, le propriétaire ne concède un droit d'emption pour une somme fixe et même pour une somme déterminable, que moyennant une contre-prestation à charge du titulaire, parce qu'il restreint considérablement son droit de disposition; il en est de même en cas de réméré, où la contre-prestation se traduit, dans la règle, par une diminution du prix de vente.

Nous renvoyons, au surplus, à ce que nous disons ci-après dans les paragraphes consacrés, d'une part, aux droits acquis sur l'immeuble par des tiers postérieurement à l'annotation ¹⁾, et, d'autre part, au prix d'achat d   par le titulaire qui exerce son droit ²⁾.

III

Les articles 681, al. 3 et 683, al. 2 fixent à dix ans au maximum la durée de l'annotation des droits de préemption, d'emption et de réméré. Les contractants ne peuvent pas augmenter ce temps maximum; mais le propriétaire de l'immeuble peut consentir à ce qu'une nouvelle annotation soit prise. Ils sont, par contre, en droit de fixer la durée de l'annotation à moins de dix ans; cela résulte *a contrario* des dispositions précitées. Par exemple, les

1) Voir p. 128 et suiv.

2) Voir p. 151 et suiv.

contractants peuvent incontestablement convenir que le droit du titulaire de réclamer la vente pourra être exercé dans un délai de six mois seulement depuis la date du pacte ¹⁾).

Du fait que la durée de l'annotation des droits de préemption, d'emption et de réméré est fixée impérativement au maximum à dix ans, faut-il tirer la conséquence que ces droits ne puissent être constitués comme simples rapports personnels pour plus de dix ans ? Si l'on admettait que le terme de dix ans au maximum est celui du rapport obligatoire comme celui de l'effet réel de l'annotation, celle-ci durerait en réalité, moins de dix ans dans la plupart des cas. En effet, d'une part, l'annotation ne peut pas durer plus que le droit dont elle est comme un accessoire ²⁾ ; et, d'autre part, elle est nécessairement inscrite au registre foncier postérieurement à la conclusion du pacte ; lorsque le pacte est convenu par acte authentique, l'inscription est opérée dans le délai assigné par la législation cantonale au fonctionnaire qui a dressé l'acte ; et lorsque le pacte est convenu sous seings privés (ce qui est possible en cas de préemption normale), l'inscription peut être opérée longtemps après sur réquisition de contractants négligents ; et ce serait seulement dans le cas où le conservateur inscrirait l'annotation au registre foncier le jour même de la conclusion du pacte que l'annotation atteindrait son maximum de durée de dix ans.

Cette opinion suivant laquelle les droits de préemption d'emption et de réméré ne peuvent être constitués même comme simples rapports personnels pour plus de dix ans est celle du législateur ; le message du Conseil fédéral du 3 mars 1905 dit, en effet ³⁾ au sujet du droit de préemption : « La durée en a été limitée déjà dans le livre des

1) Bovay et Petitmermet 3.

2) Voir p. 164.

3) Ft. 1905, 2, 24.

» droits réels (art. 672), afin de ne pas le rendre onéreux » à l'excès; cfr. art. 1272. » Et l'article 1272, al 2 (supprimé par la commission d'experts de 1908) du projet de loi que le message accompagne dit au sujet du droit de préemption : « *Il n'est pas permis de le stipuler pour un terme excédant dix années* ». En sorte que le législateur a considéré comme n'en faisant qu'une seule la question de la durée du droit annoté et celle du droit personnel, alors que certainement il y a deux questions distinctes. Telle a été aussi l'opinion de la commission d'experts de 1908 ¹⁾.

M. Fick émet incidemment une autre opinion, lorsqu'il dit : ²⁾ « Les droits de préemption, d'emption et de réméré s'éteignent dix ans après leur inscription dans le registre foncier ». Cela signifie sans doute que le rapport obligatoire des contractants est impérativement limité à une durée de dix ans au maximum dès l'annotation. Celle-ci étant nécessairement faite au registre foncier postérieurement à la conclusion du pacte, il s'ensuit que le rapport personnel aurait en général, pour la raison que nous venons d'énoncer, une durée de plus de dix ans, toujours indéterminée, puisque le rapport personnel vaudrait non seulement pour les dix ans pendant lesquels l'annotation est valable, mais encore pour le temps s'écoulant entre la conclusion du pacte et l'inscription de l'annotation au registre foncier.

Ni l'une, ni l'autre de ces opinions ne nous paraît acceptable. La question est de savoir si la constitution de droits de préemption, d'emption et de réméré pour une durée déterminée de plus de dix ans est illicite. Or, rien, dans la jurisprudence, ne nous autorise à nous prononcer affirmativement.

Il est, au contraire, normal qu'un droit de préemption,

1) Voir p. 53.

2) Commentaire du Code fédéral des obligations, 1, ad. art. 127, rem. 3.

par exemple, inséré dans un bail d'une durée de plus de dix ans, dure autant que le bail (dont il est une clause). Sans doute, l'annotation est radiée au bout de dix ans ; et lorsque le propriétaire se refuse à la renouveler, l'immeuble, s'il est vendu à un tiers, passe en mains de ce tiers libre du droit dont il était l'objet. Mais l'obligé reste lié à l'égard du titulaire jusqu'au terme fixé par le pacte ; et le titulaire, qui après l'extinction de l'annotation, ne peut obtenir le transfert de propriété, a droit à des dommages-intérêts.

Il est de même normal et licite, *a fortiori*, qu'un droit de préemption, par exemple, inséré dans un bail soit opposable à l'obligé, sinon aux tiers, autant que dure le bail, lorsque celui-ci se renouvelle par tacite reconduction pendant plus de dix ans ; en ce cas aussi, le titulaire qui après extinction de l'annotation ne peut obtenir le transfert de propriété, a droit à des dommages-intérêts.

Cette solution est conforme à celles que la jurisprudence donne dans les cas analogues de contrats conclus à long terme. Il suffit donc, à notre avis, que la durée du rapport personnel soit limitée dans le temps, cette durée du droit personnel pouvant excéder celle du droit annoté.

Quand se prescrit l'action du titulaire lorsque la durée du délai pendant lequel le droit peut être exercé n'a pas été déterminée ? Une distinction est ici nécessaire : S'agissant des droits d'emption et de réméré, l'action du titulaire se prescrit par dix ans dès la naissance du droit, c'est-à-dire dès la date du pacte ¹⁾. S'agissant du droit de préemption, il n'en est pas de même ; l'obligation du propriétaire est subordonnée à la condition qu'il se décide à vendre l'immeuble ; par conséquent, la créance du titulaire n'est exigible qu'une fois cette condition réalisée ²⁾ ; c'est donc la vente (au sens que nous attribuons à ce

1) CO. art. 427.

2) CO. art. 130.

mot ¹⁾ qui rend exigible le droit de préemption et c'est dès ce moment seulement que le droit commence à se prescrire par dix ans ; cette règle peut avoir, sans doute, pour effet de renvoyer à une date fort lointaine le moment à partir duquel court la prescription !

C'est au moment où le droit s'éteint que l'annotation doit, elle aussi, prendre fin.

CHAPITRE II

Des droits de préemption d'emption et de réméré annotés au Registre foncier

Section première

De l'annotation et de ses effets

Sous-section première

De l'annotation en général

I

Le Ce connaît plusieurs espèces d'inscriptions (au sens large du mot) au registre foncier. Il emploie à cet égard les termes d'*inscription* (au sens étroit du mot), pour désigner tout ce qui figure au registre foncier comme droit réel, d'*annotation* pour tout ce qui a trait aux droits personnels, prétentions ou autres faits produisant des conséquences juridiques, — enfin, de *mention*, à propos des renseignements de fait qui concernent l'immeuble.

¹⁾ Voir p. 138.

Nous ne pouvons nous occuper ici des inscriptions — sens restreint —, ni des mentions, qui ne rentrent pas dans le cadre de notre travail.

Quant aux annotations, elles sont énumérées par les articles 959, 960 et 961 Cc. Elles sont de trois espèces: annotations de droits personnels, annotations de certaines restrictions du droit d'aliénation et annotations d'inscriptions provisoires.

A défaut de caractère communs, ces trois espèces d'annotations ont cependant des effets communs:

elles ne peuvent pas créer des droits réels ¹⁾;

elles attribuent des effets réels au lien de droit qui en fait l'objet ²⁾.

Il est donc aisé de les distinguer les unes des autres encore que parfois l'annotation de droits personnels puisse être confondue avec l'annotation de certaines restrictions du droit d'aliéner, telles que celles résultant des actes juridiques visés par l'article 960, ch. 3.

II

L'annotation est une création du droit allemand. Les législations prussienne, saxonne, bavaroise et wurtembergeoise, en particulier, la connaissaient sous le nom de Vormerkung, Verwahrung, Protestation, Widerspruch, vorläufige Eintragung, etc.; ils l'ont déterminée très exactement, en la distinguant déjà de l'inscription — au sens étroit du mot —. Le BGB l'a reprise, dans ses § 883 et suiv. Mais il faut différencier l'annotation du BGB de celle du Cc. Le BGB, en effet, ne connaît qu'une espèce d'annotations, celle des droits personnels — qui peuvent

1) Cela ne signifie pas que l'objet de l'annotation ne puisse être un droit réel. Il en est ainsi dans le cas de l'article 961 al. 1, ch. 1, qui dit textuellement qu'une inscription provisoire peut être prise par celui qui allègue un droit « réel ». Et l'« inscription provisoire » est faite sous forme d'annotation.

2) Voir p. 404 et suiv.

tons, quels qu'il soient, être annotés, sauf ceux dérivant de contrats de bail à loyer ou à ferme — tandis qu'il ignore les deux autres catégories reconnues par le Cc.

Le code civil autrichien connaît aussi l'annotation ; il lui consacre les §§ 438, 439 et 445. Mais cette annotation ne comprend que les inscriptions provisoires correspondant à celles de l'article 961 Cc.

Quant au code civil français, il ignore l'annotation. Le droit de réméré ou faculté de rachat et le bail à ferme sont, il est vrai, pourvus d'effets réels contre les tiers, mais tirent ces effets de la loi elle-même, sans inscription dans les registres publics ¹⁾.

III

En Suisse, certaines législations cantonales ont connu des institutions juridiques identiques à l'annotation du Cc. Cela ne revient pas à dire qu'elles les ont désignées sous le terme exprès d'annotation. C'est ainsi que le code civil zurichois parle à cet égard, au § 242, d'inscription (Eintragung) et au § 247 d'annotation (Vormerkung), et qu'aux §§ 399 et 449 il prescrit que les baux à ferme et à loyer et le droit de préemption sont munis d'effets réels contre les tiers par leur inscription (Eintragung) au registre foncier: il faut évidemment admettre que dans les dispositions précitées, le code zurichois emploie les termes d'inscription et d'annotation pour désigner la même chose.

D'autres législations cantonales ont cependant opéré la distinction entre « inscription » au sens étroit du terme, et « annotation ». Il en est ainsi, en particulier de la loi vaudoise du 20 janvier 1882 sur l'inscription des droits réels immobiliers qui, à son article 50, parle d'inscrip-

1) Code civil français, art. 1664, 1667 et 1743.

tion provisoire» ou «prénotation». Il en est ainsi, encore, à Solerne (article 648 du code civil) et à Berne (§ 441 du code civil).

Enfin, une loi de Bâle-Ville du 16 avril 1860 sur l'établissement du registre foncier prévoit l'annotation, sans l'appeler par son nom. (§ 31).

Il ne faudrait pas s'imaginer, d'ailleurs, que sous l'empire des législations cantonales l'annotation ait joué le rôle qu'elle remplit sous l'empire du Cc, et qu'en particulier elle ait servi à inscrire des droits personnels au registre foncier; il faut, au contraire, constater qu'en général elle servait précisément à rendre opposables aux tiers d'autres droits que ceux qui nous occupent ¹⁾.

Lors de l'élaboration du Cc, les auteurs n'ont pas été unanimes à reconnaître la nécessité ou même l'utilité de l'annotation. Cette institution juridique a été combattue par M. Siegmund ²⁾. M. Huber l'a considérée tout d'abord comme inacceptable ³⁾; mais il a ensuite changé d'avis ⁴⁾, si bien que l'avant-projet de Cc de 1900 posait déjà en matière d'annotation, les mêmes règles, à peu près, que le texte définitif du Cc.

Aujourd'hui, chacun paraît, en Suisse, admettre l'annotation comme une institution complémentaire nécessaire du registre foncier. Elle est, en effet, le correctif indispensable du principe de la force probante du registre foncier exprimé par l'article 973 Cc. Tout au plus peut-on lui reprocher de nuire en une certaine mesure à la clarté et à la sûreté qui doivent caractériser les énoncia-

1) Cf. Pfeiffer 4 et suiv.

2) Siegmund 411.

3) « Provisorische Einschreibungen kann es gegenüber den strengen Grundsätzen des Grundbuchrechts nicht geben, ein Verhältnis kann nur entweder als bestehendes dingliches Recht oder gar nicht eingetragen werden, in welcher Alternative die Parteien bei bedingtem Rechtswerb sich entscheiden mögen. » (3, 89).

4) Exp. mot. 719. « Comme le registre foncier produit des effets que chacun doit reconnaître et comme il en découle une faculté de disposer, il était assez naturel d'étendre sa sphère d'action au-delà du cercle des droits réels. C'est ce que font presque toutes les législations qui le possèdent; et, dans une certaine mesure, elles y sont forcées. Le projet ne pouvait que les suivre ».

tions du registre. Cet inconvénient est minime ; il est d'ailleurs compensé très largement par des avantages incontestables que nous avons déjà signalés et dont nous allons encore parler, — d'autant plus que le Cc a eu soin de limiter les cas d'annotation. Nous renvoyons, au surplus, à l'Exposé des motifs, p. 719 à 721.

Sous-section II

De l'annotation des droits personnels

§ 1. **Généralités**

I

Nous venons de voir que le Cc reconnaît trois catégories d'annotations. Une seule nous intéresse, celle des droits personnels qui font l'objet de l'article 959 et parmi lesquels le législateur range les droits de préemption, d'emption et de réméré. Tous les droits personnels ne sont pas, d'ailleurs, annotables au registre foncier. L'article 959 prescrit, en effet, qu'ils ne le sont que dans les cas expressément prévus par la loi; cet article énumère une série de droits personnels qui possèdent cette qualité, soit: 1° les droits de préemption ¹⁾, d'emption et de réméré ²⁾ et 2° ceux découlant des baux à ferme ³⁾ et à loyer ⁴⁾. Mais cette énumération n'est pas limitative. En parcourant le Cc, on trouve deux autres droits personnels dont l'annotation est prévue, soit: 3° le droit de profiter des cases libres, en faveur du créancier qui est au bénéfice d'un gage immobilier (art. 814, al. 3); 4° le droit de

1) Cc. art. 681.

2) Cc. art. 683.

3) CO. art. 282.

4) CO. art. 260.

retour des immeubles ou droits réels immobiliers dont il a été fait donation, en faveur du donateur (CO art. 247)¹⁾.

La législation fédérale pourra, au surplus, créer d'autres cas spéciaux, mais non pas les législations cantonales.

M. Pfeiffer étudie ²⁾ la question de savoir si le droit conféré aux cohéritiers par l'article 619, al 1 Cc est un droit qui peut être annoté au registre foncier au regard de l'article 959. Cette disposition est ainsi conçue : *Art. 619: Lorsque tout ou partie d'un immeuble attribué à un héritier pour un prix inférieur à sa valeur vénale est vendu dans les dix années à compter du partage, les cohéritiers ont le droit de réclamer leur quote-part du gain, si ce droit a été annoté au registre foncier lors du partage.* L'auteur répond négativement à cette question pour des raisons qui sont, en principe, excellentes. Il faut reconnaître, en effet, que l'annotation prévue à l'art. 619 n'a rien à faire au registre foncier. Mais l'art. 71 de l'ordonnance sur le registre foncier la prévoit expressément, et c'est une formalité qui, bien qu'étrange en elle-même, paraît cependant indispensable pour que le droit des cohéritiers puisse être exercé.

Les seuls droits personnels que nous venons de citer peuvent donc être annotés au registre foncier. Le législateur leur a attribué cette qualité pour des raisons de nature économique plutôt que de nature juridique: ils sont les plus importants et les plus fréquents. Mais ils n'ont aucun caractère commun, sinon qu'ils portent tous sur des immeubles ou des droits immobiliers; et en aucune autre circonstance ils ne se retrouvent réunis.

1) Cf. Tit. fin. art. 59, 273, i. Wieland, qui prétend établir (art. 959, rem. 2) une énumération complète des droits personnels annotables au registre foncier, omet ce dernier cas.

2) Pfeiffer 13 et suiv.

II

Quant aux droits personnels auxquels le législateur a refusé le bénéfice de l'annotation au registre foncier, peuvent-ils trouver une autre protection efficace dans la Loi ? M. Huber propose ¹⁾ la solution détournée que voici : quand l'annotation au registre foncier d'une obligation personnelle n'est pas possible, le propriétaire peut s'obliger, sous clause pénale envers le titulaire du droit, à imposer à l'acquéreur de l'immeuble l'accomplissement de l'obligation personnelle convenue, en même temps qu'il garantit l'exécution de la clause pénale par l'inscription d'une hypothèque portant sur l'immeuble. Cette solution doit produire, en effet, le plus souvent, le même résultat qu'une annotation au registre foncier ; elle est, au surplus, conforme à la technique de celui-ci.

III

L'annotation des droits personnels au registre foncier est appelée à jouer un rôle économique considérable ; ainsi que nous l'avons dit, elle confère au droit personnel des effets réels et le rend, par là-même, opposable dans la mesure que nous allons indiquer, aux tiers quels qu'ils soient ; elle lui confère une protection analogue à celle que le registre foncier fournit au droit de propriété. Si l'annotation des droits personnels n'était pas possible, la sûreté des transactions serait fréquemment compromise. Nous en avons déjà fait la preuve à propos des droits d'emption, de préemption et de réméré. Un nouvel exemple — choisi en dehors de ces droits — illustrera ici notre pensée :

En cas de donation, les parties ont convenu que l'im-

¹⁾ Exp. mot. 721, 722.

meuble ferait retour au donateur pour le cas de prédécès du donataire. Une telle convention ne peut pas être inscrite au registre foncier parce qu'elle conditionne l'acquisition de la propriété ¹⁾ (condition résolutoire). Le donataire doit donc figurer au registre foncier comme propriétaire, inconditionnellement. S'il vend l'immeuble sans réserver le droit de retour en faveur du donateur, l'acquéreur — qui sera de bonne foi au sens de l'art. 973 Cc, — même s'il connaît la réserve stipulée au profit du donateur — ne pourra pas être actionné en restitution de l'immeuble par le donateur en cas de prédécès du donataire; et le donateur n'aura à sa disposition qu'une action en dommages-intérêts contre la succession du donataire — peut être insolvable — action fondée sur les articles 97 et suiv. CO.

Telle serait la situation si la loi n'autorisait pas l'annotation des droits personnels. Mais toute différente est-elle dès l'instant où l'annotation est possible: en effet, par l'annotation, le tiers-acquéreur ne peut plus arguer de sa bonne foi, puisque le registre foncier lui a révélé, au moment de l'acquisition, la condition dont l'immeuble est grevé, et il est tenu à restitution. L'annotation protège donc, dans la mesure du possible, le titulaire contre la mauvaise foi éventuelle de son co-contractant. Elle tempère heureusement la rigidité du principe renfermé à l'article 973 Cc.

§ 2. Nature juridique de l'annotation des droits personnels au registre foncier

Il y a lieu de distinguer la nature juridique de l'annotation de celle du droit qui en fait l'objet, afin d'éviter

1) CO. art. 217.

les confusions et les erreurs qu'on peut reprocher à cet égard à certains auteurs ¹⁾.

La doctrine allemande s'est partagée en deux opinions, concernant la nature juridique de l'annotation elle-même.

