



# Droit de préemption des communes - Rapport à l'attention du Conseil fédéral

## Contenu

<b>1</b>	<b>Synthèse</b> .....	<b>2</b>
<b>2</b>	<b>Point de la situation</b> .....	<b>2</b>
<b>3</b>	<b>Environnement de marché et objectifs d'un éventuel droit de préemption</b> .....	<b>3</b>
3.1	Environnement difficile pour la construction de logements à prix modérés .....	3
3.2	Permettre aux communes un rôle actif en matière de politique foncière et de politique du logement .....	4
<b>4</b>	<b>Forme possible d'un droit de préemption légal</b> .....	<b>5</b>
4.1	Les grandes lignes du droit de préemption .....	5
4.2	Pas d'intervention directe dans la formation des prix .....	6
4.3	Champ d'application limité.....	6
4.3.1	Pas de droit de préemption en cas de succession et de donation.....	6
4.3.2	Condition de la construction ou du maintien de logements à prix avantageux .....	6
4.3.3	Condition de la pénurie de logements ou de la grave pénurie de logements? .....	7
4.3.4	Limitation aux zones destinées à l'habitat et aux zones mixtes .....	7
4.3.5	Inclusion de terrains non bâtis et de bâtiments d'habitation existants .....	7
4.3.6	Prescription de surfaces minimales de terrain .....	8
4.3.7	Limitation de la durée d'exercice du droit.....	8
4.4	Caducité du droit de préemption en cas d'utilisation appropriée du terrain .....	9
4.5	Indemnité pour frais encourus .....	9
4.6	Droit de réméré en cas d'utilisation inappropriée .....	9
4.7	Exercice du droit de préemption: aspects du financement .....	10
<b>5</b>	<b>Appréciation de la réglementation possible</b> .....	<b>11</b>
5.1	Points de rattachement au niveau fédéral et cantonal .....	11
5.1.1	Niveau fédéral .....	11
5.1.2	Dispositions cantonales.....	11
5.1.3	Réglementations européennes .....	12
5.2	Constitutionnalité de l'intervention sur le marché .....	12
5.2.1	Garantie de la propriété et liberté économique .....	12
5.2.2	Admissibilité de l'intervention .....	13
<b>6</b>	<b>Quel texte légal pour ce droit?</b> .....	<b>15</b>



## 1 Synthèse

Se fondant sur une recommandation du groupe de travail Dialogue en matière de politique du logement entre la Confédération, les cantons et les villes, le Conseil fédéral a chargé en date du 15 janvier 2014 le DEFR d'examiner, en collaboration avec le DFPJ, comment pourrait être accordé aux communes un droit de préemption en faveur de la construction de logements à prix modéré ou d'utilité publique. Le but d'un éventuel droit de préemption est d'élargir la marge de manœuvre des communes en matière de politique foncière et du logement. Les communes jouent un rôle crucial dans la maîtrise des défis de la politique du logement. Ce sont elles qui savent le mieux quels sont les besoins que le marché local ne couvre pas. Même s'il n'existe pas de pénurie générale en ce domaine, il peut y avoir un manque de logements abordables et adaptés pour des familles, personnes âgées, handicapées ou en formation. En ménageant un droit de préemption, la Confédération serait en mesure, sans grever davantage ses finances, de soutenir les communes qui ne disposent plus de propres réserves de terrain et qui souhaiteraient combler - elles-mêmes ou en collaboration avec des investisseurs d'utilité publique et autres - des lacunes existant dans l'offre.

Il apparaît impératif qu'un éventuel droit de préemption n'empêche pas la libre formation des prix. Dès lors, seul un droit sans limite de prix entre en considération: une commune autorisée ne doit pouvoir exercer ce droit qu'aux conditions que le vendeur a convenues librement avec un tiers. De cette façon, le vendeur ne subira pas de pertes financières. Par ailleurs, il faut fixer une période limitée pour l'exercice du droit, afin que les transactions immobilières ne soient pas retardées à l'excès.

L'étude de la question a en outre montré qu'une application de ce droit à toute transaction immobilière serait inadéquate. C'est donc une réglementation à caractère "facultatif" qui est soumise à discussion: les communes qui ne souhaiteraient pas recourir au droit de préemption devraient pouvoir renoncer d'emblée à son exercice.