Un grand nombre d'auteurs disent que l'annotation crée un droit réel spécial ²⁾. Ce droit réel serait joint comme une espèce de droit accessoire, à la relation juridique obligatoire qu'il s'agit de protéger par l'annotation ; il serait analogue à l'hypothèque inscrite au registre foncier en garantie d'un prêt d'argent. Cette conception ne cadre pas avec le système du Cc (ni d'ailleurs avec celui du BGB), car elle crée un droit réel nouveau que le code ne reconnaît pas et qui ne se laisse pas classer parmi les droits réels reconnus.

D'autres auteurs envisagent simplement l'annotation comme une espèce de l'inscription (au sens large du mot) au registre foncier. Il faut évidemment, en Suisse, ainsi

1) Othmer 2.

2) Le principal défenseur de cette thèse est Cosack, qui résume son opinion comme suit : « Die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch hat zur Folge, dass der vorgemerkten Forderung ein eigentümliches dingliches Recht, das Vormerkungsrecht schirmend zur Seite steht. Der Inhalt des Vormerkungsrechts ist, dass es das Buchrecht, über welches laut der vorgemerkten Forderung eine Verfügung getroffen werden soll, zu Gunsten dieser Forderung dinglich bindet, also gleichsam mit Beschlag belegt. » (2, 23) « Die Vormerkung setzt ein persönliches Forderungsrecht voraus; indem sie also diesem Recht zu dinglicher Kraft verhilft, verstärkt sie nicht blos dessen Wirkungen, sondern schafft ein völlig neues dingliches Recht, welches jenem Forderungsrecht ähnlich zur Seite steht wie eine Darlehenshypothek der persönlichen Forderung des Darlehensgläubigers » (2, 25). Jäger : « ... die Vormerkung ist ein dingliches Sicherungsrecht eigener Art ähnlich der Arresthypothek ... sie ist ein Sicherungsrecht und deshalb accessorischer Natur, aber sie ist darum nicht minder ein Recht und zwar ein dingliches » (188-189 et 192). Le souci de l'exactitude nous oblige à ajouter que Jäger a abandonné cette théorie dans la seconde édition de son commentaire; voir 194, 195. Job. Neumann (455 et suiv.) et Sekler (13, 15) partagent la première opinion de Jäger. Engelmann, de même, sauf quelques petites divergences (499, 500); cet auteur reconnaît en particulier l'annotation comme un droit : « ... es durchbricht das Institut der Vormerkung die Geschlossenheit der Zahl der vom BGB anerkannten dinglichen Rechte ». Mais il ne reconnaît à l'annotation que la « nature » d'un droit réel, tandis que les auteurs cités précédemment font de l'annotation elle-même un « eigentümliches dingliches Vormerkungsrecht ». Citons encore parmi les défenseurs de cette thèse : Scheff (871). Wolf, suivant lequel « durch die Vormerkung ein neues Recht am Grundstück entsteht » (117), et Jäckel suivant lequel l'annotation « das Grundstück wie ein dingliches Recht belastet, welches nicht auf Leistungen aus demselben gerichtet ist, z. B. eine Realservitut » (79, 80). Voir en outre : Hilscher 15 et suiv.

que nous l'avons fait au commencement de ce chapitre, adopter ce point de vue formel, qui est celui établi par la note marginale de l'article 958 Cc. On ne peut donc pas considérer l'annotation comme un droit réel, ni même comme un droit ¹⁾).

§ 3. Nature juridique des droits personnels annotés

I

La nature juridique des droits personnels annotés au registre foncier serait facilement établie si les effets de l'annotation étaient fixés par le Cc avec plus d'exactitude. Mais il faut reconnaître que les textes légaux ne rendent pas cette tâche aisée :

L'article 959, al. 2 dit, en effet, simplement: « *Ils (les droits personnels) deviennent ainsi opposables à tout droit postérieurement acquis sur l'immeuble* ».

Toutes les autres dispositions spéciales du Cc relatives aux droits personnels dont l'annotation est possible s'expriment de même ou sont moins explicites encore:

L'article 814, al. 3 concernant le droit du créancier de profiter des cases libres, en matière de gage immobilier, parle d'*effet réel*, ce qui est identique à ce qu'exprime la disposition générale de l'article 959, al. 2.

L'article 681, concernant le droit de préemption dit moins encore: « *...il subsiste contre tout propriétaire* ».

L'article 683, concernant les droits d'emption et de réméré: « *...ils subsistent contre tout propriétaire de l'immeuble* ».

Enfin, l'article 260 CO, qui prévoit l'annotation du bail à loyer (et qui s'applique également à celle du bail à

1) De là les définitions données par les auteurs allemands qui se placent au même point de vue, soit celles de Planck: « Die Vormerkung ist ein formelles Sicherungsmittel dinglicher Natur » (§ 883, rem. 2), de Priester (175) et celle, bien connue, de Biermann: « Die Vormerkung ist ein Grundbuchvermerk, der die Verwirklichung der im § 883 genannten Ansprüche in dinglicher Weise sichert ». (§ 883, rem. 2).

ferme, en vertu de l'article 282 CO) s'exprime comme suit : « *Cette annotation oblige tout acquéreur à laisser au preneur, en conformité du bail, la jouissance de la chose louée* ».

Le Cc ne renferme pas d'autre disposition relative aux effets de l'annotation des droits personnels au registre foncier.

On pourrait donc se demander si l'annotation transforme le droit personnel en un droit réel, puisqu'elle le rend opposable aux tiers (ce qui est précisément le propre du droit réel); on pourrait se demander aussi si, par son annotation, le droit personnel ne conserve pas sa nature de droit personnel parce qu'il n'est opposable qu'à certains tiers déterminés; on pourrait, enfin, voir en lui une institution juridique mélangée, à moitié droit réel et à moitié droit personnel.

Si l'annotation en elle-même constituait un droit réel, la question serait vite résolue; mais nous avons vu, ci-devant, que l'annotation n'est pas un droit réel, voire même pas un droit.

L'Exposé des motifs nous fournit la solution cherchée. M. Huber s'exprime comme suit au sujet de la nature juridique des droits personnels annotés au registre foncier:

« On ne pourra cependant pas considérer ces restrictions contractuelles comme des droits réels au sens véritable du terme; et, d'un autre côté, on ne saurait les ranger ni parmi les servitudes, ni parmi les charges foncières. Il fallait, ou bien les envisager comme une catégorie spéciale de droits réels issus de la convention, et ils sont trop peu importants pour qu'on y ait songé, ou les tenir pour des droits personnels susceptibles de devenir opposables aux tiers par l'annotation de l'article 1002. Si nous ne les avons pas réservés pour en traiter dans le droit des obligations, ainsi qu'on l'a fait pour le bail à loyer et le bail à ferme, c'est que nous ne

» voulions pas distraire d'une manière absolue, le droit
 » de préemption légal des copropriétaires, du droit de
 » préemption conventionnel. Ces raisons seront suffisan-
 » tes, nous l'espérons, pour justifier la méthode suivie
 » en ce point. » ¹⁾

Cette opinion a été généralement adoptée par les commentateurs du Cc ²⁾. Nous la partageons également et sommes donc de ceux qui estiment que le droit personnel annoté reste un droit personnel (tout en réitérant, bien entendu, nos réserves quant à la présence des droits de préemption, d'emption et de réméré dans le livre du code consacré aux droits réels) ³⁾. L'annotation n'apporte, en effet, aucun changement au droit personnel qui en fait l'objet, sinon qu'elle étend le champ de ses effets à certains tiers déterminés, outre les effets qu'elle déploie à l'égard du débiteur. Ainsi que le disent justement MM. Rossel et Mentha, la nature personnelle de ces droits éclate en particulier, en matière de préemption, dans l'article 681, al. 3: « *Le titulaire doit, s'il y a vente, être avisé par le vendeur* » ⁴⁾.

II

L'annotation a donc pour unique but de garantir l'accomplissement de la promesse obligatoire du débiteur ; il résulte de ce principe que l'effet de l'annotation est subordonné au rapport personnel dont fait partie la promesse obligatoire du débiteur. Si, par exemple, le contrat

1) Exp. mot. 479. M. Huber s'est exprimé à cet égard de façon très caractéristique, lorsqu'il a dit au Conseil national : « Wenn sie die drei Kategorien der Vormerkungen überblicken, so ist gemeinsam für sie zu sagen, dass sie einem Verhältnis dingliche Wirkung verschaffen, das noch nicht oder überhaupt nicht als dingliches Recht anerkannt ist ».

2) Wieland 9 et 309. Leemann, art. 681, rem. 1. Rossel et Mentha 2, 370, 371. Pfeiffer 34. Une seule exception à l'opinion dominante, celle de Scheidegger (111 et suiv.), qui fait des baux à ferme et à loyer annotés au registre foncier des droits réels inconditionnels, ainsi que nous le disons plus loin.

3) Voir p. 56.

4) 2, 60.

de bail générateur du droit de préemption est nul ou éteint, l'annotation ne peut déployer aucun effet. Et le tiers acquéreur de l'immeuble grevé peut faire valoir à l'égard du titulaire les exceptions découlant de ce rapport et que le constituant pourrait opposer lui-même.

En cette éventualité, l'annotation doit être radiée ¹⁾.

III

Si l'Exposé des Motifs ne s'exprimait pas clairement quant à la nature juridique des droits personnels annotés au registre foncier, nous nous trouverions en présence des mêmes difficultés que rencontrent les auteurs allemands à ce sujet. Aussi ne nous paraît-il pas sans intérêt de résumer et d'examiner ici, en quelques lignes, les théories qui ont été émises en Allemagne.

La question qui nous occupe fait, en Allemagne, l'objet d'une vive controverse. La construction juridique du droit annoté au registre foncier soulève, en effet, des difficultés considérables, parce que, d'un côté, il a son fondement dans un rapport personnel de droit et que, d'un autre côté, les effets qu'il produit à l'égard des tiers appartiennent aux droits réels seuls.

Les théories émises par la doctrine peuvent être rangées en trois groupes principaux qui présentent entr'eux des différences fondamentales.

Premier groupe. Plusieurs auteurs admettent, en principe, que par l'annotation, le droit personnel se transforme en un droit réel. Mais les divergences entr'eux commencent à l'instant où il s'agit d'expliquer de quelle manière cette transformation s'opère.

Certains font du droit annoté un droit réel soumis à

1) Voir p. 168 et suiv.

une condition suspensive ¹⁾. D'autres, — cette théorie récente, a, d'ailleurs peu de succès, parce qu'elle est en contradiction évidente avec les dispositions positives de la loi et qu'elle conduit aux conséquences les plus inacceptables — voient dans le droit annoté un droit réel inconditionnel ²⁾.

Deuxième groupe. Diverses théories font du droit personnel annoté un intermédiaire entre le droit réel et le droit personnel:

Certains auteurs ³⁾ ont retrouvé dans le droit personnel annoté au registre foncier l'image du *jus ad rem*, importé en Allemagne avec le droit romain et restauré par le droit prussien, qui lui accorde une place importante ⁴⁾. Il est, sans doute, difficile de méconnaître la ressemblance du droit annoté et du *jus ad rem*. Mais le BGB ignore ce dernier. Le Cc, qui oppose nettement les droits réels aux droits personnels et n'admet aucun intermédiaire entr'eux, ne le reconnaît pas non plus. A cette raison, déjà suffisante pour rejeter la théorie émise, ajoutons celle-ci que les effets du droit annoté et du *jus ad rem* sont différents tant à l'égard de l'obligé qu'à celui

1) Fuchs est considéré comme le principal représentant de cette théorie qu'il défend dans son « Grundbuchrecht » (112, 113) et dans ses « Probleme des Sachenrechts » (562 et suiv.). Cosack et Jäger sont aussi du même avis. En outre : Behm (3, 44). Matthias : « Die Wirkung der Vormerkung ist in gewissen Richtungen so geregelt, als wäre das vorgemerkte Recht durch die Vormerkung schon als bedingtes begründet... » (2, 39), Stobbe-Lehmann 2, 230.

2) Cette construction juridique est due à Othmer qui caractérise les effets de l'annotation comme suit : « Durch die Eintragung einer Vormerkung werden die den im § 883, abs. 1, BGB bezeichneten Ansprüchen entsprechenden Aenderungen der materiellen Rechtslage in unbedingter Weise herbeigeführt. » (§ 8). Cette théorie est représentée en Suisse par Scheidegger (111 et suiv., et 293 et suiv.) qui s'exprime comme suit : « Bei der Interpretation von art. 959 nehme ich an, dass unter dem Ausdruck « jedes später erworbene Recht » sowohl die dinglichen Rechte späterer Dritterwerber als auch die Beschlagnahme durch die Gläubiger verstanden sei und dass demnach art. 959 dingliche Rechte schafft. »

3) Dernburg, 184. Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes, 21. Deutsches Privatrecht, 2, 338. Biermann a abandonné la théorie du *jus ad rem* dans son « Widerspruch u. Vormerkung » p. 176 et suiv., et dans son « Sachenrecht » § 883, rem. 2, et § 884, Endemann 2, 250 et 251, rem. 8. Vervier 12.

4) v. Brunneck, Über den Ursprung des sog. ius ad rem. Dernburg Pr. R. 1, 383 (éd. de 1875).

du tiers, — sans parler des effets en cas de faillite et de poursuite ¹⁾).

D'autres auteurs font du droit personnel annoté au registre foncier une *obligatio in rem scripta* ²⁾. Cette théorie soulève les mêmes difficultés que la précédente.

D'autres encore munissent le droit personnel d'une espèce de droit (réel) à l'acquisition (Erwerbsberechtigung) de l'immeuble ³⁾.

Troisième groupe. Le plus grand nombre des auteurs allemands admettent que le droit personnel annoté au registre foncier est muni d'effets réels par l'annotation, mais qu'il conserve tout de même sa nature personnelle⁴⁾. Ces auteurs reconnaissent donc tous en principe, que l'annotation ne transforme pas le droit personnel en droit réel, pas même en droit réel conditionnel. Mais des différences profondes existent entr'eux dès qu'il s'agit d'expliquer les effets de l'annotation. Certains se contentent de citer les règles établies par le BGB et se dispensent ainsi de toute construction juridique ⁵⁾. D'autres tentent d'expliquer les effets de l'annotation au moyen de parenté, sinon de l'identité de celle-ci avec la défense d'alié-

1) Marschlewski 32 et 33.

2) Oberneck 254.

3) Enneccerus Lehmann, 335 : « Persönliche Forderungen auf Einräumung... eines Rechts an einem Grundstück ...können durch Eintragung einer Vormerkung mit einer gewissen dinglichen Wirkung ausgestattet werden. § 883 abs. 1, BGB. Mit der persönlichen Forderung verbindet sich alsdann eine dingliche Berechtigung auf den Erwerb des betreffenden Rechts (Erwerbsberechtigungen). »

4) Ainsi Plank, qui déclare expressément : ...dass der Anspruch seinen persönlichen Charakter durch die Vormerkung keineswegs abstreife, aber trotzdem die Vormerkung eine dingliche Wirkung habe (101). Fischer-Henle, 442. Achilles, remad. § 883.

5) Ainsi Endemann, 2. 250 à 252. Männer, qui dit : « Was die Wirkung der Vormerkung angeht, so wird das obligatorische Recht durch die Vormerkung nicht in ein dingliches Recht umgewandelt, der eingetragene Anspruch bleibt ein persönlicher Anspruch. » (58). Strecker : « ...durch die Eintragung der Vormerkung der dadurch gesicherte persönliche Anspruch zwar seinem Inhalt nach nicht geändert wird aber dingliche Wirkung erlangt. » (114). Voir en outre : Weigelt, 82 à 85. Koher 78, 79. Gaupp-Stein, 70-71. H. Neumann, 448. Weyl, 23, 24.

ner (Veräußerungsverbot) ¹⁾ établie par le BGB ²⁾, mais inconnue du Cc. D'autres font du droit annoté un droit « éventuel » ou d'« attente » (Anwartschaftsrecht) qui, bien que personnel de sa nature, est muni d'effets réels destinés à lui assurer l'acquisition d'un certain bien ³⁾.

IV

Si « l'Exposé des Motifs » ne nous renseignait pas au sujet de la nature juridique des droits personnels annotés au registre foncier il serait utile d'examiner successivement les théories des auteurs allemands que nous venons d'énumérer rapidement.

La première question à élucider serait celle de savoir si, et dans quelle mesure, les théories basées sur le BGB pourraient être utilisées *de plano* sous l'empire du Cc. Rappelons à ce propos que les droits personnels qui peuvent être annotés au registre foncier sous l'empire du BGB ne sont pas les mêmes que ceux reconnus par le Cc. Le BGB, en effet, n'admet pas l'annotation des baux à loyer et des baux à ferme, parce qu'il les rend opposables à l'acquéreur, qui succède aux droits et obligations du bailleur primitif ⁴⁾; le Cc, au contraire, prévoit l'an-

1) Planck nomme l'annotation « ein formelles Sicherungsmittel dinglicher Natur » (95). Turnau-Förster (1, 156, 157) parlent d'un « qualifizierter Veräußerungsverbot » Staudinger-Kober: « eine Art Belastungs oder Veräußerungsverbot » (§ 983, rem. IV).

2) BGB. §§ 135, 136, 988, 1136.

3) Reichel, qui reconnaît la ressemblance existant entre l'annotation et la défense d'aliéner mais qui ne se contente pas de les comparer, arrive à cette définition : « Die Vormerkung ist eine anwartschaftbegründende vorläufige Eintragung einer künftigen eintragungsbedürftigen dinglichen Rechtsänderung, auf deren Herbeiführung ein Anspruch besteht oder in Aussicht steht. » (160) et ailleurs : « Die Vormerkung begründet eine Anwartschaft des vorgemerkten Gläubigers auf die beanspruchte dingliche Rechtsänderung » (152). Crome : « Diese Rechte sichern dinglich die Erlangung eines Guts und müssen sich somit durch die Erlangung selbst verzeihen, nicht anders wie Schuldverhältnisse auf eine positive Leistung. » (1, § 341).

4) BGB, § 571.

notation des baux. Nous ne pourrions donc prendre en considération que les théories allemandes applicables aussi bien aux baux à loyer et aux baux à ferme qu'aux autres droits personnels annotables. Cela nous amènerait à éliminer d'emblée plusieurs des théories résumées ci-dessus qui ne satisfont pas à cette exigence, soit :

celle — très répandue — qui voit dans tous les droits personnels annotés des droits réels sous condition suspensive: le bail n'a pas pour effet une modification juridique réelle (nous avons vu que c'est en elle que résiderait la condition suspensive);

celle qui voit dans tous les droits personnels annotés des droits « éventuels » ou « d'attente », parce que les droits du locataire et du fermier existent bel et bien au moment de l'annotation ;

et celle qui munit le droit personnel d'une espèce de droit réel à l'acquisition de l'immeuble (Erwerbsberechtigung), parce que ce n'est pas là le but des baux à ferme et à loyer. Il est d'ailleurs démontré que cette théorie ne s'applique pas même à tous les cas du BGB où un droit peut être annoté au registre foncier ¹⁾.

Nous aurions de plus à examiner la théorie suivant laquelle le droit annoté serait un droit réel inconditionnel. C'est la théorie représentée en Allemagne par M. Othmer et adoptée en Suisse par M. Scheidegger ²⁾ en ce qui concerne tout au moins les baux à ferme et à loyer annotés au registre foncier. Mais comment prétendre que les droits annotés au registre foncier soumettent directement l'immeuble à la volonté du titulaire, ce qui est le propre du droit réel! Le titulaire du droit annoté peut seulement exiger du propriétaire de l'immeuble une prestation. Que ce droit à une prestation soit rangé dans les restrictions de la propriété, c'est-à-dire dans les droits réels, c'est là

1) Biermann, W. u. V., 180.