Enfin, le postulat selon lequel le marché immobilier ne saurait être entravé inutilement par un droit de préemption se réaliserait à travers diverses limitations du champ d'application: pas de droit de préemption en cas de succession ou de donation; obligation de la commune de l'exercer conformément au but fixé, dans un délai déterminé; limitation à des terrains d'une surface minimale situés dans des zones affectées à l'habitat ou mixtes. L'acheteur potentiel pourrait de surcroît utiliser lui-même le terrain selon l'affectation prévue pour le droit de préemption et, si la commune ne l'affecte pas au but fixé, un droit d'emption devrait être ménagé à l'acheteur qui a été évincé au profit de la commune.

Même défini de manière aussi restrictive, un droit de préemption constituerait une intervention sur le marché. Certes, celle-ci ne porte pas sur le prix, mais certainement sur le choix du partenaire contractuel. Le droit de préemption du droit foncier rural et des réglementations cantonales liant l'exercice du droit à un but montrent cependant que l'intervention sur le marché peut être judicieuse à certaines conditions. L'appréciation de la réglementation discutée permet de conclure qu'en procédant de la sorte, il y aurait à vrai dire une légère atteinte à la garantie de la propriété et à la liberté économique. Un droit de préemption facultatif octroyé aux communes, sans limitation de prix mais assorti de restrictions multiples, serait cependant utile à l'application de la tâche formulée sous article 108 de la Constitution fédérale (encouragement de la construction de logements et de l'accession à la propriété) et serait légitimé par un intérêt public. La forme proposée pour le droit de préemption permet en outre de qualifier de proportionnée l'intervention sur le marché, et les droits fondamentaux n'en seraient pas touchés dans leur essence.

## 2 Point de la situation

Par décision du 15 mai 2013, le Conseil fédéral a chargé le DEFR d'entamer un dialogue en matière de politique du logement avec les cantons et les villes confrontés à des marchés du logement sous

tension. L'objectif de ce dialogue consiste à créer des échanges sur la situation du marché du logement dans les différentes régions et sur les mesures engagées ainsi qu'à examiner s'il est nécessaire d'intervenir et, le cas échéant, à quel niveau. En outre, les cantons et les villes doivent prendre position sur différentes mesures, de portée régionale, visant le droit du bail et la politique foncière et qui font l'objet de jugements divergents dans le débat politique. L'une de ces mesures est un droit de préemption en faveur de la collectivité, qui faciliterait aux communes l'accès à des terrains.

Le groupe de travail formé par l'Office fédéral du logement (OFL) d'entente avec la Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique (CDEP) et l'Union des villes suisses (UVS) comprend six représentants des cantons et autant des villes ainsi que des délégués du DETEC (ARE) et du Secrétariat général du DFJP. Il s'est réuni lors de trois demi-journées entre août et octobre 2013 et a entériné par correspondance, le 22 novembre 2013, un rapport intermédiaire sur les résultats du dialogue. Il est notamment relevé dans ce rapport que le manque d'accès à des terrains à bâtir adéquats ainsi qu'à d'autres biens-fonds entrave fortement le développement de la construction de logements à prix avantageux ou d'utilité publique. Se fondant sur ce point de la situation, la majorité du groupe de travail recommande un examen approfondi d'un droit de préemption des communes ainsi que de ses possibilités de financement au niveau communal. Une minorité juge cependant une telle étude non pertinente.

Prenant en compte les résultats du Dialogue en matière de politique du logement et les recommandations du groupe de travail, le Conseil fédéral a décidé en date du 15 janvier 2014 de poursuivre le dialogue précité. Il a chargé le DEFR d'examiner, en collaboration avec le DFJP, comment pourrait être accordé aux communes un droit de préemption en faveur de la construction de logements à prix modéré ou d'utilité publique. Dans l'optique de l'élaboration du rapport relatif à l'examen approfondi, les offices fédéraux en charge dans les départements respectifs, soit l'OFL (DEFR) et l'OFJ (DFJP) ont mené des entretiens et procédé à des examens préliminaires supplémentaires. Par ailleurs, l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) a été mandaté pour établir en une brève étude si, dans l'espace européen, des droits de préemption des collectivités sur des terrains à bâtir existent aux fins de la construction de logements d'utilité publique et à prix modérés et, le cas échéant, quelle est la forme de ces droits. Il y avait lieu d'étudier dans ce cadre les pays voisins de la Suisse que sont l'Allemagne, l'Autriche, la France et l'Italie.