2) Op. cit.

l'extraordinaire ! Au surplus, pourquoi faire de l'annotation une source spéciale de droits réels alors que ceux-ci ne peuvent, suivant le système légal, être créés que par une inscription (au sens étroit du mot) ¹⁾; si le législateur a fait une distinction entre inscription (au sens étroit du mot) et annotation, c'est qu'il a entendu faire de l'une et de l'autre des institutions différentes; sinon, il aurait donné à l'article 959 la teneur suivante : « Les droits personnels ... peuvent être annotés au registre foncier dans les cas expressément prévus par la loi. *Ils deviennent ainsi des droits réels.* » au lieu de dire : « *Ils deviennent opposables à tout droit postérieurement acquis sur l'immeuble* ».

§ 4. Nature juridique des droits de préemption, d'emption et de réméré annotés au registre foncier

I

Les droits de préemption, d'emption et de réméré, ayant pour but de garantir l'acquisition future d'un bien déterminé, doivent être rangés parmi les droits « d'attente » ou droits « éventuels » ²⁾.

Cette acquisition est conditionnelle.

En cas de préemption, elle est doublement conditionnelle; le droit de préemption ne peut, en effet, être exercé que si les deux conditions suspensives ci-après sont réalisées: *a)* conclusion d'un contrat de vente (contrat de vente proprement dit ou promesse d'achat) entre l'obligé et un tiers, ou tout au moins, réception par l'obligé d'une offre faite par un tiers, offre que l'obligé est prêt à accepter; *b)* déclaration du titulaire par laquelle celui-ci exerce son droit, — cette seconde condition étant purement potestative pour le titulaire.

1) Cc. art. 656, al. 1; 731, al. 1; 746, al. 1; 783, al. 1 et 799, al. 1.

2) Crome, §§ 341, 444 et suiv.

En cas d'emption et de réméré, l'acquisition n'est soumise qu'à une seule condition, soit la seconde de celles énumérées ci-dessus: il suffit, pour la réalisation du droit, que le titulaire déclare qu'il l'exerce. Quant à l'autre condition, elle n'existe pas en matière d'emption et de réméré: le titulaire n'a pas à attendre qu'un contrat de vente soit conclu entre l'obligé et un tiers; il peut exercer son droit au moment qu'il lui plaît de choisir, soit contre le constituant, soit contre un successeur du constituant, — pourvu, bien entendu, que le délai fixé, ou, à défaut le délai maximum légal de dix ans dès l'annotation, ne soit pas écoulé.

Les droits d'emption et de réméré s'exercent, dès lors, exactement de la même manière, si bien qu'on peut dire que dès leur constitution ils ne forment qu'une seule et même figure juridique; ils ne diff  rent l'un de l'autre, en effet, que par la personne du titulaire, qui en cas de réméré est celle même qui a vendu la chose au constituant; et encore, cette différence disparaît-elle lorsque le titulaire du droit de réméré a c  d   son droit à une tierce personne ¹⁾).

II

Il résulte de ce qui précède qu'on peut juridiquement caractériser les droits de préemption, d'emption et de réméré annotés au registre foncier comme suit :

Le droit de préemption est une vocation de nature personnelle à l'acquisition future d'un immeuble déterminé; sa réalisation est soumise à deux conditions suspensives ; il est muni d'effets réels contre les tiers ²⁾).

Les droits d'emption et de réméré sont tous deux une

1) Voir p. 81.

2) Cf. Immerwahr 237 et suiv. Podkomorski 19. Hilscher 25 et suiv. v. Kn  ringen 16 e suivants.

vocation de nature personnelle à l'acquisition future d'un immeuble déterminé; leur réalisation est soumise à une condition suspensive purement potestative pour le titulaire; ils sont munis d'effets réels contre les tiers.

Sous-section III

Des effets de l'annotation des droits personnels en général

§ 1. Etendue des effets du droit annoté en général

I

Nous avons déjà observé que l'annotation n'a aucune influence sur le contenu du droit qui en fait l'objet. Cette influence se manifeste de telle façon seulement qu'elle étend le champ des effets du droit: celui-ci qui, avant l'annotation n'était opposable qu'au constituant, devient, par l'annotation « *opposable à tout droit postérieurement acquis sur l'immeuble* ». Art. 959, al. 2.

Il ressort de l'article 959 al. 2 que, même après l'annotation, l'acquisition d'un droit, réel ou autre, sur l'immeuble est possible. Les droits ainsi acquis (servitudes, droits de gage, etc.) doivent être inscrits au registre foncier et subsistent aussi longtemps que le titulaire du droit personnel annoté n'en a pas obtenu la radiation.

Les droits postérieurement acquis sur l'immeuble auxquels le droit annoté est opposable peuvent être des droits réels ou des droits personnels. Cependant, il faut interpréter l'alinéa 2 de l'article 959, en ce sens que ce n'est pas à « tout » droit quelconque postérieurement acquis sur l'immeuble que le droit annoté est opposable, mais seulement aux droits postérieurs qui excluent ou

lèsent la réalisation du droit annoté ¹⁾; nous reviendrons sur ce sujet dans les pages consacrées aux effets que l'annotation produit sur le droit qui en fait l'objet ²⁾. S'agissant des droits personnels postérieurement acquis sur l'immeuble, il faut entendre par là les droits personnels, dont l'annotation, prévue par la loi, a été effectuée au registre foncier, car un droit personnel dont l'annotation n'est pas possible ne nuit en aucune manière au droit déjà annoté.

II

L'article 959, al. 2 est-il applicable également — à défaut de disposition spéciale du code sur ce point — en cas de réalisation forcée de l'immeuble au profit du créancier ? Nous examinerons plus loin cette question ³⁾.

III

Les droits personnels annotés ne sont pas opposables aux droits de propriété ou autres acquis sur l'immeuble par l'Etat ou un autre ayant-droit ensuite d'expropriation pour cause d'utilité publique. Une semblable acquisition met à néant le droit personnel annoté en tant qu'il porte sur l'immeuble ou le droit immobilier exproprié. Par contre, le titulaire est en droit, en principe, de réclamer à l'expropriant une indemnité spéciale proportionnée au dommage causé par l'expropriation à son droit ⁴⁾.

1) Le BGB renferme au § 883, al. 2, une disposition expresse ainsi conçue : « Toute disposition relative à l'immeuble ou au droit faite postérieurement à l'inscription de l'annotation est inefficace en tant qu'elle anéantirait le droit prétendu ou lui porterait atteinte. »

2) P. 128.

3) Voir p. 122 et 143.

4) De Weiss, 63. Cf. Loi fédérale sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, du 1er mai 1850, art. 1. Loi neuchâtoise sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, du 21 avril 1913, art. 1 et 6. Cf. en outre le projet de révision de la Loi fédérale de 1850, art. 2.

§ 2. Réalisation du droit personnel annoté au registre foncier

Les effets de l'annotation ne peuvent se manifester qu'au moment où un tiers acquiert sur l'immeuble un droit postérieur en opposition avec le droit qui fait l'objet de l'annotation.

Il importe donc que le titulaire du droit annoté puisse s'adresser directement au tiers dont le droit est en opposition avec le sien, pour réclamer de lui la réalisation du droit qui fait l'objet de l'annotation. Cette action conférée au titulaire contre le tiers résulte de plusieurs dispositions spéciales du Code: c'est ainsi que les articles 681, al. 1^{er} et 683, al. 1^{er}, en matière de préemption, d'emption et de réméré prescrivent que ces droits subsistent contre «*tout propriétaire*», et que l'article 260 CO en matière de bail à loyer (et de bail à ferme, suivant l'art. 282 CO), prévoit que l'annotation du bail «*oblige tout acquéreur à laisser au preneur, en conformité du bail, la jouissance de la chose louée* »¹⁾.

Cette solution n'est pas celle adoptée par le BGB; les auteurs allemands, s'appuyant sur le § 888, al. 1^{er} BGB, ne reconnaissent en général au titulaire que le droit de réclamer au tiers son assentiment à l'inscription rendue nécessaire par la réalisation de son droit, — tandis que le titulaire doit préalablement s'adresser à l'aliénateur pour obtenir la réalisation elle-même du droit qui fait l'objet de l'annotation²⁾, par exemple le délaissement de l'immeuble en cas d'emption, de préemption ou de réméré. Et l'aliénateur possède en compensation contre le tiers une action fondée sur l'annotation.

- 1) M. Huber admet aussi que l'action du titulaire est dirigée directement contre le tiers. Exp. mot. 479.
- 2) Gierke, § 419, rem. 156. Crome, § 376, rem. 75. Biermann, W. u. V. 210. Certains auteurs admettent cependant des dérogations à la règle; voir en particulier: Planck, § 888, rem. 2, a. Reichel admet que le titulaire peut s'adresser aussi bien au tiers qu'à son auteur, mais il tient l'action dirigée directement contre le tiers pour contraire à la nature du droit annoté (403).

Le Cc ne renferme aucune disposition restrictive analogue à celle du BGB. Bien plus, les dispositions spéciales que nous avons citées permettent de prétendre que si le titulaire entend obtenir la réalisation de son droit, il doit diriger son action uniquement contre le tiers (pour autant que celui-ci figure au registre foncier comme titulaire du droit acquis postérieurement à l'annotation, par exemple, en cas de vente, comme propriétaire de l'immeuble) et qu'il ne peut attaquer l'aliénateur que dans le cas où le tiers n'est pas encore inscrit au registre foncier comme tel. Nous étudierons, du reste, cette question en détail à propos de la réalisation des droits de préemption, d'emption et de réméré ¹⁾.

§ 3. Applicabilité aux droits personnels annotés du principe de la force probante du registre foncier

L'article 973 Cc pose le principe que : « *Celui qui acquiert la propriété ou d'autres droits réels en se fondant de bonne foi sur une inscription du registre foncier, est maintenu dans son acquisition* ». C'est le principe de la force probante du registre foncier.

Cette disposition est-elle applicable en cas d'annotation, et en particulier :

celui qui a acquis du titulaire un droit personnel déjà annoté peut-il — en cas de contestation — se fonder sur l'inscription faite au registre foncier au profit de son auteur ?

et celui qui est au bénéfice du droit annoté peut-il se fonder sur l'inscription comme propriétaire au registre foncier de celui qui lui a concédé le droit ?

Pour nous, qui estimons que le droit annoté conserve sa nature de droit personnel, nous ne pouvons admettre, en ces cas, l'application de l'article 973. Cette disposition,

1) P. 145.

en effet, n'accorde de protection qu'à l'acquéreur d'un droit réel, et non pas d'un droit personnel ¹⁾. Celui donc qui, même de bonne foi, acquiert du titulaire le droit personnel déjà annoté, ne peut pas se fonder sur le contenu de l'annotation. Et, de même, celui qui, de bonne foi, acquiert sur l'immeuble un droit personnel qui est ensuite annoté, ne peut pas se fier à l'inscription du constituant comme propriétaire. Car ni l'un, ni l'autre, n'acquièrent un droit réel.

Les partisans de la théorie qui fait du droit annoté un droit réel arrivent logiquement à une solution contraire ²⁾.

Ajoutons qu'en Allemagne, la question est des plus controversée ; elle se pose d'ailleurs autrement que sous l'empire du Cc ³⁾.

§ 4. Du cas où le contenu de l'annotation au registre foncier est différent de celui du droit qui fait l'objet de l'annotation

Le cas peut se produire où le contenu de l'annotation ne concorde pas avec celui du droit qui fait l'objet de l'annotation : par exemple, par suite d'erreur du conservateur ou de ses employés ; ou bien le droit personnel s'est éteint ou transformé sans qu'il ait été procédé à la radiation ou à la modification de l'annotation, etc.

Il s'agit, en ces cas, de savoir ce qui est décisif, des énonciations fournies par le registre foncier ou de la convention conclue entre le titulaire et l'obligé. Une distinction s'impose à ce propos :

Entre parties, la convention faite est décisive (et non point les énonciations fournies par le registre foncier),

1) Wieland, 2, 581.

2) C'est pourquoi M. Scheldegger peut dire en parlant du titulaire : « Sofern er gutgläubig ist, schadet ihm das mangelnde Recht seines Autors nicht. » (133).

3) Cf. BGB, § 892, 893. Voir à ce sujet : Strohal, op. cit. Fuchs, 152 et Othmer, 78, se prononcent affirmativement. Biermann W. u. V., 188 et suiv., et Reichel, 103, négativement.

parce que les contractants ont entendu être liés conformément au contenu de la convention; l'un des contractants ne peut donc pas invoquer l'annotation, si celle-ci lui est plus favorable que la convention. Bien plus, l'exactitude de l'annotation n'est jamais présumée, lors de la réalisation du droit annoté; l'existence de celui-ci, comme son contenu, doivent être prouvés par la convention intervenue entre parties ¹⁾.

Mais à l'égard des tiers, la situation est différente: il va de soi que le tiers qui ne s'est pas expressément engagé à exécuter l'obligation de l'obligé telle qu'elle est fixée par la convention, n'est responsable que dans les limites fixées par l'annotation. Cependant, si le contenu du droit même est moindre que celui de l'annotation, c'est lui qui fera règle à l'égard du tiers, sinon le titulaire s'enrichirait illégitimement; car le tiers jouit des exceptions qui compètent à son auteur. ²⁾

Sous-section IV

Des effets de l'annotation des droits de préemption, d'emption et de réméré

§ 1. En général

Les effets de l'annotation des droits de préemption, d'emption et de réméré sont limités par les articles 681 et 683 à «*tout propriétaire*» de l'immeuble.

L'article 959, al. 2 étend ces effets à «*tout droit postérieurement acquis sur l'immeuble*».

Y a-t-il lieu de combiner cette dernière disposition avec celles renfermées aux articles 681 et 683, selon lesquelles

1) En ce sens, Biermann 187.

2) Voir p. 150.

l'annotation semble plus restreinte en ses effets, et de décider que le titulaire peut, d'une part, acheter ou racheter l'immeuble, non seulement du constituant, mais encore de ses successeurs et qu'il peut, d'autre part, exiger la rupture de tous les droits constitués sur l'immeuble après l'annotation de son droit de préemption, d'emption ou de réméré ?

Si les effets de l'annotation étaient fixés par les seuls articles 681 et 683, on pourrait admettre, nous paraît-il, que l'annotation n'a pour conséquence que d'assurer une reprise légale de la dette du constituant (c'est-à-dire de l'obligation qu'il a assumée à l'égard du titulaire) par les propriétaires subséquents. Mais il n'est pas possible d'ignorer la disposition de l'article 959, al. 2. Qu'a voulu dire le législateur ? Ne faut-il pas déduire de ce défaut de concordance des articles 681 et 683 d'une part, et 959, d'autre part, que la rédaction du Cc a été ici insuffisamment pensée ? Car, comment est-il possible de conférer au droit personnel annoté, ainsi que le fait l'article 959, al. 2, tous les effets d'un droit réel, sans en faire un droit réel ? Nous savons, en effet, que le droit personnel annoté au registre foncier reste un droit personnel.

Nous allons examiner les effets de l'annotation tant à l'égard des propriétaires subséquents de l'immeuble qu'à l'égard des tiers acquéreurs d'un droit sur l'immeuble après l'annotation au registre foncier du droit de préemption, d'emption ou de réméré. Nous fixerons ainsi la portée des dispositions qui nous occupent. Auparavant nous dirons quelques mots des droits constitués sur l'immeuble antérieurement à l'annotation.

§ 2. Les droits de préemption, d'emption et de réméré non opposables aux droits antérieurement acquis sur l'immeuble

Il ressort du texte même de l'article 959, al. 2, *a con-*

trario, que les droits de préemption, d'emption et de réméré ne sont pas opposables aux droits (droits de gage, droits personnels, servitudes, etc.) acquis sur l'immeuble *antérieurement* à l'annotation. Cela va de soi. Des difficultés ne peuvent d'ailleurs jamais surgir à ce propos, attendu que le prix et les conditions de l'achat par le titulaire sont fixés eu égard aux droits et charges portant sur l'immeuble au moment de l'annotation.

Il y a lieu cependant de s'arrêter à la situation spéciale du titulaire lorsque l'office des poursuites procède à la vente de l'immeuble pour couvrir une créance garantie par gage avant l'annotation du droit de préemption, d'emption et de réméré. Dans cette éventualité, encore, le droit du titulaire est primé par celui du créancier-gagiste, plus respectable, parce que plus ancien. Il faut appliquer, en effet, par analogie, l'article 812, al. 2 du Cc qui prescrit: « *Le gage immobilier prime toutes servitudes ou charges foncières dont l'immeuble pourrait être grevé postérieurement sans que le créancier en eût permis la constitution ; elles sont radiées, si lors de la réalisation du gage, leur existence lèse le créancier antérieur.* »

Mais le créancier gagiste n'est pas obligé de demander la radiation du droit annoté. On suivra à cet égard, la procédure établie par l'article 141, al. 3, révisé L. P., ainsi conçu ¹⁾: « *Lorsqu'un immeuble a été grevé d'une servitude ou d'une charge foncière sans le consentement d'un créancier de rang antérieur, ce créancier a le droit de demander la mise aux enchères du fonds avec ou sans indication de la charge nouvelle. Si le prix offert pour l'immeuble vendu avec celle-ci ne suffit pas à payer le créancier, ce dernier peut requérir la radiation de la charge au registre foncier dès que l'immeuble ainsi dégrevé devient réalisable à un prix supérieur.* »

1) Cf. Exp. mot. 608.

» *L'excédent, une fois le créancier désintéressé, est destiné en première ligne à indemniser l'ayant-droit jusqu'à concurrence de la valeur estimative de la charge nouvelle* ».

§ 3. Les droits de préemption, d'emption et de réméré opposables à tout propriétaire de l'immeuble

I

L'annotation de ces droits est, à cet égard, recommandable à la fois dans l'intérêt du titulaire et dans celui du propriétaire ; d'un côté le titulaire ne voit pas son droit s'évanouir lorsque l'obligé aliène l'immeuble : il peut l'exercer contre le tiers acquéreur ; d'un autre côté, le propriétaire qui aliène l'immeuble se met à l'abri de toute réclamation en dommages-intérêts de la part du titulaire, car si celui-ci entend se prévaloir de son droit, il peut le faire même à l'égard de l'acquéreur.

Nous pouvons nous dispenser de commenter ici plus longuement les effets de l'annotation à l'égard des tiers acquéreurs de l'immeuble, c'est-à-dire de tous les successeurs du constituant pendant le délai fixé. Cela, du moins, pour autant qu'il s'agit des droits d'emption et de réméré. Disons cependant que les droits d'emption et de réméré annotés au registre foncier sont opposables même à l'acquéreur de l'immeuble en cas de vente effectuée par l'office dans la poursuite par voie de saisie, dans la poursuite en réalisation de gage ou après faillite ¹⁾.

II

S'agissant du droit de préemption, quelques explications sont cependant nécessaires.

¹⁾ S'agissant du droit de préemption, voir p. 143.

L'article 681, al. 1 Ce prescrit que le droit de préemption annoté au registre foncier subsiste « *contre tout propriétaire* » de l'immeuble objet de la préemption. Nous avons indiqué ci-devant les transformations par lesquelles cet article a passé: suivant l'avant-projet de 1900 le droit de préemption annoté était opposable à « *tout acquéreur* »; suivant le projet de 1904, au « *nouvel acquéreur* » seulement. Le texte définitif concorde ainsi — quant au fond — avec le texte de l'avant-projet: le droit de préemption annoté au registre foncier ne s'éteint donc pas avec la première vente de l'immeuble qui suit l'annotation, mais il peut être opposé à tout propriétaire en cas de ventes successives de l'immeuble. Cette qualité attachée au droit de préemption annoté le distingue du droit de préemption non-annoté qui ne peut être opposé à l'obligé par le titulaire qu'à l'occasion de la première vente de l'immeuble et qui ne peut jamais être opposé au tiers acquéreur.

Le troisième alinéa de l'article 681 Ce paraît, il est vrai être en contradiction avec ce que nous venons de dire, lorsqu'il prescrit que le droit du titulaire « *cesse un mois après le jour où il a connu la vente* ». C'est ainsi que M. Wieland n'hésite pas à dire que le titulaire informé de la vente par l'obligé ou par le conservateur du registre foncier, perd définitivement son droit s'il ne le fait pas valoir dans le mois ¹⁾ et que ce n'est que dans le cas où l'avis au titulaire a été omis que la réalisation du droit de préemption peut être effectuée contre tout acheteur postérieur, pour autant que dix ans ne se sont pas écoulés depuis l'annotation.