Un premier projet de rapport a été mis en discussion dans le cadre du Dialogue en matière de politique du logement. Puis le rapport a été complété et précisé par le DEFR, moyennant prise en compte des suggestions reçues quant à son contenu et d'entente avec le DFJP. Enfin, les comités de la CDEP et de l'UVS ont pris position à propos de l'instrument du droit de préemption.

### **3 Environnement de marché et objectifs d'un éventuel droit de préemption**

#### **3.1 Environnement difficile pour la construction de logements à prix modérés**

Le secteur du logement revêt une importance économique considérable et est étroitement lié, respectivement, aux marchés fonciers, de la construction et de la finance. En principe, l'habitat en Suisse est construit selon les règles de l'économie de marché. Le financement est d'abord assuré par les marchés de capitaux privés. Marché et prix jouent le rôle de régulateur, la concurrence étant un agent moteur et de sélection. Mais la seule solution du marché comporte des imperfections car elle ne tient pas suffisamment compte des besoins et possibilités d'autres milieux de la population. Il y a danger de voir les acteurs du marché en position dominante le faire jouer pour en tirer profit, le marché du logement est par ailleurs sujet à des périodes de récession et de surchauffe, et l'équilibre social n'est pas assuré. D'autre part, l'offre présente une inélasticité très marquée, ce qui entraîne régulièrement, lorsque la demande est à la hausse, de fortes augmentations de prix. Les ménages à bas revenus doivent donc souvent consacrer une grande part de leurs moyens disponibles à un logement conforme à leurs besoins, et il existe des groupes de demande qui sont, du

fait de leurs caractéristiques financières, sociales ou culturelles, spécialement touchés par des marchés tendus.

Le manque de logements à prix avantageux pourrait en principe être maîtrisé par une forte extension de l'offre. Mais le classement nécessaire de terrains supplémentaires en zone à bâtir n'est désormais possible que de manière restreinte. La loi sur l'aménagement du territoire partiellement révisée (LAT, RS 700) après approbation par votation populaire du 3 mars 2013, ainsi que l'ordonnance y relative (OAT, RS 700.1), révisée elle aussi, sont entrées en vigueur le 1er mai 2014. Les objectifs des dispositions révisées sont une utilisation pondérée du sol, une délimitation raisonnable des zones à bâtir ainsi que la promotion d'agglomérations plus compactes. Les cantons sont tenus de montrer dans leurs plans directeurs comment le développement des agglomérations vers l'intérieur aura lieu. Ils doivent s'assurer de surcroît que leurs zones à bâtir répondent au besoin prévisible pour les quinze prochaines années au plus. Du point de vue de l'aménagement du territoire, de nouveaux classements en zone à bâtir ne sont pas souhaitables.

L'étude "Réserves de terrain à bâtir des communes - une chance pour la construction de logements d'utilité publique" (OFL, 25 juin 2009)<sup>1</sup> a montré que les réserves des communes en terrains destinés à l'habitat sont très limitées, étant précisé que les plus faibles réserves par habitant se trouvent dans les grands centres et leurs couronnes ainsi que dans des communes agricoles. Les communes et les maîtres d'ouvrage d'utilité publique, qui sont des acteurs importants pour l'approvisionnement en logements destinés aux groupes de demande défavorisés, ont toujours plus de difficultés à acquérir, sous les conditions de marché considérées, du terrain à bâtir ou des bâtiments adéquats.

### **3.2 Permettre aux communes un rôle actif en matière de politique foncière et de politique du logement**

Dans l'étude de janvier 2010<sup>2</sup> intitulée "Promouvoir la construction de logements d'utilité publique", l'Association suisse pour l'aménagement national (VPL-ASPAN) a montré qu'en ce domaine, les communes disposent de certains moyens. Ainsi l'octroi, à titre incitatif, de possibilités de bâtir supplémentaires dans le secteur des logements d'utilité publique, la définition de quotas de logements d'utilité publique dans les plans d'affectation ou la constitution d'un droit d'emption de la commune lors de nouveaux classements en zone à bâtir. Dans la synthèse de l'étude, il est relevé que "les communes peuvent accroître leur marge de manœuvre en pratiquant une politique foncière active. Celles disposant elles-mêmes de terrains sont en effet mieux à même de gérer leur développement et de faire valoir l'intérêt général dans les opérations correspondantes. Ainsi peuvent-elles vendre leurs terrains en les grevant de charges en faveur du logement à loyer ou à prix modérés, ou les céder en droit de superficie à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique." Le cercle des acheteurs pourrait également être élargi à d'autres investisseurs, à condition qu'ils s'engagent contractuellement à proposer un habitat répondant aux besoins.