Cette interprétation de l'article 681, al. 3, nous paraît erronée. Il faut bien plutôt admettre ²⁾ que l'extinction du droit de préemption dans le mois qui suit la vente

1) Wieland art. 681, rem. 3.

2) Avec Leemann, 218 et Pfeiffer 54 et suiv.

n'est pas une extinction absolue, excluant à tout jamais pour le titulaire le droit d'exercer la préemption, — mais bien une extinction relative, c'est-à-dire restreinte à un seul cas de vente de l'immeuble. Le titulaire donc, qui dans le mois qui suit le moment où il est régulièrement informé de la vente, ne déclare pas exercer la préemption, voit son droit s'éteindre relativement à ce cas de vente, mais il ne perd pas son droit par là-même; il conserve la faculté de l'exercer à l'occasion de chacune des ventes ultérieures de l'immeuble, dans le mois qui suit le moment où il a connaissance de chacune d'elles. Ce, à condition, bien entendu, que ces ventes interviennent dans le délai convenu ou à défaut, dans un délai maximum de dix ans dès l'annotation ¹⁾. Cette extinction relative de l'exercice de la préemption un mois après chaque vente successive de l'immeuble a pour but — une fois ce délai échu — de procurer à l'acquéreur toute la sécurité nécessaire à sa situation de propriétaire.

Plusieurs raisons nous conduisent à adopter la solution que nous venons d'énoncer. Il nous paraît tout d'abord que le remplacement des mots « *nouvel acquéreur* » du projet de 1904 par ceux de « *tout propriétaire* » du texte définitif doit signifier que le législateur a entendu rendre le droit de préemption opposable à tous les acquéreurs de l'immeuble. Sinon le changement apporté au texte primitif ne se justifierait pas. Il nous paraît ensuite que si l'on a voulu donner au droit de préemption une importance pratique — et on l'a assurément voulu — il faut le rendre opposable à tous les acquéreurs successifs.

Ajoutons que nous tenons pour pratiquement impossible le seul cas où M. Wieland admet que le droit de préemption peut être opposable à un acheteur postérieur au premier acheteur, c'est-à-dire le cas où l'avis au titulaire

1) Voir p. 91 et suiv.

a été omis. La loi oblige, en effet, le vendeur, d'une part, et le conservateur du registre foncier, d'autre part, à aviser le titulaire de la vente de l'immeuble. L'article 681, al. 2 dit: « *Le titulaire d'un droit de préemption doit s'il y a vente, être avisé par le vendeur* ». L'article 969 prescrit: « *Le conservateur est tenu de communiquer aux intéressés les opérations auxquelles il procède sans qu'ils aient été prévenus* ». Et il faut évidemment comprendre le titulaire parmi les « *intéressés* » que vise ce dernier article, de l'avis même de M. Wieland ¹⁾. Le titulaire est donc régulièrement avisé de la vente deux fois plutôt qu'une. Sans compter que l'acquéreur lui-même doit veiller à ce que cette formalité soit accomplie; il y va de son intérêt s'il entend à l'avenir jouir tranquillement de l'immeuble.

Comme conséquence logique de son opinion, M. Wieland admet que l'acquéreur est en droit de demander la radiation de l'annotation faite au registre foncier dans le cas où le titulaire n'a pas exercé son droit de préemption dans le mois qui suit la communication de la vente à lui faite ²⁾. Nous ne pouvons, bien entendu, pas admettre cette cause d'extinction du droit de préemption, puisqu'à notre avis le droit de préemption subsiste toujours pour les cas de ventes ultérieures. Si le propriétaire demande au titulaire son consentement à la radiation, ce dernier est parfaitement fondé à le refuser. Et si le propriétaire, s'étant adressé au conservateur a, par impossible, obtenu la radiation d'office de l'annotation par application, ou plutôt par analogie avec l'article 976, al. 1^{er} — en ce cas, le titulaire peut agir au moyen de l'action que l'art. 976, al. 2 met à sa disposition.

Le système du BGB est différent: le droit de préemption n'existe, en principe, que pour le premier cas de

1) Wieland art. 681, rem. 3.

2) Wieland art. 959, rem. 3.

vente faite par l'obligé ou ses héritiers ; mais il peut être conventionnellement établi pour plusieurs cas, ou pour tous les cas de vente ¹⁾.

Le système du Cc est évidemment préférable à celui du BGB ; en effet, l'utilité et l'importance du droit de préemption ne résident pas dans le fait qu'il peut être exercé un nombre de fois plus ou moins grand, mais bien dans le temps pendant lequel il peut être exercé. Il peut arriver, par exemple, que l'immeuble soit vendu en fort peu de temps plusieurs fois (autant de fois même que le prévoit l'annotation) sans que le titulaire trouve à propos d'exercer son droit ; le droit de préemption se trouve alors peut-être éteint au moment où le titulaire a précisément besoin de l'immeuble. De plus, la clarté qui doit caractériser les énonciations du registre foncier disparaît avec le système du BGB, parce que l'acquéreur doit faire des recherches non seulement pour savoir combien de fois l'immeuble a déjà fait l'objet d'un transfert donnant lieu à préemption, mais encore si son acquisition s'y trouve soumise ; de là, peut-être, des contestations portant sur la question de savoir si l'un ou l'autre des transferts était ou n'était pas un cas où le droit de préemption aurait pu être réalisé ; tandis que sous l'empire du Cc un simple soup d'œil dans le registre renseigne l'acquéreur.

Ajoutons qu'à notre avis, les contractants ne peuvent pas, sous l'empire du Cc, restreindre conventionnellement l'exercice du droit de préemption à un nombre déterminé de ventes (une seule ou plusieurs ventes successives), par analogie avec ce que prévoit le BGB. Cela nous paraît résulter du texte même de l'article 681, al 1^{er}, qui dit que le droit de préemption subsiste « pour le temps fixé dans l'annotation » ²⁾.

1) § 1097.

2) Opinion contraire, Leemann, art. 681, rem. 22, in fine.

III

A défaut de convention spéciale fixant un délai plus court, le titulaire peut exercer son droit de préemption, d'emption ou de réméré à l'égard du propriétaire ou du tiers acquéreur au maximum pendant les dix ans qui suivent l'annotation ; ce délai maximum de dix ans est, nous l'avons déjà dit, d'un caractère absolu, mais une nouvelle annotation peut être prise ¹⁾.

Il faut, d'ailleurs, se garder d'attribuer à cette nouvelle annotation les effets du renouvellement de l'inscription hypothécaire du droit français ²⁾, renouvellement qui conserve le rang résultant pour l'hypothèque de l'inscription primitive. Rien de semblable, en effet, ne peut se produire sous l'empire du Cc. Supposons, par exemple, qu'un droit d'emption ait été annoté au registre foncier le 1er juin 1915: cette annotation dure, avec les effets que lui attribue l'article 959, jusqu'au 1er juin 1925. Supposons en outre qu'en 1920 une servitude en opposition avec le droit annoté soit constituée sur l'immeuble. Cette servitude ne peut être attaquée par le titulaire que s'il exerce l'emption jusqu'au 1^{er} juin 1925. S'il l'exerce plus tard, pendant l'effet d'une nouvelle annotation, prise par exemple en mai 1925, il doit subir la servitude, car la nouvelle inscription du droit d'emption faite en mai 1925 n'est pas la continuation de celle prise en juin 1915; c'est un droit nouveau, tout à fait distinct du premier.

IV

Quant au délai d'un mois qui, en cas de préemption, court dès l'instant où le titulaire a connaissance de chaque vente faite au cours du délai maximum de dix ans

1) P. 91 et suiv., 166 et suiv. Leemann, art. 681, rem. 17.

2) Cefr. art. 2154.

dès l'annotation (ou du délai plus court fixé par la convention) il peut, bien entendu, être augmenté ou diminué conventionnellement ; mais ce délai modifié n'est opposable aux tiers, et en particulier à l'acquéreur, que s'il est annoté au registre foncier ¹⁾.

§ 4. Les droits de préemption, d'emption et de réméré opposables aux droits postérieurement acquis sur l'immeuble

I

Il semble, à lire le texte de l'article 959, al. 2, que les droits réels ou autres (droits de gage, servitudes, droits personnels, etc.), constitués par le propriétaire après l'annotation du droit de préemption, d'emption ou de réméré, ne déploient aucun effet à l'égard du titulaire de ces derniers droits.

Telle ne doit pas être, cependant, l'interprétation de cette disposition. Le titulaire ne peut pas, sans autre, et dans tous les cas, exiger la rupture des droits constitués sur l'immeuble postérieurement à l'annotation. C'est seulement dans la mesure où ils excluent ou lèsent le droit de préemption, d'emption ou de réméré, que ces droits postérieurs à l'annotation ne déploient aucun effet à l'égard du titulaire.

Quand y a-t-il contradiction entre ces droits et le droit de préemption, d'emption ou de réméré ?

Il est nécessaire de faire une distinction suivant ce à quoi s'est l'obligé envers le titulaire celui contre qui existe le droit de préemption, d'emption ou de réméré ?

II

A quoi s'oblige, envers le titulaire, le constituant d'un droit de préemption normal ? Il s'oblige seulement à lui

¹⁾ Curti, art. 681, rem. 15. Ord. sur le reg. fonc., art. 71 *in fine*.

donner la préférence sur tout tiers acheteur, à conditions égales. Le propriétaire est libre de ne pas vendre, libre par conséquent de modifier l'état physique et l'état juridique de son immeuble. Il ne contrevient donc pas à son obligation en le grevant de nouveaux droits, réels ou autres; et le fait de l'existence de l'annotation du droit de préemption au registre foncier ne peut donner aux bénéficiaires de ces droits postérieurs, réels ou autres, le sentiment que le propriétaire, en constituant ces droits en leur faveur, lèse le titulaire du droit de préemption.

M. Wieland ¹⁾ s'exprime à ce propos comme suit :
 « ...on ne peut tirer de l'art. 959, al. 2 la conséquence que
 » les droits de gage et autres droits réels constitués par le
 » propriétaire après l'inscription du droit de préemption
 » sont sans effet à l'égard du titulaire du droit de pré-
 » emption. Ce dernier peut seulement exiger que l'immeu-
 » ble lui soit transféré aux conditions du contrat de vente
 » conclu avec le tiers acquéreur, lequel devient proprié-
 » taire de l'immeuble grevé de ses charges ».

Le droit de préemption normal annoté au registre foncier n'est donc pas opposable aux droits postérieurement acquis sur l'immeuble.

Cette opinion est celle de la majorité des auteurs allemands ²⁾ qui invoquent le § 505, al. 2 BGB ainsi conçu :
 « Avec l'exercice du droit de préemption, la vente entre
 » l'ayant-droit et l'obligé se trouve réalisée conformément
 » aux dispositions convenues entre l'obligé et le tiers ». Ces auteurs tirent de ce texte ces deux conséquences :
 1° que le prix étant nécessairement celui convenu entre l'obligé et le tiers, est, dans tous les cas, établi en regard aux charges dont l'immeuble est grevé ; 2° que ces char-

1) 1, 312.

2) Dernburg, Das burg. Recht, 2, 2, 96 (2me éd.). Cependant, dans la 3me édition 1906 l'auteur accorde au titulaire la faculté de réclamer la suppression des charges, moyennant augmentation correspondante du prix (117). Staudinger-Kober 356. Turnau-Förster 1, 479. Planck § 1098, rem. 3 b.

ges sont par là-même opposables au titulaire du droit de préemption ¹⁾).

III

A quoi s'oblige, envers le titulaire, le constituant d'un droit d'emption ou d'un droit de réméré ? Il s'oblige généralement à lui vendre l'immeuble à des conditions déterminées. En cas d'emption et de réméré, le prix est généralement fixé d'avance. L'obligé est tenu implicitement de maintenir l'immeuble dans l'état physique et juridique où il était au moment de la constitution du droit d'emption ou du droit de réméré. Il contrevient à son obligation en grevant l'immeuble de nouveaux droits, réels ou autres ; et le fait de l'existence de l'annotation du droit d'emption ou de réméré doit donner au bénéficiaire de ces droits constitués postérieurement à l'annotation, le sentiment que le propriétaire, en les constituant lèse le droit d'emption ou de réméré.

Les droits réels ou autres, constitués sur l'immeuble après l'annotation du droit d'emption ou de réméré, ne sont donc, en cette éventualité, pas opposables au titulaire du droit annoté, lorsque le titulaire en demande la rupture.

Autrement en est-il, *in dubio*, lorsque le droit d'emption ou de réméré ne doit pas s'exercer pour un prix fixé d'avance, mais pour un prix à déterminer selon certaines normes indiquées (valeur vénale, expertise, par exemple), — parce que le droit constitué de la sorte laisse au propriétaire une plus grande liberté que lorsque le prix a été fixé d'avance.

1) Biermann, cependant, fait exception, § 1098, rem. 2. Il invoque le deuxième alinéa du § 1098 BGB ainsi conçu : « A l'égard des tiers, le droit de préemption a l'effet d'une annotation garantissant le droit au transfert de propriété qui résulte de l'exercice de la préemption », et combinant ce texte avec le § 883, al. 2, suivant lequel « tout acte de disposition sur l'immeuble est nul dans la mesure où il a pour effet de supprimer ou de l  ser le droit annoté », il arrive à cette conclusion que le titulaire peut demander la radiation de tous les droits constitués sur l'immeuble après l'inscription du droit de préemption, pourvu qu'ils lèsent ce dernier.

IV

Le titulaire d'un droit d'emption ou de réméré qui doit être exercé à des conditions fixées d'avance n'est pas tenu d'exiger la rupture à son égard des droits constitués sur l'immeuble après l'annotation de son droit au registre foncier. Il peut fort bien les laisser subsister. En cette occurrence, le prix d'achat doit donc subir une diminution : le prix fixé d'avance est diminué de la valeur des charges constituées sur l'immeuble postérieurement à l'annotation.

V

Dans le cas de réalisation du droit de préemption anormal dont les conditions sont fixées d'avance, il y a lieu d'admettre, à notre avis, que le titulaire peut exiger la rupture des charges. S'il les laisse subsister, le prix (fixé d'avance) est diminué de la valeur de ces charges.

VI

Le droit constitué postérieurement à l'annotation du droit de préemption peut avoir été constitué non pas par le propriétaire, mais par le tiers devenu acquéreur de l'immeuble, avant que le titulaire du droit de préemption ait déclaré qu'il exerce son droit. Dans quelle mesure la charge ainsi constituée est-elle opposable au titulaire du droit de préemption ?

Les auteurs allemands décident tous, en ce cas, que le titulaire peut en exiger la rupture sans restriction aucune ¹⁾ lorsqu'il exerce son droit de préemption.

1) Cosack 2, 319. Planck, § 1098, rem. 3. Kettmann 59. Marschlewszki 50.

VII

Le tiers acquérant un droit portant sur un immeuble grevé d'un droit de préemption, d'emption ou de réméré, dont l'exercice se produira pour un prix fixé d'avance, peut éviter toute action du titulaire, en obtenant préalablement le consentement du titulaire à la constitution du droit qu'il acquiert ¹⁾.

VIII

Les droits de préemption, d'emption et de réméré ne peuvent s'exercer contre le propriétaire que dans le délai maximum de dix ans dès l'annotation, avons-nous dit. De même, ils ne sont opposables aux droits postérieurement acquis sur l'immeuble, et dans la mesure que nous venons de fixer, que pendant ce même délai de dix ans. Mais s'ils ont été réalisés dans ce délai, ne peuvent-ils en aucun cas être opposés aux tiers après l'expiration du délai ? Supposons par exemple un droit d'emption annoté en 1915; en 1920 le propriétaire greève l'immeuble d'une servitude en opposition avec le droit d'emption ; en 1925, à l'expiration du délai de dix ans, le titulaire déclare exercer son droit; mais le propriétaire s'y oppose ; le procès est jugé en 1926 en faveur du titulaire, qui devient propriétaire en vertu de son droit d'emption. Le titulaire devenu propriétaire ne pourra-t-il pas alors, bien que le délai de dix ans dès l'annotation soit expiré, poursuivre la rupture de la servitude qui le lèse ? Il semble que l'équité exige qu'il en soit ainsi, du moins lorsque le titulaire agit contre le tiers sans délai après qu'il est devenu propriétaire de l'immeuble.

1) Kettmann 58, 59. Marschlewski 49. Cf. Cc., art. 812, al. 2.

*Section II****De la réalisation des droits
de préemption, d'emption et de réméré
annotés au registre foncier*****§ 1. Généralités****I**

Il est inutile de dire que les droits de préemption, d'emption et de réméré doivent être valablement constitués pour pouvoir être réalisés; il faut donc qu'ils aient leur fondement dans un contrat ou un autre acte juridique valable et qu'ils soient annotés au registre foncier sur le fenillet consacré à l'immeuble grevé. Nous n'avons pas à revenir sur ces exigences que nous avons déjà examinées.

II

Nous avons dit précédemment que les droits d'emption et de réméré se distinguent essentiellement du droit de préemption en ce qu'ils peuvent être exercés pendant le délai par le titulaire, quand celui-ci le veut bien; tandis que le droit de préemption ne peut être exercé qu'en cas de vente de l'immeuble à un tiers. Le propriétaire d'un immeuble soumis à un droit d'emption ou de réméré peut donc s'attendre chaque jour à subir la réalisation du droit. Tandis que le propriétaire d'un immeuble qui fait l'objet d'un droit de préemption est parfaitement libre de vendre et de choisir le moment où il vendra, ou de ne pas vendre son immeuble et d'empêcher, en ce dernier cas, l'exercice du droit de préemption.

Nous avons dit que la condition principale mise à l'exercice du droit de préemption, soit la conclusion d'un contrat de vente entre l'obligé et un tiers, n'existe pas pour la réalisation des droits d'emption et de réméré. Le titulaire de l'un de ces derniers droits peut conséquemment l'exercer contre le constituant, ou si celui-ci n'est plus propriétaire de l'immeuble contre le successeur du constituant. Et le débiteur, lorsqu'il vend l'immeuble à un tiers, n'a pas l'obligation d'aviser de la vente le titulaire.

Il résulte de ce qui précède que la réalisation du droit de préemption est soumise à des conditions spéciales. Nous allons examiner celles-ci dans le paragraphe 2 ci-après.

III

L'annotation des droits de préemption, d'emption et de réméré a pour effet principal de les rendre opposables aux successeurs du constituant dans la propriété de l'immeuble. Faut-il entendre par successeur, non seulement l'acquéreur de la totalité de l'immeuble, mais encore l'acquéreur d'une portion divisée ou d'une portion idéale de l'immeuble ? En d'autres termes, les droits de préemption, d'emption et de réméré sont-ils opposables même à l'acquéreur de cette portion ?

Il faut évidemment résoudre cette question affirmativement ¹⁾, en faisant application, par analogie, de l'article 744, al. 1 Cc.

Mais quelle est la situation lorsque le titulaire subit un préjudice du fait du morcellement de l'immeuble ? Nous avons déjà dit que l'annotation du droit n'a pas pour effet d'empêcher le propriétaire de vendre l'immeuble ; le propriétaire peut donc le morceler ; mais il est clair que si le titulaire subit un préjudice du fait de cette opéra-

1) Leemannu, art. 681, rem. 18.

tion, le propriétaire en doit réparation en vertu des règles générales du CO. Cela, du moins, en cas d'emption et de réméré.

En effet, les pactes d'emption et de réméré sont, *in dubio*, conclus sous la condition tacite du maintien de l'immeuble dans le même état pendant le délai fixé pour l'exercice du droit; en conséquence l'obligé porte, en principe, atteinte à l'intégrité de l'immeuble lorsqu'il le morcelle ¹⁾.