Les communes, en particulier celles qui n'ont guère d'expérience dans le domaine de la promotion de logements abordables, doivent se demander quelles possibilités existent véritablement pour favoriser la construction de logements à loyer ou à prix modérés, ou quelles mesures conviennent ou non pour une commune déterminée. Dans la documentation "Promotion de logements à prix avantageux - une boîte à outils destinée aux villes et aux communes" (juin 2014)<sup>3</sup>, il est relevé entre autre que la possession de propres terrains est la condition d'un rôle actif de la commune dans la promotion de logements abordables.

Une commune peut tenter, par un examen continu des possibilités d'achat et d'échange, de s'assurer du terrain à de telles fins. Mais dans les communes où les loyers et les prix de l'immobilier sont élevés, la disponibilité de terrains à bâtir appropriés est, en règle générale, fortement limitée. La condition d'une politique foncière efficace dans l'optique de la création de logements bon marché ne réside pas dans la disponibilité théorique, mais bien dans la disponibilité effective de terrains à bâtir. Cependant, celle-ci n'existera qu'à condition que soient améliorés pour les communes les

<sup>1</sup> <http://www.bwo.admin.ch/themen/00328/00331/index.html?lang=fr>

<sup>2</sup> [http://www.vlp-aspan.ch/sites/default/files/ru\\_10\\_01\\_0.pdf](http://www.vlp-aspan.ch/sites/default/files/ru_10_01_0.pdf)

<sup>3</sup> <http://www.bwo.admin.ch/dokumentation/00106/00108/index.html?lang=fr>

moyens d'acquérir du terrain à bâtir. A cet effet, un droit de préemption - général et sans limite de prix - accordé aux communes peut aider. Un tel instrument pourrait garantir que la commune soit informée de l'intention de vente et qu'elle obtienne - par rapport à certains tiers intéressés - un avantage pour une acquisition de terrain voulue. De cette manière, la marge de manœuvre des communes en matière de politique foncière et du logement serait élargie; par ailleurs se concrétiserait un postulat fréquemment formulé, selon lequel un rôle crucial revient aux communes en ce qui concerne la maîtrise des défis de la politique du logement, car celles-ci seraient les mieux placées pour savoir quels besoins le marché ne couvre pas. L'exercice du droit de préemption ouvrirait diverses voies permettant de parvenir au but. La commune pourrait de la sorte construire elle-même des logements abordables, ou tout au moins remettre le terrain par voie de vente ou en droit de superficie, toutes deux options assorties ou non de prestations d'aide supplémentaire.

## 4 **Forme possible d'un droit de préemption légal**

En principe, un droit de préemption pourrait s'appliquer à toute vente immobilière. Mais ceci ne serait guère judicieux, car toutes les transactions immobilières sans rapport avec la construction de logements d'utilité publique ou à prix modérés en seraient alors rendues inutilement plus difficiles. Le droit de préemption proposé ici doit donc, comment développé ci-après, trouver application uniquement dans certaines transactions immobilières. De plus, il ne doit revenir qu'aux communes (et éventuellement aux cantons) qui aimeraient l'exercer et augmenter de la sorte leur marge de manœuvre en matière de politique foncière et de politique du logement. Les communes ne désirant pas mettre à profit cet outil doivent pouvoir d'emblée renoncer à l'exercice du droit.

### 4.1 **Les grandes lignes du droit de préemption**

Le droit de préemption est un droit formateur qui habilite l'ayant droit à exiger à la survenance du cas de préemption, par une déclaration de volonté unilatérale et sujette à réception, le transfert de propriété d'un objet. Ce droit peut être exercé lors de la vente d'un bien-fonds (autrement dit au moment où un contrat de vente est légalement valable) et à l'occasion de tout autre acte juridique équivalant économiquement à une vente, pour autant que la contrepartie puisse également être fournie par un tiers n'ayant pas qualité de partie. Le vendeur doit informer le titulaire du droit de la conclusion du contrat de vente ainsi que de son contenu. S'il omet de le faire, le conservateur du registre foncier est tenu d'en aviser le titulaire du droit lorsque la transaction lui est adressée pour inscription. Le titulaire exerce son droit formateur par une déclaration sans réserve et irrévocable exprimant qu'il entend acquérir le bien-fonds en exerçant son droit. Le rapport de vente naît de ce fait entre le vendeur et le titulaire du droit de préemption. L'inscription au registre foncier intervient sur la base du contrat de vente conclu avec le tiers, de la déclaration d'exercice du titulaire du droit et du pouvoir du vendeur de requérir l'inscription. Si ce dernier refuse son approbation, le titulaire du droit doit ouvrir action pour le transfert de propriété.

A la différence du droit de préemption contractuel, le droit de préemption légal peut également s'exercer en cas de réalisation forcée (avec inclusion de la vente de gré à gré), mais uniquement lors des enchères mêmes, et aux conditions de l'adjudication.

S'agissant du droit de préemption, un certain risque d'abus n'est pas à exclure, car les parties contractantes pourraient tenter de fixer artificiellement dans le contrat de vente un prix majoré, au détriment de la collectivité. Contrairement à ce qui est prévu dans le champ d'application de la loi fédérale sur le droit foncier rural (LDFR, RS 211.412.11) - autrement dit des règles concernant des prix d'acquisition surfaits - aucune prescription n'est envisageable en matière de prix dans le domaine du droit de préemption des communes. Cependant, le risque d'indications de prix trompeuses est plutôt minime car l'acheteur s'exposerait alors au risque d'être lié par le prix élevé fixé dans le contrat de vente passé par acte authentique. A cela s'ajoute une protection de droit pénal, puisque la falsification et l'utilisation de l'acte de vente à des fins de tromperie remplissent la qualification de faux dans les titres selon article 251 du Code pénal suisse (CP, RS 311.0).

Selon mandat du Conseil fédéral du 15 janvier 2014, il y a lieu d'examiner sous quelles conditions peut être accordé aux communes un droit de préemption sans limitation de prix en faveur de la

construction de logements à prix modérés ou d'utilité publique. Bien que ceci ne soit pas explicitement mentionné dans les développements sous chiffre 4.3 du rapport intermédiaire du 3 décembre 2013<sup>4</sup> du groupe de travail "Dialogue en matière de politique du logement entre la Confédération, les cantons et les villes", rapport sur lequel se fonde la décision du Conseil fédéral du 15 janvier 2014, il peut être déduit du contexte que l'on entend par là les communes politiques du lieu où se situe l'objet. Un droit de préemption des communes bourgeoises, des communes ecclésiastiques et d'autres corporations similaires ne serait pas pertinent, car celles-ci n'ont pas à traiter principalement des questions de planification de l'urbanisation, ni de la construction de logements.

Comme mentionné plus loin sous chiffre 4.8, une extension du droit de préemption aux cantons serait le cas échéant souhaitable, car les moyens de financement de l'acquisition de terrains appropriés pour la construction de logements d'utilité publique ou à prix avantageux pourraient en être améliorés. Dans la mesure où une décision de principe en faveur d'un droit de préemption serait prise, il y aurait donc lieu d'examiner une extension en ce sens du cercle des titulaires du droit. Si l'on optait pour une telle extension, il faudrait encore régler dans quel rapport existeraient les droits de préemption respectifs entre cantons et communes. Serait par exemple concevable une répartition en fonction de la superficie du bien-fonds en question, comme diverses réglementations cantonales régissant le droit de préemption le prévoient déjà en partie aujourd'hui.