Nous estimons donc que le titulaire, ne pouvant pas empêcher le propriétaire de vendre une portion de l'immeuble grevé de l'un de ces droits, peut réclamer de lui des dommages-intérêts. Cela sans préjudice à son droit d'exercer à l'encontre de l'acquéreur de la portion vendue, et relativement à cette portion, son droit d'emption ou de réméré, s'il le juge à propos.

Pratiquement parlant, il semble d'ailleurs que le titulaire d'un droit d'emption ou de réméré ne subisse aucun préjudice sensible du fait du morcellement de l'immeuble, attendu que le droit dont l'immeuble est grevé suit chacune des portions vendues, ainsi que nous venons de le dire. Le titulaire se trouve, sans doute, en ces cas en face de plusieurs obligés plutôt qu'en face d'un seul, — ce qui complique l'exercice de son droit: il aura, en effet, autant de déclarations à faire que les portions de l'immeuble comptent de propriétaires, et éventuellement autant d'actions à exercer.

Qu'en est-il en cas de préemption? Nous avons admis que le propriétaire de l'immeuble grevé d'un droit de préemption normal peut faire de son immeuble ce qu'il veut, en particulier en modifier à son gré l'état physique et l'état juridique, sans contrevenir à ses obligations à l'égard du titulaire. En conséquence, le propriétaire n'est,

à notre avis, en aucun cas tenu à réparation du dommage subi par le titulaire du droit de préemption du fait du morcellement de l'immeuble. Et pourtant le dommage apparaît plus nettement en cas de préemption qu'en cas d'emption ou de réméré: le titulaire se trouve, en effet, mis en demeure d'exercer son droit relativement à la portion vendue seulement, tandis qu'il ne peut l'exercer relativement au surplus de l'immeuble, resté propriété de l'obligé (puisque le propre du droit de préemption est précisément de ne pouvoir être réalisé qu'en cas de vente à un tiers); le droit de préemption du titulaire se trouve souvent par là devenu inutile, sinon illusoire.

La solution contraire doit être admise, c'est-à-dire que l'obligé peut être tenu à des dommages-intérêts, lorsque l'immeuble morcelé est soumis à un droit de préemption qualifié, parce qu'en cette éventualité, le droit a été constitué sous la condition tacite du maintien de l'immeuble dans le même état pendant le délai fixé pour l'exercice du droit. Cela, sans préjudice à la réduction du prix d'achat; le titulaire ne doit, en effet, que la quote-part du prix afférente à la portion vendue.

L'action en dommages-intérêts du titulaire contre l'obligé qui a morcelé l'immeuble au mépris de ses obligations naît, non pas au moment du morcellement de l'immeuble, mais seulement à l'instant où le titulaire déclare exercer son droit.

§ 2. Conditions spéciales nécessaires à la réalisation du droit de préemption

I

La condition la plus importante mise à l'exercice du droit de préemption est la conclusion d'un contrat de vente entre l'obligé et un tiers.

Il n'y a donc pas lieu, pour le titulaire, à exercer son droit lorsque l'aliénation de l'immeuble en faveur du tiers résulte, non pas d'une vente, mais :

a) d'une disposition légale (par exemple en cas de prescription acquisitive et de succession ab-intestat);

b) de dernières volontés ou d'une déclaration unilatérale de volonté ¹⁾;

c) d'un contrat autre qu'une vente.

Cependant, relativement à ce dernier cas et en dérogation à la règle ci-dessus posée, la majorité des auteurs allemands admettent que le droit de préemption peut être exercé par le titulaire lorsque l'immeuble fait l'objet de contrats d'aliénation proches parents de la vente, tels que la *datio in solutum* et le *contractus aestimatorius* ²⁾. Mais qu'il s'agisse d'un échange, d'une donation entre vifs, d'une transaction ou d'un apport dans une société en nom collectif, il ne peut être loisible au titulaire d'exercer son droit à l'égard du tiers, à moins que ces cas n'aient été expressément et spécialement prévus comme donnant lieu à exercice du droit de préemption ³⁾, et que cette convention figure dans l'annotation. Un titulaire prudent doit, d'ailleurs, s'il est désireux d'exercer la préemption, prendre la peine d'examiner sérieusement tout acte d'aliénation de l'immeuble, afin de savoir si cet acte ne renferme pas une vente déguisée; il y a lieu d'appliquer éventuellement l'article 18 CO. Il va de soi, au surplus, que dans les cas de donation, d'échange, etc. (où il n'y a donc pas lieu pour le titulaire à exercer son droit), le donataire, l'échangiste, etc., sont tenus, pour le cas où eux-mêmes viendraient à vendre l'immeuble, des mêmes obligations que le donateur, le coéchangiste, etc., à l'égard du titulaire.

1) Katz 49.

2) Katz 48.

3) Wieland, art. 681, rem. 3. Leemann, art. 681, rem. 14. Cf. Exp. mot. 479, selon lequel, dans ces contrats autres que la vente, le droit de préemption ne peut être stipulé qu'avec effet personnel et n'est pas annotable au registre foncier.

II

Que faut-il entendre par « vente » au sens de l'art. 681 ? Est-il nécessaire que le propriétaire ait conclu avec le tiers un contrat de vente proprement dit (qui doit être fait sous forme authentique et qui n'est d'ailleurs pas translatif de propriété, mais en vertu duquel le transfert sera opéré au registre foncier) ? Faut-il exiger tout au moins que le propriétaire et le tiers aient conclu une promesse de vente synallagmatique, c'est-à-dire doublée d'une promesse d'achat (acte qui équivaut d'ailleurs, à une vente, en ce sens que les contractants s'obligent à passer, dans les formes légales, le contrat de vente proprement dit) ? Suffit-il que le tiers ait fait au propriétaire une offre d'achat ?

Les textes ne nous indiquent pas quelles sont l'intention et la volonté du législateur sur ce point. Il est permis de déplorer ce silence.

Nous croyons qu'une exégèse trop littérale de l'art. 681 n'est pas en place. Il serait, à notre avis, trop rigoureux d'exiger que le propriétaire ait conclu avec le tiers un contrat de vente proprement dit pour que le titulaire soit à même d'exercer son droit de préemption, et qu'inversément le titulaire puisse être contraint de déclarer qu'il exerce — ou qu'il n'exerce pas — la préemption. Il nous paraît que le titulaire est à même d'exercer son droit de préemption et qu'il peut être mis en demeure de se prononcer dans les cas suivants :

1. Lorsqu'un contrat de vente proprement dit a été conclu par le propriétaire avec le tiers.

2. Lorsqu'une promesse de vente synallagmatique a été conclue par eux ou que le tiers a souscrit une promesse d'achat.

3. Lorsque le tiers a fait au propriétaire une offre que celui-ci est prêt à accepter.

N'y aurait-il pas lieu d'opposer l'article 2, al. 1 Ce au titulaire qui exigerait que le propriétaire lui soumette un acte de vente ou tout au moins une promesse de vente de l'immeuble ?

Mais s'il suffit que le tiers ait fait au propriétaire une offre sérieuse que celui-ci est prêt à accepter, pour que le titulaire puisse être contraint de se prononcer, il nous paraît qu'une déclaration du tiers par laquelle celui-ci se dit simplement disposé à acheter l'immeuble n'est pas suffisante. Il ne suffit pas, non plus, que le propriétaire ait constitué un droit d'emption au profit d'un tiers ou un droit de réméré au profit de son vendeur.

L'offre du tiers doit être précise; elle doit contenir les clauses essentielles auxquelles le tiers achètera l'immeuble ; le prix doit, en particulier, être déterminé ou déterminable.

III

La « vente », qu'il s'agisse d'un contrat ou d'une offre d'achat, doit être sérieuse et valable. Si l'obligé et le tiers ont conclu un contrat de vente proprement dit, ou une promesse d'achat, l'acte doit, en particulier, répondre aux exigences formelles de la loi et de la jurisprudence. Si l'acte est nul, le droit de préemption ne saurait être réalisé et si malgré ce vice, il a été réalisé, il y a lieu de revenir en arrière à la demande du titulaire devenu acquéreur ou de l'obligé vendeur.

Lorsque le contrat conclu par l'obligé avec le tiers a été simulé, soit que les parties aient masqué la vente conclue en réalité par elles sous l'apparence d'une donation, soit qu'elles aient majoré le prix réel, soit qu'elles n'aient, en réalité, pas voulu conclure une vente sérieuse, la preuve de la simulation profite au titulaire qui s'en prévaut et la situation se présente comme suit :

Lorsque pour éluder le droit de préemption, les contractants (obligé et tiers) ont conclu une vente déguisée sous le nom de donation (ou d'un autre contrat qui ne donne pas lieu à exercice de la préemption), le titulaire pourra, sans doute, se faire substituer, par jugement, au pseudo-donataire, en exécutant les mêmes prestations que ce dernier. Lorsque dans le même but ils ont majoré le prix réel, le titulaire pourra de même toujours se faire substituer à l'acquéreur pour le prix véritable.

Lorsque dans le but d'amener le titulaire à exercer son droit de préemption plus tôt, les contractants ont conclu une vente qui en réalité n'est pas sérieuse, le titulaire qui a exercé son droit peut faire annuler son acquisition pour cause de dol ¹⁾, et, en particulier, se faire restituer le prix qu'il a versé. Il en sera de même, si, dans le but d'extorquer au titulaire une somme supérieure à la valeur réelle de l'immeuble, les contractants ont majoré le prix de vente.

Le tout sans préjudice à tous dommages-intérêts dus par les simulateurs et à leur responsabilité pénale.

Il est inutile d'ajouter que la preuve de la simulation sera des plus difficile à administrer ²⁾.

Quid, lorsqu'une donation a été conclue sous forme de vente ?

Y a-t-il lieu pour le titulaire d'exercer la préemption en cette éventualité que l'on peut plus facilement concevoir que l'éventualité inverse à cause des droits fiscaux qui frappent la donation ? Le titulaire n'est-il pas en droit de considérer qu'il y a eu véritablement vente et que la libé-

1) CO. art. 28 et 31. Immerwahr 318 cite à ce propos l'exemple que voici : Le propriétaire d'un immeuble invendable finit par le louer à un fermier, avec stipulation d'un droit de préemption en faveur de celui-ci. Pour se débarrasser de l'immeuble, il simule une vente et amène ainsi le fermier à exercer son droit de préemption plus tôt que ce dernier n'en avait l'intention. Il ne s'agit pas là, dit l'auteur, d'une préemption, mais bien d'une simple vente que le fermier a conclue ensuite de dol et qu'il peut ainsi attaquer.

2) CO. art. 18.

ralité de l'aliénateur n'a pas l'immeuble pour objet, mais bien le prix dont il fait remise à l'acquéreur ? On pourrait ainsi conclure qu'il n'y a pas donation déguisée portant sur l'immeuble, mais bien vente réelle et que la préemption peut s'exercer.

IV

L'obligé est tenu (art. 681, al. 2) d'informer sans délai le titulaire de la « vente », c'est-à-dire de l'informer qu'il a vendu l'immeuble au tiers, ou, tout au moins, qu'il se détermine à le vendre à ce tiers. L'obligé doit, de plus, donner connaissance au titulaire des conditions de la « vente », c'est-à-dire, lui produire le contrat de vente proprement dit ou la promesse d'achat, si l'un ou l'autre de ces actes a été signé, ou, à défaut, lui communiquer l'offre faite par le tiers amateur. Le titulaire exerce, en effet, son droit de préemption aux conditions convenues avec le tiers, — sauf le cas anormal où les conditions ont été fixées d'avance (droit qualifié).

Cette communication faite par l'obligé au titulaire est un acte unilatéral de l'obligé; elle n'est pas une offre. Elle doit, *in dubio*, être faite immédiatement ¹⁾ et l'obligé vendeur qui néglige d'aviser le titulaire est, en principe, tenu à des dommages-intérêts en vertu des règles générales du droit. Le Cc, de même que le BGB, ne prescrit pas la forme en laquelle cette communication doit être faite, au contraire du droit prussien (1. 20 § 608). Mais le vendeur prudent devra, bien entendu, se conformer aux conventions faites, cas échéant, sur ce point, et il fera bien, en tout cas, de choisir une forme qui assure la preuve du moment et du contenu de la communication, par exemple une signification faite par le fonctionnaire compé-

1) Cf. CO. art. 75. BGB. § 121.

tent à teneur de la législation cantonale, ou la lettre chargée ¹⁾).

D'un autre côté, il faut admettre que le titulaire auquel la « vente » vient d'être communiquée, a, si le contrat de vente même ne lui est pas produit, le droit d'exiger de l'obligé tous les renseignements utiles, y compris le nom du tiers acquéreur ²⁾, ainsi que celui d'être mis à même de vérifier les assertions de l'obligé ³⁾).

Le conservateur du registre foncier est, lui aussi, tenu de communiquer la vente au titulaire, en vertu de l'article 969, al. 1, Cc, pour autant du moins qu'il en a connaissance.

C'est à partir du moment où le titulaire a ainsi connaissance de la vente conclue entre l'obligé et le tiers, que court le délai d'un mois fixé par l'article 681, al 3 ⁴⁾ pendant lequel le titulaire peut exercer son droit de préemption; rappelons que ce délai peut être augmenté ou diminué du consentement des parties, mais en ce cas, pour être opposable aux tiers (c'est-à-dire en particulier au tiers acquéreur) il doit figurer dans l'annotation faite au registre foncier.

Quant au tiers acquéreur, il n'a nullement l'obligation d'informer le titulaire de la vente. Faut-il admettre qu'il a le droit de lui en donner connaissance et que, s'il agit de la sorte, l'avis donné par lui au titulaire fait courir le délai de l'article 681, al. 3 ? Oui, sans doute. Cette solution est donnée expressément par le BGB ⁵⁾; elle peut être adoptée sous l'empire du Cc en invoquant l'analogie des dispositions relatives à la cession des créances et à la constitution de gage sur les créances ordinaires: en ces cas, la loi admet, d'une part, que la cession peut être por-

1) Immerwahr 322.

2) E. Jaeger 96.

3) Katz 73

4) Cf. art. 969, al. 2.

5) § 510, al. 1 et § 1099.

tée à la connaissance du débiteur aussi bien par le cédant que par le cessionnaire ¹⁾, et d'autre part, que le créancier-gagiste, comme le constituant, peut donner avis de l'engagement au tiers débiteur ²⁾. Il est évident que le tiers acquéreur, qui a intérêt à être fixé au plus tôt sur le sort de son acquisition, fera bien à tout le moins, de s'assurer que la communication a été régulièrement faite au titulaire par l'obligé.

Faut-il, avec moins de rigueur encore, admettre que la connaissance de la « vente », obtenue par le titulaire de toute autre manière que celles indiquées précédemment soit suffisante pour faire courir le délai ? Le texte français de l'article 681, al. 3 permet de décider que peu importe la manière dont le titulaire a eu connaissance de la « vente ».

Lorsque le titulaire a reçu plusieurs avis de la « vente », c'est dès la réception du premier d'entr'eux, donné régulièrement, que le délai commence à courir.

V

Contrairement à une proposition qui avait été faite au sein de la commission d'experts ³⁾, le droit de préemption annoté au registre foncier est opposable à l'acquéreur de l'immeuble en cas de vente effectuée par l'office dans la poursuite par voie de saisie, dans la poursuite en réalisation de gage ou après faillite. En cas de vente après saisie ou après faillite, le titulaire peut donc exercer son droit à l'encontre du tiers acquéreur dans le mois; et si le titulaire ne l'exerce pas à cette occasion, il pourra l'opposer lors des ventes subséquentes de l'immeuble au cours du délai de validité de l'annotation.

1) CO. art. 167.

2) Cc. art. 900, al. 1.

3) Procès-verbaux 62.

Cette solution est critiquable. Le BGB a, pour de bonnes raisons, adopté la solution contraire; il décide, au § 512, que le droit obligatoire de préemption est exclu lorsque la vente s'effectue par voie d'exécution forcée ou par les soins du syndic de la faillite; en ce qui concerne le droit réel de préemption le § 1098, al. 2 du BGB distingue suivant que l'immeuble est vendu à l'amiable par le syndic ou qu'il est vendu aux enchères; dans le premier cas le droit de préemption peut être exercé; dans le second, il ne peut l'être.

La solution fournie par le BGB est dans l'intérêt des créanciers du propriétaire: elle rend possible, en effet, une réalisation équitable des biens, ce qui n'est pas le cas sous l'empire du Cc.

Relativement au cas où l'immeuble est grevé de droits de gage constitués antérieurement à l'annotation du droit de préemption au registre foncier, nous renvoyons à ce que nous avons déjà dit précédemment ¹⁾ en rappelant qu'il y a lieu d'appliquer tout d'abord l'article 812, al. 2 du Cc et de suivre la procédure établie par l'article 141, al. 3 révisé LP ²⁾.

Le titulaire est-il mis en demeure d'exercer son droit par l'avis qu'il reçoit conformément aux articles 139 et 156 LP en sa qualité d'intéressé inscrit dans les registres publics ? Nous ne le croyons pas ; nous sommes bien plutôt d'avis qu'en ce cas, comme en cas de vente amiable, le titulaire doit être avisé expressément de la vente effective de l'immeuble et non pas seulement du fait que l'immeuble est exposé en vente ³⁾; cet avis incombe sans doute à l'administrateur de la faillite ou à l'office des poursuites.

1) p. 424.

2) Cf. Expos. mot. 603.

3) Opinion contraire : *Rossel et Mentha*, 2, 61.

VI

Ajoutons qu'en cas d'enchères faites librement par le propriétaire, le titulaire a, bien entendu, la faculté d'exercer son droit de préemption à l'encontre du tiers acquéreur; son abstention à l'enchère, dans le cas où il a été informé de celle-ci, ne peut pas être considérée comme une renonciation à son droit ¹⁾; une telle présomption est en contradiction avec la lettre même de l'article 681, al. 3 Cc.

Il faut, ici encore, appliquer la règle générale que nous avons posée et admettre que le délai d'un mois ne court que dès le jour où le titulaire a été avisé de la vente effectuée, c'est-à-dire, dans l'éventualité qui nous occupe, de l'adjudication prononcée; celle-ci étant une promesse de vente doublée d'une promesse d'achat équivaut, en effet, à une vente au sens de la loi.

§ 3. Exercice des droits de préemption, d'emption et de réméré par le titulaire

I

Le titulaire exerce son droit d'emption ou son droit de réméré par une simple déclaration de volonté, adressée au propriétaire de l'immeuble, inscrit comme tel au registre foncier. En cas de préemption, la déclaration est adressée à l'obligé vendeur, lorsque l'immeuble n'est pas encore transféré au tiers-acquéreur, et au tiers acquéreur, lorsque l'inscription de l'acquéreur a été effectuée au registre foncier. Cette déclaration est un acte juridique unilatéral dont le Cc ne fixe pas la forme; elle peut donc être faite oralement ou par écrit, mais au point de

1) Opinion contraire: Rossel et Mentha 2. 61.

vue de la preuve, la forme écrite est évidemment préférable. Son contenu doit être précis: le titulaire déclare dans le délai fixé qu'il exerce son droit sur tel immeuble; en cas de préemption, le titulaire doit ajouter qu'il l'exerce sur la base des conditions de la vente conclue par l'obligé Y avec le tiers Z ou, si une telle convention existe, sur la base des conditions annotées au registre foncier. Il n'est pas nécessaire que la déclaration soit acceptée par le destinataire, (obligé ou tiers). Première conséquence de cette règle: il suffit que le destinataire reçoive la déclaration. C'est donc en vain qu'il refuserait la lettre qui renferme la déclaration du titulaire ou qu'il la retournerait avec la mention qu'il n'accepte pas la déclaration, car l'obligé comme le tiers, est lié par la déclaration du titulaire, même contre sa propre volonté. Autre conséquence: la déclaration est irrévocable ¹⁾.

En cas de pluralité des titulaires ou des propriétaires obligés, il y a lieu d'appliquer soit les règles de la propriété commune, soit celles de la copropriété.