## **4.2 Pas d'intervention directe dans la formation des prix**

Le droit de préemption ici présenté est conçu sans limitation de prix. Autrement dit, le titulaire ne peut exercer son droit qu'aux conditions que le vendeur a librement convenues avec un tiers. Tant en ce qui concerne le prix que les autres dispositions, est déterminant le contrat de vente que le vendeur a conclu avec le tiers, et dans lequel entre le titulaire du droit de préemption. Ce droit sans limitation de prix n'interfère donc pas dans la libre formation du prix et le vendeur ne subit généralement pas de pertes financières. Une petite différence pourrait théoriquement résider dans le fait qu'une commune intéressée à un terrain pourrait attendre de savoir si un contrat de vente a été passé et à quel prix sans avoir à divulguer son intérêt à l'objet de la vente. Elle serait avantagée de ce fait par rapport aux autres acteurs du marché. De plus, cette attente aurait une influence sur le volume de la demande déterminante pour les prix et pourrait ainsi conduire à un prix de vente inférieur. Bien que le droit de préemption sans limitation de prix n'ait pas d'influence directe sur la fixation des prix sous forme d'une limite maximale, on ne saurait cependant le considérer comme absolument neutre par rapport au marché.

## **4.3 Champ d'application limité**

### **4.3.1 Pas de droit de préemption en cas de succession et de donation**

Ne sont pas réputés cas de préemption la donation, la donation mixte, l'attribution d'un bien-fonds à un héritier dans le partage successoral ni, de façon tout à fait générale, des transferts de propriété au titre de relations personnelles particulières (vente à des parents ou à un enfant). Cette exception pourrait être éventuellement limitée à certains rapports de parenté (parent en ligne ascendante ou descendante, frère ou sœur, conjoint, partenaire enregistré). De pures "ventes à titre amical" ne justifient cependant pas une exception. En outre, il n'y a pas cas de préemption non plus lorsque l'acquisition a lieu pour remplir une tâche publique.

### **4.3.2 Condition de la construction ou du maintien de logements à prix avantageux**

La condition requise, à savoir que le terrain en question est nécessaire à la construction ou au maintien de logements à prix avantageux ou de logements pour personnes défavorisées par le marché du logement (familles, personnes handicapées, personnes âgées ou en formation), découle directement du mandat donné par le Conseil fédéral en date du 15 janvier 2014. Dans sa déclaration d'exercice du droit de préemption, la collectivité doit exposer et établir que l'une de ces conditions

<sup>4</sup> <http://www.bwo.admin.ch/themen/00532/index.html?lang=fr>

est remplie dans le cas concret. De même, l'acheteur potentiel devrait avoir la possibilité de s'engager à utiliser le terrain pendant une durée minimale déterminée, conformément à l'affectation qui était prévue par la commune. Le cas échéant, le droit de préemption ne pourrait pas être exercé, mais le terrain serait consacré à l'affectation justifiant le droit de préemption.

#### **4.3.3 Condition de la pénurie de logements ou de la grave pénurie de logements?**

Sous l'angle de la localisation, le droit de préemption pourrait être conçu de telle sorte qu'il ne s'applique pas dans toute la Suisse ou dans tout le canton et que, du point de vue temporel, il ne soit pas de durée illimitée. Il ne devrait déployer ses effets que dans les communes où existe un besoin correspondant, autrement dit où il y a grave pénurie de logements, et seulement pour la durée de celle-ci. Mais il convient d'observer que même en une situation équilibrée du marché selon chiffres du parc de logements vacants, il peut y avoir un manque de logements bon marché ou de logements destinés à certains groupes de demande comme, par exemple, des personnes âgées ou en formation. Parce que les communes respectives sont le mieux placées pour connaître ces besoins éventuellement non couverts, il faudrait leur laisser, indépendamment du taux de logements vacants, la liberté de décider si elles souhaitent ou non exercer un droit de préemption. Il serait donc à envisager que ce droit puisse s'appliquer théoriquement aussi dans des régions où, sur la base de l'état du marché local du logement, il n'existe pas de besoin y afférent.

Le droit de préemption est à considérer en tant qu'offre pour des communes qui souhaiteraient jouer un rôle plus actif en matière de politique foncière et de politique du logement. Les communes ne souhaitant pas faire usage de cette offre devraient pouvoir renoncer en général, ou pour certains terrains (par exemple ceux qui ne conviennent pas à la construction de logements à prix avantageux). Quant aux ventes futures, il faudrait que la commune puisse revenir sur sa renonciation, par exemple si la situation du logement s'est notablement modifiée.