S'il y a plusieurs destinataires, la déclaration doit leur être notifiée à eux tous, à moins qu'ils n'aient élu un domicile commun.

Si le destinataire est pourvu d'un représentant légal, c'est à ce dernier que la déclaration doit être adressée.

La déclaration ne déploie ses effets que si elle est faite par un titulaire capable; elle doit parvenir à l'obligé dans le délai de validité de l'annotation ²⁾; en outre, en cas de préemption, elle doit parvenir au destinataire dans le délai légal d'un mois dès le moment où le titulaire a été régulièrement avisé de chacune des ventes de l'immeuble ³⁾ (sauf stipulation d'un délai plus long ou plus court, possible, ainsi que nous l'avons dit). Si le titulaire du

1) Immerwahr 325.

2) Voir p. 91 et suiv.

3) Cf. CO. art. 10.

droit de préemption laisse s'écouler le délai d'un mois (ou le délai conventionnel plus ou moins long) sans prendre parti, son droit s'éteint relativement à la vente qui lui a été communiquée.

Dans le cas où le même immeuble fait l'objet de plusieurs droits de préemption ou d'emption, leur rang est déterminant pour leur exercice; si ces droits sont constitués à rang égal, il y a lieu, dans le doute, d'admettre que le titulaire qui le premier a déclaré vouloir exercer son droit a la priorité sur les autres ¹⁾.

II

L'immeuble soumis à un droit de préemption normal peut avoir été vendu plusieurs fois de suite pendant le délai (*in dubio*, un mois) réservé au titulaire pour faire sa déclaration: L'obligé peut avoir vendu l'immeuble à un tiers; ce tiers peut l'avoir revendu à un autre, etc. Lequel de ces contrats de vente successifs doit fixer les conditions de la vente au titulaire? Le premier ou le dernier? A qui doit être adressée la déclaration du titulaire? Nous croyons que le titulaire est en droit de s'exécuter aux conditions de celui des contrats de vente successifs qu'il lui plaît de choisir ²⁾. En cas pareil, la déclaration du titulaire est adressée au dernier tiers-acquéreur inscrit au registre foncier, tenu au délaissement de l'immeuble.

§ 4. Effets de l'exercice des droits de préemption d'emption et de réméré par le titulaire

I

Nous avons déjà parlé des effets que l'annotation des droits de préemption, d'emption et de réméré produit à

1) Leemann, art. 681, rem. 21.

2) Katz 77.

l'égard des tiers. Nous avons à examiner ici les effets qui résultent de la déclaration même du titulaire, par laquelle celui-ci exerce son droit. Ces effets peuvent se manifester dans deux directions:

- 1° dans les relations entre le titulaire et l'obligé;
- 2° dans les relations entre le tiers et son auteur.

II

L'effet principal de la déclaration par laquelle le titulaire exerce son droit est de créer, à charge du propriétaire, l'obligation de transférer la propriété de l'immeuble au titulaire. Le propriétaire à qui incombe cette obligation peut être, ou bien celui qui a constitué le droit de préemption, d'emption ou de réméré, (constituant), ou bien un acquéreur postérieur de l'immeuble.

Cette obligation de transférer la propriété de l'immeuble est exécutée normalement, c'est-à-dire amiablement, par la conclusion d'un contrat de vente, qui ne peut être qu'un contrat revêtant la forme authentique. L'article 657 al. 1 prescrit, en effet, que « *Les contrats ayant pour objet le transfert de la propriété ne sont valables que s'ils sont reçus en la forme authentique.* » Et l'ordonnance sur le registre foncier dit, article 18, que la justification à produire pour l'inscription de la propriété est, en cas de convention, un acte authentique, et il faut entendre par là un acte authentique ayant pour objet précisément le transfert de la propriété. Certains auteurs ¹⁾, il est vrai, décident que le transfert de propriété peut être opéré par le conservateur du registre foncier sur simple réquisition du propriétaire de l'immeuble et sans stipulation d'un acte authentique, pour la raison que le pacte de préemption, d'emption ou de réméré constituerait l'acte authentique et que le contrat de vente se trouverait

1) Leemann, art. 681, reu. 27.

parfait entre le propriétaire et le titulaire dès l'instant où ce dernier a déclaré qu'il exerce son droit. Mais cette opinion est évidemment erronée, car le pacte de préemption, d'emption ou de réméré n'a pas pour objet le transfert de la propriété, mais bien la création d'un droit conditionnel au transfert. Et, de plus, le pacte de préemption peut être conclu sous seings privés (tout au moins le pacte normal ¹⁾), alors que la forme authentique est nécessaire pour permettre le transfert de la propriété.

L'obligation de transférer la propriété de l'immeuble est exécutée normalement par la conclusion d'un contrat de vente sous forme authentique, disons-nous. Mais le propriétaire peut se refuser à signer le contrat de vente. En cette éventualité, le titulaire doit s'adresser aux tribunaux et exercer contre le propriétaire une action judiciaire en attribution du droit de propriété; le jugement rendu remplace le contrat ayant pour objet le transfert.

Les effets de la déclaration sont, en cas de préemption, différents suivant que le tiers acquéreur de l'immeuble est inscrit comme propriétaire au registre foncier ou ne l'est pas encore:

Si le transfert de la propriété n'a pas encore été opéré au registre foncier au nom du tiers acquéreur, — ce qui, en vérité, sera en pratique le cas le plus fréquent — le titulaire a le droit d'exiger que le propriétaire inscrit, soit l'obligé vendeur, consente au transfert de l'immeuble en son nom; en cas de refus de l'obligé de consentir amiablement au transfert, il a le droit d'exercer contre lui l'action judiciaire en attribution du droit de propriété dont nous venons de parler.

Si, au contraire, le transfert de la propriété a déjà été opéré au registre foncier au nom du tiers-acquéreur, alors l'action en attribution du droit de propriété est di-

1) Voir p. 58 et suiv.

rigée contre le tiers: c'est ici que se manifestent les effets réels spéciaux du droit de préemption.

Le titulaire peut donc exiger que le défendeur lui transfère l'immeuble aux prix et conditions convenus entre le tiers et l'obligé, ou en cas de droit de préemption qualifié aux prix et conditions indiqués dans le registre foncier; de plus, le titulaire est en droit de réclamer le transfert de la possession sur l'immeuble et éventuellement la restitution des fruits perçus par le tiers.

Le propriétaire de l'immeuble — obligé originaire ou tiers acquéreur — a droit naturellement aux contre-prescriptions dûes par le titulaire. En ce qui concerne plus spécialement le prix de vente, nous renvoyons aux §§ 5 et 6 ci-après. De plus, le propriétaire de l'immeuble peut opposer au titulaire les exceptions qui lui compètent à raison du rapport personnel dont le droit de préemption fait partie; le tiers-acquéreur peut faire valoir à l'égard du titulaire les exceptions résultant de ce rapport et que le constituant aurait pu opposer lui-même: par exemple, extinction du contrat de bail générateur du droit de préemption, nullité du testament dans lequel le droit a son fondement, inaccessibilité ou intransmissibilité à cause de mort de la qualité de titulaire ¹⁾, etc. Nous verrons plus loin qu'une fois le rapport personnel disparu (extinction du contrat de bail, etc.), le tiers, comme l'obligé (bailleur, etc.) peuvent demander que l'annotation au registre foncier soit radiée ²⁾.

L'immeuble est transféré au nom du titulaire avec ses accessoires dans la mesure fixée précédemment ³⁾.

Ajoutons enfin que dès l'instant où la déclaration du titulaire a été faite, son droit de préemption, d'emption ou de réméré se transforme en un droit au transfert de

1) Voir p. 82.

2) Voir p. 171.

3) Voir p. 72.

la propriété, qui est de plein-droit aliénable, c'est-à-dire non seulement transmissible à cause de mort, mais encore cessible.

III

Lorsque l'immeuble est devenu propriété d'un tiers-acquéreur et que le titulaire exerce son droit contre le tiers acquéreur, il en résulte que celui-ci se trouve évincé.

L'acquéreur évincé possède-t-il un recours contre son vendeur ? Il y a lieu de répondre négativement à cette question par application de l'article 970, al. 3 Ce, qui dit : « *Nul ne peut se prévaloir de ce qu'il n'a pas connu une inscription portée au registre foncier* ». L'acquéreur, s'il n'a pas connu l'existence de l'annotation faite au registre foncier, doit donc s'imputer à lui-même cette ignorance. Le risque d'éviction est d'ailleurs rare, parce que les contractants ont nécessairement recours à un notaire ou à tout autre fonctionnaire chargé de dresser l'acte de vente qui ne manque pas de rendre l'acquéreur attentif au fait que l'immeuble fait l'objet d'un droit de préemption, d'emption ou de réméré.

Si le vendeur a garanti expressément ou tacitement l'acquéreur contre le risque de cette éviction, en l'assurant, par exemple, que malgré l'annotation le titulaire a renoncé à acquérir l'immeuble, il doit à l'acquéreur des dommages-intérêts par application des principes généraux du CO. Un acquéreur prudent aura soin d'exiger que son vendeur obtienne du titulaire la radiation préalable de l'annotation.

§ 5. Fixation du prix d'achat

I

Le prix d'achat que doit payer le titulaire qui réalise le droit de préemption est, aux termes de l'article 681, celui

fixé par l'annotation, c'est-à-dire par le pacte. Ce prix peut être certain ou seulement objectivement déterminable aux termes du pacte.

Si l'annotation et le pacte sont muets à l'égard du prix, — ce qui est le cas lorsqu'il s'agit d'un droit de préemption normal, — «*les conditions de la vente au défendeur (c'est-à-dire au tiers ainsi que nous l'expliquons plus loin) font règle.*» Le titulaire doit en ce cas exécuter les prestations qui sont à charge du tiers, et, spécialement, payer le prix convenu entre le propriétaire et le tiers. Il faut, en effet, interpréter le terme de «conditions» du texte légal par celui de «prestations» ou de «stipulations conventionnelles» et non point dans son sens juridique.

Si le titulaire ne peut pas exécuter les prestations promises par le tiers-acquéreur, il faut admettre qu'il en doit la valeur; telle était la solution donnée par l'art. 1271 al. 3 du Projet de loi destiné à compléter le Cc, article supprimé comme superflu ainsi que nous l'avons déjà dit. Cette solution nous paraît être la bonne ¹⁾; elle est aussi consacrée par le BGB ²⁾.

Que faut-il décider dans le cas où le tiers-acquéreur s'est obligé à des prestations qui ne sont pas susceptibles d'évaluation en argent? Le BGB donne à cet égard la solution que voici: «Lorsque la prestation accessoire n'est pas susceptible d'évaluation en argent, l'exercice du droit de préemption est exclu; toutefois, la convention relative à la prestation accessoire n'est pas prise en considération quand le contrat avec le tiers aurait été conclu même sans elle» ³⁾. Devant le silence du code, nous pouvons adopter en Suisse la même solution, c'est-à-dire exclusion, en principe, l'exercice du droit de préemption: nous pouvons le faire d'autant plus aisément qu'en cas pareil, il s'agit généralement d'un contrat autre qu'une vente et

1) Cf. Cc., art. 1er, al. 2 et 3.

2) § 507.

3) § 507 i. f.

qu'ainsi l'exercice du droit de préemption est déjà impossible de ce fait même, ainsi que nous l'avons dit, puisque nous l'avons restreint au seul cas de vente.

II

Le prix que le titulaire d'un droit d'emption doit payer est un élément essentiel du pacte ; il est celui qui a été convenu d'avance, soit qu'il ait été fixé à une somme certaine, soit que sa détermination objective ait été prévue dans le pacte ¹⁾ ; c'est ainsi que les parties peuvent décider que l'achat se fera pour un prix représentant la valeur vénale de l'immeuble au moment de la vente et que ce prix sera fixé par tels experts ou arbitres, etc. Mais le prix, ou tout au moins le mode de sa détermination, doit être indiqué dans l'annotation ²⁾.

III

Il peut être procédé de même en cas de réméré: cependant ici, la fixation ou la détermination à l'avance du prix n'est pas essentielle; en effet, à défaut d'indication dans le pacte, du prix ou du mode de sa détermination objective, le rachat doit s'effectuer pour le prix auquel le titulaire a lui-même vendu l'immeuble à l'obligé revendeur ³⁾.

IV

Rappelons ici que le prix d'achat fixé d'avance peut subir une diminution dans le cas où le titulaire qui est en droit d'en exiger la rupture, laisse subsister des droits tels qu'une servitude, un droit de gage, etc., constitués

1) Pfeiffer 74. Leemann, art. 683, note 6.

2) Ord. s. le reg. fonc. art. 71, al. 2. Wieland, art. 683, note 1 in fine.

3) Cf. art. 1273 du projet de loi destinée à compléter le Cc. BGB. § 497, al. 2 : « Le prix de la vente primitive, dans le doute, est également applicable au réméré. »

sur l'immeuble postérieurement à l'annotation d'un droit de préemption qualifié ou d'un droit d'emption ou de réméré ¹⁾).

V

Le titulaire peut-il, et doit-il, exercer son droit pour le prix fixé d'avance à une somme certaine, lorsque depuis la constitution du droit, ce prix, par le fait d'une modification de l'état physique de l'immeuble due au propriétaire, ne correspond plus à la valeur réelle de l'immeuble? Le prix peut être devenu dérisoire, parce que le propriétaire a, par exemple, élevé de nouvelles constructions sur le fonds; il peut être, inversement, devenu exagéré, parce que le propriétaire a, par exemple, détérioré l'immeuble.

Rappelons que le prix est généralement fixé d'avance à une somme certaine en cas d'emption et de réméré (y compris, en cas de réméré, l'éventualité où le prix de rachat n'a pas été indiqué, parce que c'est alors le prix de vente qui devient le prix de rachat) et qu'il en est de même dans le cas du droit de préemption qualifié.

Que décider tout d'abord, lorsque l'immeuble a augmenté de valeur du fait des dépenses du propriétaire et que, par conséquent, le prix est devenu inférieur à la valeur réelle de l'immeuble ?

Le BGB, qui ignore le droit d'emption, est muet à cet égard en ce qui concerne le droit de préemption ; la raison en est que, pour lui, le prix de préemption n'est jamais fixé d'avance, mais qu'il est nécessairement celui payé par le tiers acquéreur. Mais, en cas de réméré, le BGB fournit la solution que voici :

« § 500. L'acheteur à réméré peut, relativement aux » dépenses qu'il a effectuées avant le réméré sur l'objet » vendu exiger le remboursement dans la mesure de la

¹⁾ p. 131.

» plus-value procurée par les dépenses. Quant aux installations dont il a pourvu la chose à restituer, il a le droit de les enlever. »

MM. Rossel et Mentha, à propos des droits d'emption et de réméré, s'expriment comme suit au sujet de l'éventualité qui nous occupe: « ...le prix devenu dérisoire ferait-il règle ? Nous pensons que non, que l'exercice de ces droits est subordonné à la condition tacite du maintien de l'immeuble en l'état où il était lors de leur constitution mais que celui qui en rend l'exercice impossible par ses innovations, alors qu'il connaissait ou devait connaître ces droits et s'abstenir d'y porter atteinte indirectement, devra des dommages-intérêts. L'autre solution, consistant à maintenir le titulaire au bénéfice de l'emption et du réméré pour le prix fixé, quand même des constructions, témérairement faites, sans doute, auraient peut-être décuplé la valeur de l'immeuble, nous semblerait décidément trop rigoureuse » ¹⁾.

MM. Rossel et Mentha ont assurément raison lorsqu'ils posent en principe que les pertes d'emption et de réméré sont conclus sous la condition tacite du maintien de l'immeuble dans le même état pendant le délai fixé pour l'exercice du droit. Mais nous ne pouvons, ainsi que ces auteurs posent en principe que les pactes d'emption et de réméré comme caducs lorsque le propriétaire du fonds augmente (par exemple par des constructions) la valeur du fonds. Lorsque le prix a été fixé d'avance, le propriétaire connaît le contenu et la durée de son obligation; il est donc tenu de vendre, même s'il a augmenté la valeur de l'immeuble. Mais, en revanche, on peut se demander si, dans ce cas, le propriétaire du fonds doit exécuter le pacte sans aucune majoration du prix, dans quelque éventualité que ce soit. Sa témérité dans ses innovations et constructions est-elle un titre suffisant à l'enrichisse-

1) 2, 62.

ment du titulaire? Nous croyons qu'il y a lieu d'invoquer ici, par analogie, les dispositions du Cc concernant le cas où des constructions ont été faites de mauvaise foi par un tiers sur le fonds du propriétaire, c'est-à-dire les articles 671, al. 3 et 672, al. 3 et la disposition applicable en cas d'usufruit, article 753. Ces dispositions s'appliquent à des cas beaucoup moins favorables pour le constructeur que celui qui nous occupe. Nous admettons donc que le titulaire du droit d'emption ou de réméré peut être contraint de payer au propriétaire, dans les limites fixées par l'article 672, al. 3, en plus du prix d'achat, la plus-value procurée à l'immeuble par les innovations et constructions du propriétaire. Mais celui-ci ne peut pas se faire indemniser de ses impenses nécessaires à la conservation de l'immeuble. La solution donnée par le BGB nous paraît donc raisonnable.

Nous venons d'examiner l'éventualité en laquelle l'immeuble a augmenté de valeur et, par conséquent, en laquelle le prix est devenu inférieur à la valeur. Nous avons à examiner encore l'éventualité inverse: Que décider lorsque l'immeuble a diminué de valeur du fait du propriétaire?

Le BGB pose, en matière de réméré, la règle que voici:

« § 498, al. 2. Lorsque l'acheteur à réméré, avant l'exercice du réméré, a été la cause d'une détérioration à l'objet vendu, de sa perte ou d'une impossibilité de restitution provenant d'un autre motif ou lorsqu'il a altéré l'objet d'une façon essentielle, il est responsable du dommage qui en est résulté. Lorsque l'objet, sans la faute de l'acheteur à réméré, a été détérioré ou qu'il n'a été altéré que d'une façon non-essentielle, le vendeur à réméré ne peut exiger la diminution du prix de vente. »

Nous sommes d'avis que le propriétaire est responsable de toute altération, essentielle ou non, qu'il a fait subir à l'immeuble. S'il a négligé de conserver l'immeuble

en n'effectuant pas les réparations d'entretien, il doit de même indemniser le titulaire acquéreur de ce chef.

Disons enfin que lorsque l'augmentation ou la diminution de valeur de l'immeuble est le fait de circonstances extérieures, économiques ou autres, dont le propriétaire n'est pas responsable, le prix ne peut en aucune façon être augmenté ni diminué, — sauf convention contraire.

VI

Que décider dans les cas où le prix d'achat n'a pas été fixé d'avance à une somme certaine, c'est-à-dire où d'après la convention expresse des parties, le prix est déterminé seulement au moment de la déclaration par laquelle le titulaire exerce son droit (ce qui se produit en particulier dans le cas du pacte de préemption normal où le titulaire acquiert aux mêmes conditions que le tiers) ? En ces cas, les contractants ont entendu fixer le prix de l'immeuble à sa valeur au moment où le titulaire déclarera acheter l'immeuble, c'est-à-dire en tenant compte des améliorations faites, cas échéant, par le propriétaire et déduction faite des dégradations. En cas de droit de préemption normal, le prix étant celui convenu avec le tiers, le titulaire ne peut se plaindre des modifications subies par l'immeuble : le propriétaire n'est, en effet tenu que de lui procurer, de préférence, l'acquisition de l'immeuble.

VII

Nous venons de dire — au commencement de ce paragraphe — qu'il faut remplacer le terme de « *défendeur* » employé par l'art. 681, al. 1 Ce par celui de « *tiers* ». Cette disposition prescrit que si l'annotation ne fixe pas les conditions auxquelles le droit de préemption s'exerce, les

conditions de la vente faite au *défendeur* font règle. Or, ce terme de *défendeur* n'est en place que dans un seul cas, celui où le transfert étant effectué en sa faveur, le nouvel acquéreur est déjà inscrit au registre foncier comme propriétaire de l'immeuble soumis à la préemption, car c'est contre lui — le tiers-acquéreur — que l'action en transfert de propriété est alors dirigée.