Serait également envisageable une approche où la commune aurait l'obligation de déclarer au préalable, de façon générale ou pour certains terrains ou zones, sa volonté de recourir au droit de préemption. En pareil cas, la commune n'aurait cependant pas, contrairement à l'option de la renonciation, à se préoccuper activement de la situation du logement et d'un éventuel besoin d'intervention, raison pour laquelle la "solution de la renonciation" doit être privilégiée en principe. Dans la "solution de la déclaration", il est probable que le nombre de communes à exercer le droit soit nettement moins important, autrement dit les transactions touchées seraient certes moins nombreuses mais, d'un autre côté, les objectifs fixés pour la politique du logement ne seraient atteints que dans une moindre mesure.

#### **4.3.4 Limitation aux zones destinées à l'habitat et aux zones mixtes**

Parce que le droit de préemption vise une amélioration de l'offre de logements, il apparaît judicieux de le limiter à certaines zones à bâtir. Sont au premier plan des zones vouées à l'habitat, mais aussi des zones mixtes prévoyant une affectation au logement.

#### **4.3.5 Inclusion de terrains non bâtis et de bâtiments d'habitation existants**

Une autre limitation concevable du champ d'application serait concevable, qui consisterait à réserver le droit de préemption aux seuls terrains non bâtis tout en excluant les bâtiments d'habitation existants. Au vu de l'importance croissante de l'urbanisation vers l'intérieur et de la densification des constructions, il semble cependant adéquat d'inclure les deux sortes d'immeubles, étant précisé que pour les bâtiments existants, se pose la question de savoir à quel genre de biens doit s'appliquer le droit de préemption (bâtiments locatifs, propriété par étages, maisons individuelles, immeubles à affectation mixte). Il paraît inapproprié de prévoir un droit de préemption pour des maisons individuelles sises sur un terrain de moins de 1'000 m<sup>2</sup>, ainsi que pour des appartements individuels en propriété par étages, pour autant que le même propriétaire n'en possède pas plusieurs dans le même immeuble.

#### 4.3.6 Prescription de surfaces minimales de terrain

Le critère de la superficie du terrain reviendrait à définir une surface minimale déterminante pour l'application du droit de préemption. Partant de l'idée que, en règle générale, des unités d'habitation individuelles ne permettent pas un apport décisif à la construction de logements d'utilité publique ou à loyer et prix modérés, et que la surface de terrain nécessaire à une maison individuelle moyenne est d'environ 500 à 600 m<sup>2</sup>, une superficie minimale de 1'000 m<sup>2</sup> pourrait, par exemple, s'avérer pertinente pour le droit de préemption. Une surface supérieure ne serait pas rationnelle, parce que dans des régions limitrophes, ainsi dans des régions de montagne, il peut être souhaitable de mettre à disposition du terrain pour un immeuble de trois logements seulement.

Afin d'éviter des transactions visant à contourner la règle, il faudrait prescrire, en cas d'adoption d'une surface minimale, que des terrains ne sauraient être morcelés dans le but de rester au-dessous de la superficie minimale déterminante pour le droit de préemption. A cet égard, les interdictions de partage matériel et de morcellement selon article 58 LDFR pourraient constituer un point d'appui.

Un élément pourrait plaider en défaveur d'une superficie minimale: en de rares cas particuliers, l'achat d'une petite parcelle ou d'une unité de logement individuelle peut se révéler décisive pour la réalisation d'un plus grand projet. Que ceci puisse justifier l'abandon d'une telle prescription est certes discutable mais, dans le cadre d'une pesée des intérêts, il faudrait admettre que si l'on y renonçait, un nombre assez considérable de petits terrains qui ne correspondent pas au but recherché seraient touchés par le droit de préemption.

Hormis la grandeur du terrain, le nombre d'étages autorisés dans une zone à bâtir pourrait être envisagé comme critère limitatif supplémentaire. Cependant, un tel critère semble inopportun, car les dispositions sur le nombre d'étages diffèrent beaucoup selon les localités.