Dans tous les autres cas, l'action est intentée, non pas contre le tiers-acquéreur, mais bien contre le vendeur lui-même qui devient ainsi le défendeur. En effet, les parties ont un intérêt pécuniaire évident à ne pas procéder à la stipulation de l'acte de vente et à l'inscription du transfert de propriété au registre foncier, avant d'avoir obtenu la renonciation du titulaire; elles attendent donc que le titulaire se soit prononcé dans le délai fixé, et si pendant ce délai, le titulaire déclare qu'il exerce son droit de préemption, il doit s'adresser pour obtenir le transfert de l'immeuble en sa faveur, non pas au tiers-acquéreur, mais bien à l'obligé qui est, d'après le registre foncier, le propriétaire de l'immeuble. En ce cas donc, — le plus fréquent — le défendeur est le vendeur lui-même; et s'il fallait soutenir, en appliquant à la lettre l'article 681, al. 1^{er}, que les conditions de la vente au défendeur font règle, on arriverait à des résultats impossibles. Car le vendeur — le défendeur — peut avoir acquis l'immeuble non pas par vente, mais bien par exemple, par donation que lui en a faite le constituant: et alors il serait bien malaisé de fixer le prix de vente que doit payer le titulaire; et, même si le vendeur a acquis l'immeuble par contrat de vente, il peut l'avoir acquis fort longtemps auparavant et pour un prix très inférieur à sa valeur actuelle; et alors il faudrait fixer comme prix de la préemption un prix dérisoire!

Il est donc évident que l'article 681, al. 1^{er}, est mal rédigé et qu'il faut remplacer le terme de «*défendeur*» par

celui de « tiers ». C'est d'ailleurs ce que disait expressément l'article 1271 supprimé du Projet de loi destiné à compléter le projet de Ce: « La partie qui est au bénéficiaire » du droit de préemption peut demander que la propriété » lui soit transférée aux prix et sous les conditions déterminées dans le pacte, ou faute de convention sur ces » points, dans le contrat de vente passé avec le tiers ».

§ 6. Paiement du prix d'achat

I

Le prix d'achat doit être payé par le titulaire au propriétaire de l'immeuble inscrit comme tel au registre foncier.

II

En cas de préemption, nous avons deux éventualités à distinguer.

Lorsque le vendeur est resté inscrit au registre foncier comme propriétaire de l'immeuble (nous avons vu que ce cas est possible et qu'il est même le plus fréquent), c'est à lui et à personne d'autre que le prix doit être payé, parce que c'est à lui seul que le titulaire peut réclamer le transfert de l'immeuble.

Lorsque le tiers acquéreur est déjà inscrit au registre foncier comme propriétaire de l'immeuble et que c'est à lui seul que le titulaire peut réclamer le transfert de l'immeuble, faut-il admettre que c'est à lui, tiers acquéreur, que le titulaire doit toujours payer le prix ? Ou bien, faut-il distinguer suivant que le tiers acquéreur a lui-même payé le prix d'achat au vendeur ou qu'il ne l'a pas encore payé, et admettre que, dans cette dernière éventualité, le titulaire doit s'acquitter directement en

mains du vendeur ? Le Cc est muet à cet égard. Quant au BGB, il décide que le prix de vente doit être payé au tiers acquéreur, pour autant que ce dernier a rempli ses obligations d'acheteur à l'égard du vendeur ¹⁾. M. Wieland admet la même solution et ajoute ce qui suit: « Si le » titulaire de ce droit sait que le tiers acquéreur doit en- » core le prix d'achat au débiteur, c'est à ce dernier qu'il » doit payer. Dans le cas contraire, il est libéré moyen- » nant paiement au tiers acquéreur; le débiteur primitif » du droit de préemption (bailleur, etc.) possède alors » contre le tiers acquéreur une action en restitution ».

Cette solution ne peut pas être adoptée. Elle se justifie parfaitement sous l'empire du BGB parce que selon celui-ci, le contrat de vente intervient toujours entre titulaire et obligé et jamais entre titulaire et tiers-acquéreur. Mais sous l'empire du Cc, le contrat de vente est conclu entre le titulaire et le propriétaire inscrit au registre foncier. Lors donc que le tiers acquéreur est inscrit comme propriétaire au registre foncier, c'est avec lui que le contrat de vente est conclu, et c'est à lui seul que le titulaire doit payer le prix puisque suivant les règles de la vente, l'acquéreur s'acquitte en mains du vendeur. Peu importe que le tiers se soit lui-même acquitté ou non en mains de son vendeur. Cette solution est non seulement logique, mais elle est plus simple que celle fournie par le BGB et suivie par M. Wieland. Si l'obligé tient à se garantir de toute perte, il peut d'ailleurs parfaitement se faire céder par le tiers acquéreur le prix d'achat dû à ce dernier par le titulaire et aviser celui-ci de la cession ²⁾.

Nous savons qu'en cas de droit de préemption qualifié, les conditions auxquelles le propriétaire de l'immeuble doit transférer la propriété au titulaire sont celles fixées par l'annotation. Il peut ainsi arriver que le tiers acqué-

1) § 1100 à 1102.

2) CO. art. 164 et suiv.

reur ait payé un prix supérieur à celui qu'il a lui-même touché du titulaire; en cette éventualité, le tiers n'a, sauf convention contraire, contre son auteur, aucune action en restitution pour la différence; si, au contraire, le tiers a payé un prix inférieur à celui qu'il a touché du titulaire il profite de la différence, sans avoir à en tenir compte à l'obligé.

III

Du fait que le propriétaire actionné en transfert de l'immeuble est, à l'égard du titulaire, considéré comme un vendeur ordinaire, il résulte qu'il est, en principe, en droit d'exiger du titulaire paiement comptant du prix de vente ¹⁾. Mais un délai d'exécution opposable au propriétaire vendeur peut être concédé par l'annotation ou, en cas de préemption, par le contrat conclu avec le tiers acquéreur. Faut-il, en ce cas, décider que le titulaire est *in dubio* tenu à fournir des garanties pour le paiement du prix d'achat? Le BGB se prononce expressément pour l'affirmative : « Lorsque pour le paiement du prix un » délai d'exécution a été accordé au tiers dans le contrat, » l'ayant-droit à la préemption ne peut se prévaloir de » ce délai qu'en effectuant prestation de sûreté pour la » somme ainsi soumise à ce délai d'exécution » ²⁾. M. Wieland admet sans doute qu'il en est de même sous l'empire du Cc quand il dit que le propriétaire de l'immeuble doit consentir à l'inscription du titulaire comme propriétaire quand le prix d'achat lui est payé ou que des sûretés lui sont fournies. Nous ne sommes pas tout à fait de cet avis. A défaut de disposition expresse du Cc sur ce point, nous admettons que, sauf convention contraire, lorsque le titulaire se trouve au bénéfice d'un délai d'exécution —

1) CO. art. 184.

2) § 509, al. 1.

que celui-ci soit fixé par l'annotation ou qu'à défaut d'annotation des conditions il résulte, en cas de préemption, du contrat conclu avec le tiers-acquéreur, — il n'a pas de sûretés à fournir pour garantir le paiement du prix d'achat. Mais le vendeur est fondé à requérir l'inscription d'une hypothèque légale sur l'immeuble en garantie de sa créance ¹⁾. Le Cc considère, en effet, ce droit de gage comme étant l'expression de la volonté présumée des parties.

Section III

De la procédure relative à l'annotation

§ 1. Formation de l'annotation du droit personnel

I

L'annotation des droits de préemption, d'emption et de réméré au registre foncier n'est possible que si le propriétaire est d'accord d'y procéder ²⁾. Si le propriétaire n'est pas obligé par le pacte ou une convention ultérieure à consentir à l'annotation, il peut valablement s'opposer à ce que celle-ci soit faite; le droit de préemption, d'emption ou de réméré que les parties ont conclu ne déploie aucun effet à l'égard des tiers. Cette exigence est mise en évidence particulière par l'article 260 CO qui s'exprime en matière de bail comme suit : « *Les parties peuvent stipuler l'annotation de baux d'immeubles au registre foncier* » ; le texte allemand est plus précis en-

1) Cc. art. 837. Exp. mot. 540. Cf. BGB. § 509, al. 2. « Lorsque l'objet de la préemption est un fonds, la prestation de sûreté n'est pas exigible dans la mesure où, pour le prix soumis à un délai d'exécution, il a été consenti à la constitution d'une hypothèque sur le fonds, ou lorsque, en acompte sur le prix de vente, il y a eu reprise d'une dette pour laquelle hypothèque existe sur l'immeuble ».

2) Art. 963, al. 1.

core : « *das Mietverhältnis kann mit Einwilligung des Eigentümers im Grundbuch vorgemerkt werden* ».

Lorsque le propriétaire s'est obligé à donner son consentement à l'annotation, ce consentement doit être donné par écrit au conservateur aux termes de l'article 963. Si le propriétaire qui s'y est obligé refuse de le fournir, le titulaire peut l'actionner en justice, en concluant à ce que l'annotation soit opérée par le conservateur sur production du jugement ¹⁾.

L'annotation peut être faite par le conservateur ensuite du dépôt d'un exemplaire du pacte ou du contrat qui le renferme (bail à loyer ou à ferme, acte de vente, etc.) et d'une réquisition signée par les contractants ou même par le propriétaire de l'immeuble seul ²⁾. Le titulaire du droit peut aussi requérir l'annotation, moyennant dépôt d'un exemplaire du contrat et le consentement écrit, dans le contrat ou par convention spéciale, du propriétaire de l'immeuble. Si le droit à annoter a fait l'objet d'un acte authentique — forme nécessaire lorsqu'il s'agit d'un droit d'emption ou de réméré ³⁾ et recommandable, sinon nécessaire, lorsqu'il s'agit d'un droit de préemption qualifié ⁴⁾, — la réquisition peut être signée seulement par le fonctionnaire public (notaire) qui a dressé l'acte ; en ce cas, la réquisition est, avec l'acte, déposée par ce fonctionnaire au bureau du conservateur ⁵⁾.

Au surplus, la procédure en cas d'annotation de droits personnels est la même qu'en cas d'inscription de droits réels ⁶⁾ ; le conservateur est tenu de vérifier si la réquisition émane bien d'une personne à ce légitimée et si le contrat répond aux exigences légales ⁷⁾. Si ces conditions

1) Art. 963, al. 2. Cf. art. 665, al. 1.

2) Art. 965, al. 1.

3) CO. art. 216, al. 2.

4) Voir p. 59.

5) Cc. art. 963, al. 3.

6) Ord. sur le registre foncier, art. 70.

7) Ord. sur le registre foncier, art. 15 à 17, 71. Cc. art. 965, al. 1 et 3.

sont réalisées, il procède ensuite à l'annotation au registre foncier.

Il ressort de ce que nous venons de dire que le consentement du propriétaire à l'annotation est la condition essentielle de celle-ci. L'annotation faite d'office par le conservateur est donc impossible sous l'empire du Cc ¹⁾.

II

L'annotation doit indiquer les conditions auxquelles le droit de préemption, d'emption et de réméré est concédé au titulaire, en particulier — dans le cas où il est dérogé aux délais légaux — le délai pendant lequel ce droit peut être exercé, le prix (ou tout au moins le mode de sa détermination objective), les conditions du paiement, le montant de la peine conventionnelle en cas de non exécution de ses obligations par l'un des contractants, la forme en laquelle le droit s'exercera, etc. ²⁾.

§ 2. Transfert de l'annotation

I

Nous avons déjà parlé du transfert des droits de préemption, d'emption et de réméré; qu'en est-il du transfert de l'annotation elle-même ?

L'annotation, avons-nous dit, n'est pas un droit réel spécial, mais bien une espèce d'inscription destinée à assurer l'exécution réelle du droit personnel. Pas plus que l'inscription (au sens étroit) ne peut avoir une existence indépendante du droit réel qui en fait l'objet, l'annotation ne peut avoir une existence indépendante de celle du droit de préemption, d'emption ou de réméré qui en fait l'objet; c'est pourquoi, ses effets s'éteignent avec ce droit.

1) Il n'en est pas de même sous l'empire du BGB. Voir à ce propos Pfeiffer, 96.

2) Ord. sur le registre foncier, art. 71 in fine.

Pour la même raison, il faut admettre que le transfert du droit de préemption, d'emption ou de réméré comprend de plein-droit l'annotation. Il ne s'agit pas ici, d'ailleurs, d'une application directe de l'article 170, al. 1. CO: « *La cession d'une créance comprend les droits de préférence et autres droits accessoires ...* » (*Accessorium sequitur principale*), parce que l'annotation n'est pas un droit. Cependant, les auteurs qui s'occupent de cette question n'éprouvent aucune hésitation à invoquer l'analogie du principe consacré par l'article 170, al. 1 CO ¹⁾ parce que d'une part, les circonstances présentent une ressemblance indiscutable et que, d'autre part, les conséquences qu'ils en tirent ne vont pas à l'encontre de l'esprit du Code. Ils décident au surplus que la règle suivant laquelle le transfert de l'annotation accompagne *ipso jure* celui du droit personnel qui en fait l'objet est de droit dispositif, et que, conséquemment, elle ne s'applique qu'à défaut de convention contraire faite par les parties. Ce qui revient à dire que les contractants sont, au moment de la cession, libres de transformer un droit de préemption, d'emption ou de réméré annoté au registre foncier en un droit non-annoté.

II

Le Ce — pas plus que l'Ordonnance sur le registre foncier — ne résout la question de savoir si lors du transfert d'un droit de préemption, d'emption ou de réméré annoté l'annotation doit être modifiée de façon à ce qu'elle indique le changement du titulaire. Il en est de même, d'ailleurs, sous l'empire du BGB. Il faut, sans doute, décider dans ce silence de la loi, que l'inscription au registre foncier du changement de titulaire n'est pas nécessaire à la validité du transfert. Cette solution ne porte aucun pré-

1) Planck, § 401 rem. 1.

judice aux acquéreurs postérieurs de l'immeuble qui l'acquière grevé du droit de préemption, d'emption ou de réméré, sans que la personnalité du titulaire ait beaucoup d'importance pour eux. Tel est, du moins, l'avis des auteurs allemands ¹⁾. Mais si l'inscription du nom du nouveau titulaire n'est pas nécessaire, elle est cependant très recommandable, au regard de l'article 681, al. 2, Cc, afin que le nouveau titulaire puisse jouir de la protection efficace que l'annotation est destinée à lui fournir ²⁾.

§ 3. Extinction des effets de l'annotation

L'annotation déploie ses effets aussi longtemps que subsiste le droit de préemption, d'emption ou de réméré qui en fait l'objet et que l'annotation elle-même n'a pas été radiée au registre foncier. Dès l'instant où l'une de ces exigences ne se trouve plus réalisée, les effets de l'annotation s'éteignent.

Mais les effets de l'annotation peuvent prendre fin, encore que le droit personnel continue à subsister ; il en est ainsi, tout d'abord, lorsqu'échoit le délai de validité de l'annotation (par exemple, le délai légal maximum de dix ans) dans le cas où le rapport obligatoire des contractants a été convenu pour une durée plus longue que le délai de validité de l'annotation ; il en est de même lorsque se trouve transféré un droit de préemption, d'emption ou de réméré au sujet duquel les parties ont expressément exclu la possibilité du transfert, entre-vifs ou par suite de succession, des droits découlant de l'annotation ; il en est encore de même lors de la réalisation forcée de l'immeuble, lorsque le créancier-gagiste dont le droit est antérieur à l'annotation a requis la radiation du droit annoté, en vertu de la procédure fixée par l'article 141, al. 3,

1) Biermann, WuV., 143 et suiv. Crome, 186. Gierke, § 119, rem. 150. Weigelt, 29. Planck, ad. § 883, rem. 4.

2) Leemann, art. 681, rem. 13.

LP; il en est encore de même lorsque le titulaire renonce aux droits que lui confère l'annotation. Dans ces éventualités donc, le droit personnel continue à subsister entre parties, mais il perd ses effets contre les tiers; peu importe d'ailleurs que l'annotation soit radiée ou non. On peut, à vrai dire, se demander si l'annotation ne continue pas néanmoins à déployer ses effets jusqu'au moment de sa radiation; certains auteurs allemands se prononcent en ce sens, pour la raison que l'annotation, n'étant constituée que par son inscription au registre foncier, ne peut perdre ses effets que par sa radiation ¹⁾. Nous sommes cependant d'avis contraire, parce que l'annotation prolongerait alors ses effets en contradiction avec les relations juridiques qui unissent les parties, et que cette situation anormale ne pourrait exister qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi.

Les effets de l'annotation à l'égard des tiers sont, d'ailleurs, présumés exister aussi longtemps que l'annotation n'est pas radiée au registre foncier. En cas de procès donc, intenté par le titulaire contre un tiers, celui-ci ne peut pas exiger que le titulaire du droit de préemption, d'emption ou de réméré prouve que l'annotation déploie encore ses effets; l'*onus probandi* consiste, pour le titulaire, à démontrer seulement que son droit personnel existe et que le tiers y porte atteinte. Mais aussi bien le tiers peut-il, lui, faire la preuve de l'extinction de la protection découlant de l'annotation; cette contre-preuve est rapportée lorsque le tiers démontre, par exemple, que lui-même ou ceux dont il est le successeur juridique ont acquis l'immeuble par suite d'exécution forcée lorsqu'un créancier-gagiste dont le droit est antérieur à l'annotation a requis la radiation de celle-ci, ou bien lorsque le tiers démontre que le titulaire a renoncé, à l'égard du tiers ou de ceux dont il est le successeur juridique, à la protection

1) Ainsi Biermann, WuV, 221.

que lui conférerait l'annotation.

L'extinction des effets de l'annotation est absolue lorsque l'annotation est légitimement radiée du registre foncier. Certains auteurs allemands décident qu'il en est de même lorsque la radiation est injustifiée ; peu importe, disent-ils, en ce dernier cas, qu'elle soit le fait d'une erreur commise par le conservateur, et que même les tiers à qui elle était opposable sachent que la radiation a été faite à tort ¹⁾. Cette opinion nous paraît bien rigide.

§ 4. Radiation de l'annotation

I

Le conservateur du registre foncier doit procéder d'office à la radiation de l'annotation :

lorsque le délai fixé dans l'annotation pour l'exercice du droit de préemption, d'emption ou de réméré est écoulé ²⁾ ;

lorsque le titulaire du droit est devenu propriétaire de l'immeuble ³⁾.

Mais le droit personnel peut s'éteindre pour d'autres causes, ainsi que nous le verrons plus loin ⁴⁾. Et nous venons de dire que l'annotation elle-même prend fin, dans certaines éventualités, encore que le rapport obligatoire des contractants subsiste. En ces cas, l'annotation elle-même continue à figurer au registre foncier et elle donne ainsi une image inexacte de la situation de l'immeuble. Il importe donc que l'annotation devenue inutile disparaisse du registre foncier ; le propriétaire de l'immeuble y a intérêt ; un acquéreur de l'immeuble se persuadera difficilement, en effet, que l'annotation figurant au registre foncier a perdu sa valeur ; il en est de même d'ail-

1) Ainsi Biermann, WuV, 224.

2) Ord. sur le registre foncier, art. 72, al. 1.

3) Ord. sur le registre foncier, art. 72, al. 2.

4) P. 171.

leurs pour tous ceux qui sont au bénéfice d'un droit auquel l'annotation peut porter atteinte, en particulier des créanciers gagistes.

II

La radiation au registre foncier d'une inscription s'opère ensuite de « la déclaration écrite de ceux auxquels » l'inscription confère des droits » dit l'article 964 Ce. Il faut entendre par inscription aussi bien les annotations que les inscriptions au sens étroit du terme ¹⁾. Si donc le titulaire donne par écrit son consentement à la radiation, celle-ci est faite sans autre par le conservateur.

Mais la situation peut, en fait, se compliquer; il en est ainsi lorsque le titulaire refuse de donner son consentement écrit à la radiation, ou lorsqu'il n'existe pas de titulaire qui puisse valablement le donner (dans le cas, par exemple, où le titulaire est mort, et où les parties avaient exclu le transfert par succession des effets de l'annotation). Le Ce est muet sur le mode de procéder en cas pareils et pourtant l'intérêt du propriétaire et des autres ayants-droit, comme aussi le principe d'exactitude qui est à la base du registre foncier, exigent que soit trouvé le moyen de radier une annotation inutile. M. Wieland ²⁾ ne se fait aucun scrupule d'admettre ici l'application par analogie de l'article 976, al. 1 et 2 Ce, qui s'exprime comme suit en cas d'extinction d'un droit réel: « *Lorsqu'une inscription (au sens étroit du terme) a perdu toute valeur juridique par suite de l'extinction d'un droit réel, le propriétaire grevé peut en requérir la radiation.* »
 « *Si le conservateur fait droit à la demande, tous intéressés peuvent, dans les dix jours, recourir au juge contre sa décision.* »

1) Wieland, art. 959, rem. 3, c, aa.

2) Wieland, art. 959, rem., 3 c, bb.

Si donc le conservateur fait droit à la demande du propriétaire de l'immeuble ou de toute autre personne qui est au bénéfice d'un droit portant sur l'immeuble et procède, en conséquence, à la radiation de l'annotation, le titulaire du droit de préemption, d'emption ou de réméré peut attaquer cet acte du conservateur dans les dix jours. Le titulaire devant, conformément à l'article 969, al. 1^{er} Cc, être officiellement avisé de la radiation par le conservateur, il faut admettre que ce délai de dix jours court dès l'instant où l'avis lui parvient ¹⁾.

Il faut admettre l'application de ces dispositions par analogie ²⁾, car on ne voit pas bien comment on pourrait autrement procéder pour rester dans l'esprit du code ³⁾.

La même raison nous conduit à accepter l'application par analogie de l'alinéa 3 du même article 976, ainsi conçu : « *Le conservateur est autorisé à provoquer d'office une enquête et une décision judiciaire sur l'extinction d'un droit et à radier ensuite conformément au prononcé du juge* ».

1) Wieland, art. 959, rem. 3, c. cc.

2) Cc., art. 1, al. 2.

3) Le BGB renferme des dispositions spéciales à cet égard : § 886. Lorsque celui dont l'immeuble ou le droit est visé par l'annotation a une exception péremptoire à faire valoir contre le droit que cette annotation garantit, il peut réclamer du créancier la main-levée de l'annotation.

§ 887. Si le créancier dont le droit prétendu est garanti par une annotation est inconnu, il peut être déclaré forclos de son droit par voie de sommation publique, lorsqu'on se trouve dans les conditions prévues par l'article 1170 pour la forclusion d'un créancier hypothécaire. Le jugement de forclusion fait tomber les effets de l'annotation.

§ 1170. Si le créancier est inconnu, il peut être déclaré forclos de son droit, par voie de procédure provocatoire, lorsqu'il s'est écoulé dix ans depuis la dernière inscription au registre foncier, relativement à l'hypothèque et que, durant ce délai, le droit du créancier n'a pas été reconnu par le propriétaire d'une manière propre à interrompre la prescription aux termes de l'article 208. S'il y a, pour le paiement de la créance, une échéance fixe, le délai ne commence à courir qu'à dater de ce jour. Par le jugement de forclusion, le propriétaire acquiert l'hypothèque. La cédule hypothécaire délivrée au créancier devient caduque.

Section IV

***De l'extinction des droits
de préemption, d'emption et de réméré
annotés au Registre foncier***

I

Les droits de préemption, d'emption et de réméré annotés au registre foncier peuvent s'éteindre sans avoir été réalisés ; il en est ainsi, en particulier, dans les cas suivants :

1. Quand le titulaire est décédé et que le droit a été stipulé personnellement en sa faveur ¹⁾. Il en est de même lorsque les héritiers répudient la succession ²⁾, dans le cas où le droit n'a pas été stipulé cessible ; mais, lorsque le droit a été stipulé cessible, il fait partie de la masse et doit être liquidé comme les autres biens ³⁾. -

2. Lorsque le titulaire du droit a renoncé à le faire valoir.

3. Lorsque le titre sur lequel se fondait l'acquisition du droit a cessé d'exister (par exemple, le contrat de bail dans lequel le droit de préemption est inséré, est résilié ou éteint).

4. Lorsque l'obligé a obtenu la dissolution du rapport personnel sur la base duquel est établi le droit de préemption, d'emption ou de réméré ; le tiers acquéreur peut, en cette éventualité, faire valoir à l'égard du titulaire les exceptions résultant de ce rapport personnel dont la pro-

1) Voir p. 82.

2) Wieland, art. 681, rem. 8, lit. d.

3) Cf. p. 83.

messe de préemption, d'emption ou de réméré fait partie et que l'obligé aurait pu opposer lui-même ¹⁾).

5. Lorsque le titulaire est une personne juridique qui s'est éteinte.

6. En cas d'expropriation de l'immeuble pour cause d'utilité publique ²⁾).

7. En cas de perte totale de l'immeuble objet du droit (par exemple: disparition de l'immeuble ensuite d'un éboulement de montagne, d'une inondation, de la marche d'un glacier, par l'extension permanente d'une nappe d'eau, etc.).

8. Lorsqu'il est procédé à la réalisation forcée de l'immeuble et qu'un créancier-gagiste dont le droit est antérieur à celui du titulaire a requis la radiation de l'annotation ³⁾).

9. Lorsque le délai de validité de l'annotation (par exemple le délai maximum légal de dix ans) s'est écoulé sans que le titulaire exerce son droit et que le rapport personnel a été conclu pour une durée dépassant celle de l'annotation. Nous avons dit qu'en ce cas le délai étant écoulé, le conservateur du registre foncier doit procéder d'office à la radiation de l'annotation. Mais le rapport personnel entre l'obligé et le titulaire subsiste, jusqu'au terme fixé, même si celui-ci excède dix ans ⁴⁾).

10. Lorsque l'action du titulaire se trouve prescrite.

Par contre, le droit de préemption ne s'éteint pas lorsque le titulaire n'a pas exercé la préemption dans le mois qui a suivi le moment où il a eu connaissance de la vente; nous avons admis, en effet ⁵⁾), que si le titulaire n'a pas fait valoir son droit contre le premier tiers-acquéreur de

1) Voir p. 150.

2) Voir p. 115.

3) Voir p. 121.

4) Voir p. 91 et suiv.

5) Voir p. 124.

l'immeuble, il peut cependant l'opposer à tous les acquéreurs subséquents, pourvu que le délai de validité de l'annotation ne soit pas éeoulé.

II

Mais le droit de préemption, d'emption ou de réméré s'éteint normalement par sa réalisation, c'est-à-dire lorsque le titulaire acquiert ou rachète la propriété de l'immeuble objet du droit. Nous avons vu qu'en ce cas, le conservateur doit procéder d'office à la radiation de l'annotation, conformément à l'article 72, al. 2 de l'Ordonnance sur le registre foncier. Il va de soi que le droit ne saurait revivre au profit du titulaire, si celui-ci, devenu propriétaire, revendait l'immeuble à un tiers sans que la radiation de l'annotation ait été opérée; le droit cesse, en effet, par sa première et unique réalisation.

Ajoutons, enfin, que les délais des articles 681, al. 3 et 683, al. 2 constituent des déchéances plutôt que des délais de prescription.

Section V

De l'applicabilité du droit ancien

Les droits de préemption, d'emption et de réméré créés sous l'empire des anciennes législations cantonales abrogées et constitués pour une durée illimitée ou pour la durée légale de cent ans (dans le sens des codes zurichois, tessinois et schaffhousois) ou de cinquante ans (dans le

sens du code civil des Grisons), etc., ne peuvent être annotés au registre foncier que pour le délai maximum de dix ans. Mais une nouvelle annotation peut être prise.

L'obligation personnelle contractée pour plus de dix ans sous l'empire du droit cantonal est-elle, ou non, réduite à dix ans ? Il y a quelque arbitraire à résoudre cette question. L'article 18, al. 1 du Titre final Cc dit: «*Lorsqu'une obligation tendant à la constitution d'un droit réel est née avant l'entrée en vigueur du Code civil, elle est valable si elle répond aux formes de la loi ancienne ou de la loi nouvelle.*» Est-il possible d'appliquer par analogie cette disposition au cas qui nous occupe ? ¹⁾ Mais la difficulté réside précisément dans ce fait que le Cc et le CO sont muets sur la question de savoir si, sous l'empire du droit nouveau, la durée de l'obligation personnelle résultant des pactes de préemption, d'emption et de réméré est limitée ou non. Un tel pacte, constitué pour une durée excédant dix ans tombe-t-il sous le coup de l'article 2 du Titre final Cc ? Nous avons admis que sous l'empire du Cc les droits de préemption, d'emption et de réméré peuvent être constitués comme simple rapports personnels pour plus de dix ans et que le terme de dix ans fixé par la loi est celui de l'effet réel maximum de l'annotation. Nous pouvons donc décider que les pactes de préemption, d'emption et de réméré conclus pour plus de dix ans sous l'empire du droit cantonal restent valables comme obligations purement personnelles après le délai maximum de dix ans, jusqu'à leur terme.

1) Loemann, art. 691, rem. 35.

CHAPITRE III

**Du droit légal de préemption
des copropriétaires**

I

L'article 682 Cc prescrit que « *les copropriétaires ont un droit de préemption légal contre tout tiers acquéreur d'une quote-part de l'immeuble indivis.* » Ce texte est identique à celui de l'article 682 de l'avant-projet du Cc de 1900 et à celui de l'article 673 du projet de 1904.

A la différence du droit de préemption de l'article 681 qui a sa source dans un acte juridique, généralement dans un contrat, le droit de préemption des copropriétaires a donc sa source dans la loi elle-même : c'est le seul, parmi les innombrables droits légaux de retrait connus des législations antérieures, que le Cc ait conservé.

Le droit légal de préemption des copropriétaires ne peut avoir pour objet qu'une quote-part de l'immeuble indivis. Il est donc exclu :

a) lorsque l'immeuble est vendu en totalité; parce qu'en ce cas, il faut présumer que chacun des copropriétaires, en consentant à la vente de l'immeuble entier à un tiers, a renoncé à son droit légal de préemption;

b) en matière mobilière; mais il va de soi que les copropriétaires peuvent, conventionnellement, créer un

droit de préemption à l'égard des objets mobiliers indivis. Ce droit n'aurait, d'ailleurs, aucun effet réel à l'égard des tiers ¹⁾).

II

Le but de cette disposition est, d'abord, de faciliter la dissolution du lien de copropriété, en permettant aux copropriétaires d'acquérir la part de l'un d'eux en cas d'aliénation et de diminuer par là le nombre des ayants-droit, puis, ensuite, d'empêcher l'intrusion de tiers dans la copropriété.

Le fait que les copropriétaires jouissent d'un droit de préemption légal n'empêche pas, cependant, le copropriétaire de constituer sur sa part un droit de préemption (conventionnel) au profit d'un tiers non-copropriétaire, mais ce dernier droit de préemption est primé par celui des copropriétaires et il ne peut être réalisé que si aucun des copropriétaires n'exerce son droit légal.

III

Ce droit légal de préemption n'existe qu'au profit des copropriétaires, c'est-à-dire de ceux qui sont unis par la relation juridique régie par les articles 646 à 651. L'étude de ces dispositions ne rentre pas dans le cadre de notre travail ; rappelons cependant la différence fondamentale qui existe entre copropriétaires et communistes et disons simplement qu'aucun droit de préemption légal n'existe en cas de propriété commune. C'est ainsi que les cohéritiers qui n'ont pas liquidé la communauté héréditaire ne

1) Cf. p. 63.

sont pas au bénéfice de l'article 683 dans le cas de cession d'une part héréditaire à nu tiers (Ce art. 635, al. 2), au contraire de ce qui existe en droit français et en droit allemand ¹⁾. Le droit de préemption n'est, d'ailleurs, pas nécessaire en matière de propriété commune, parce que l'aliénation de sa part, par un communiste, est en principe, nulle, aux termes de l'art. 653, al. 3; réservons toutefois le cas régi par l'article 635, al. 2 Ce précité.

IV

Le droit de préemption des copropriétaires fait partie des restrictions légales de la propriété dont traite l'article 680, al. 1^{er} et 2: Il existe donc sans qu'il y ait lieu de l'inscrire au registre foncier et il est opposable aux tiers sans inscription. Son inscription est même inadmissible. Si les copropriétaires entendent le supprimer ou le modifier, cette convention doit être faite par acte authentique et inscrite au registre foncier.

V

Le droit de préemption des copropriétaires se détermine, quant à son contenu, d'après l'article 681, à cette réserve près, toutefois, qu'il dure autant que le rapport de copropriété lui-même et que sa durée dans le temps n'est pas déterminée comme c'est le cas s'agissant du droit de préemption conventionnel.

Nous renvoyons donc pour le surplus à ce que nous avons dit à propos de l'article 681.

1) Ce. fr., art. 841. BGB. § 2034.

VI

L'un des copropriétaires, ou plusieurs d'entr'eux ont le droit de se substituer au tiers-acquéreur d'une quote-part en l'actionnant, à défaut d'entente, dans le mois ¹⁾ dès le jour où ils ont connu son acquisition. Si un seul des copropriétaires fait usage de son droit, il est naturellement seul à acquérir la quote-part aliénée; si plusieurs copropriétaires font valoir leur droit en même temps, c'est-à-dire pendant le délai fixé, ils reçoivent chacun, *in dubio*, une part proportionnelle à leur quote-part. M. Wieland²⁾ cite l'exemple que voici : A est copropriétaire pour 1/2, B et C, chacun pour 1/4. C aliène sa part et A et B veulent faire valoir leur droit de préemption. A devient propriétaire pour 2/3 et B pour 1/3.

VII

Le droit légal de préemption des copropriétaires s'éteint (extinction absolue) :

1. par la dissolution de la copropriété;
2. lorsque les copropriétaires en ont décidé la suppression, conformément à l'art. 680, al. 2.
3. par la perte totale de l'immeuble sur lequel porte la copropriété.

Lorsque les copropriétaires ont renoncé à exercer leur droit à l'occasion de la vente d'une quote-part de l'immeuble, le droit s'éteint relativement à ce cas de vente, mais il subsiste à l'égard des ventes ultérieures de cette même quote-part jusqu'à l'arrivée d'une des causes d'extinction absolue énumérées ci-dessus.

1) Ce. art. 680, al. 2.

2) Art. 682.

VIII

Le droit de préemption de l'article 682 peut être exercé même dans les cas où le lien de copropriété a pris naissance avant l'entrée en vigueur du Ce. Le droit de préemption des copropriétaires est, en effet, une restriction légale de la propriété au sens de l'article 680, al. 1 Ce et il tombe sous le coup de l'article 17, al. 2 du titre final qui prescrit que l'étendue des droits réels est «régie par la loi nouvelle dès son entrée en vigueur».



Table des Matières

	Pages
AVANT-PROPOS	9
INTRODUCTION HISTORIQUE. DÉVELOPPEMENT DES DROITS DE PRÉEMPTION, D'EMPTION ET DE RÉMÉRÉ	
CHAPITRE PREMIER. Le droit de préemption	13
<i>Section I. Le droit ancien.</i>	14
§ 1. Le droit romain	14
§ 2. Le droit germanique	17
<i>Section II. Le droit moderne</i>	23
§ 1. Le droit privé allemand	23
§ 2. Le droit privé français	26
§ 3. Le droit cantonal privé	28
Sous § 1. Les derniers droits de retrait légaux	28
Sous § 2. Le droit de retrait successoral	30
Sous § 3. Le droit de retrait conventionnel	30
§ 4. Le droit public	31
CHAPITRE II. Le droit d'emption	33
§ 1. Généralités	33
§ 2. Le droit français	34
§ 3. Le droit cantonal	35
CHAPITRE III. Le droit de réméré.	37
<i>Section I. Le droit ancien</i>	37
§ 1. Le droit romain	37
§ 2. Le droit germanique	37
Sous § 1. En général	37
Sous § 2. En Suisse	38
Sous § 3. La coutume neuchâteloise	38
<i>Section II. Le droit moderne</i>	39
§ 1. Le droit français	39
§ 2. Le droit allemand	41
§ 3. Le droit cantonal	42

LES DROITS DE PRÉEMPTION, D'EMPTION ET DE RÉMÉRÉ DU CODE CIVIL SUISSE EN MATIÈRE IMMOBILIÈRE

CHAPITRE PREMIER. Généralités	45
§ 1. Introduction et définitions	45
§ 2. Les projets du Code civil suisse et les droits de préemption, d'emption et de réméré	49
§ 3. Les droits de préemption, d'emption et de réméré dans le système du Code civil suisse	55
§ 4. Formation des droits de préemption, d'emption et de réméré	57
§ 5. Objet des droits de préemption, d'emption et de réméré	63
§ 6. Sujets des droits de préemption, d'emption et de réméré	75
§ 7. Espèces des droits de préemption, d'emption et de réméré	84
Sous § 1. En général	84
Sous § 2. Les droits de préemption, d'emption et de réméré non annotés au registre foncier opposés aux droits de préemption, d'emption et de ré- méré annotés au registre foncier.	86
§ 8. Contenu et durée de l'obligation du propriétaire de l'immeuble soumis au droit de préemption, d'emption et de réméré	88
 CHAPITRE II. Des droits de préemption, d'emp- tion et de réméré annotés au registre foncier	 95
<i>Section I. De l'annotation et de ses effets</i>	95
<i>Sous-section I. De l'annotation en général</i>	95
<i>Sous-section II. De l'annotation des droits personnels</i> § 1. Généralités	99
§ 2. Nature juridique de l'annotation des droits per- sonnels au registre foncier	102
§ 3. Nature juridique des droits personnels annotés	104
§ 4. Nature juridique des droits de préemption, d'emption et de réméré annotés au registre foncier	112
<i>Sous-section III. Des effets de l'annotation des droits personnels en général</i>	114
§ 1. Etendue des effets du droit annoté en général	114

§ 2. Réalisation du droit personnel annoté au registre foncier	116
§ 3. Applicabilité aux droits personnels annotés du principe de la force probante du registre foncier	117
§ 4. Du cas où le contenu de l'annotation au registre foncier est différent de celui du droit qui fait l'objet de l'annotation	118
<i>Sous-section IV. Des effets de l'annotation des droits de préemption, d'emption et de réméré</i>	<i>119</i>
§ 1. En général	119
§ 2. Les droits de préemption, d'emption et de réméré non opposables aux droits antérieurement acquis sur l'immeuble	120
§ 3. Les droits de préemption, d'emption et de réméré opposables à tout propriétaire de l'immeuble	122
§ 4. Les droits de préemption, d'emption et de réméré opposables aux droits postérieurement acquis sur l'immeuble	128
<i>Section II. De la réalisation des droits de préemption, d'emption et de réméré annotés au registre foncier</i>	<i>133</i>
§ 1. Généralités	133
§ 2. Conditions spéciales nécessaires à la réalisation du droit de préemption	136
§ 3. Exercice des droits de préemption, d'emption et de réméré par le titulaire	145
§ 4. Effets de l'exercice des droits de préemption, d'emption et de réméré par le titulaire	147
§ 5. Fixation du prix d'achat	151
§ 6. Paiement du prix d'achat	159
<i>Section III. De la procédure relative à l'annotation</i>	<i>162</i>
§ 1. Formation de l'annotation du droit personnel	162
§ 2. Transfert de l'annotation	164
§ 3. Extinction des effets de l'annotation	166
§ 4. Radiation de l'annotation	168
<i>Section IV. De l'extinction des droits de préemption, d'emption et de réméré annotés au registre foncier</i>	<i>171</i>
<i>Section V. De l'applicabilité du droit ancien</i>	<i>173</i>
CHAPITRE III. Du droit légal de préemption des copropriétaires	175