#### 4.3.7 Limitation de la durée d'exercice du droit

Selon les règles générales du Code civil suisse (CC, RS 210), l'exercice du droit de préemption légal est soumis à un double délai: le titulaire doit invoquer son droit dans les trois mois à compter du moment où il a eu connaissance de la conclusion du contrat et de son contenu, mais au plus tard deux ans après l'inscription du nouveau propriétaire au registre foncier. Il n'y a connaissance de la transaction qu'au moment où le ou la titulaire du droit, se fondant pour cela sur une communication du vendeur ou du registre foncier, prend connaissance de toutes les dispositions essentielles du contrat de vente et dispose donc des bases nécessaires à sa décision. Le délai est respecté dès lors que la déclaration d'exercice du droit parvient dans le délai chez le destinataire (autrement dit le propriétaire foncier). Si le ou la titulaire du droit apprend qu'une vente est imminente, il ou elle peut déjà faire connaître à titre préventif sa déclaration de volonté (sous la condition suspensive que la vente se réalise effectivement). Le vendeur peut alors conclure directement le contrat avec le titulaire du droit de préemption. Inversement, celui-ci ne peut pas, pour sa propre protection en cas de droit de préemption légal et selon les règles générales, renoncer par anticipation à l'exercice du droit, mais seulement après la survenance du cas de préemption, autrement dit après la conclusion du contrat avec le premier acheteur. La commune n'a toutefois pas besoin d'une telle autoprotection, raison pour laquelle il s'agit de lui permettre de renoncer par anticipation au droit de préemption.

Des décrets cantonaux prévoient pour des droits de préemption légaux des délais d'exercice réduits de 45 ou 60 jours. Dans les dernières années, le traitement des actes juridiques s'est accéléré de manière générale, et aussi dans le secteur immobilier. Le règlement des transactions immobilières ne peut pas être ralenti excessivement au motif d'un droit de préemption des communes, ceci en considération du vendeur, mais aussi de tiers intéressés. Un délai d'attente de trois mois, pendant lequel la transaction demeure le cas échéant en suspens, n'apparaît plus soutenable de nos jours. Le délai pourrait donc être ramené à un mois. Ce bref délai exige cependant que, s'agissant de la décision et du financement au niveau de la commune, des mesures soient prises en ce sens (voir chiffre 4.8).



En ce qui concerne les composantes temporelles du droit de préemption, il faut observer que les transactions immobilières comprennent plusieurs étapes et qu'au vu de l'exigence d'un acte authentique, les services d'un notaire sont requis. Celui-ci règle généralement aussi d'autres tâches nécessaires telles que, par exemple, la requête d'informations auprès du registre foncier, la mise au point du projet d'acte de vente, la constitution de garanties pour prêts hypothécaires, les recherches en rapport avec d'éventuelles annotations, la fixation de la date de passation de l'acte authentique, la réquisition d'inscription au registre foncier, et le décompte des émoluments de ce dernier ou des impôts sur les gains immobiliers. Dans ce contexte, le droit de préemption serait un point supplémentaire sur lequel le notaire se renseignerait de façon routinière. Avec l'accord des parties, il pourrait à cet égard informer, avant la conclusion du contrat déjà, les autorités communales au sujet de la transaction, de sorte que celles-ci seraient souvent en mesure de notifier une déclaration de renonciation avant ou au plus tard juste après la survenance du cas de préemption. Il conviendrait ainsi d'admettre que dans la majorité des cas, le droit de préemption n'entraînerait pas de retard sensible.

#### **4.4 Caducité du droit de préemption en cas d'utilisation appropriée du terrain**

Dans le délai d'un mois à dater de l'exercice du droit de préemption par la commune, l'acheteur potentiel peut s'engager contractuellement à utiliser le terrain pour une certaine durée minimale, par exemple 20 ans, de la manière visée par la commune, et à poursuivre ainsi lui-même les buts recherchés. Dès lors, le droit de préemption devient caduc. Des charges grevant adéquatement l'utilisation peuvent être prévues en ce sens dans le contrat, qui feront l'objet d'une annotation au registre foncier. Si les conditions se modifient au point que l'exécution des charges devient impossible ou intolérable, elles peuvent être annulées prématurément, mais on devra juger du degré d'intolérabilité selon des règles strictes, pour éviter des abus.

#### **4.5 Indemnité pour frais encourus**

Il est concevable que l'acheteur évincé encoure des frais d'études dans l'optique de l'achat du terrain visé, frais qui ne lui sont plus d'aucune utilité par suite de l'exercice du droit de préemption par la commune. C'est pourquoi se poserait la question, lors de l'élaboration des règles relatives au droit de préemption, de savoir sous quelles conditions et dans quelle mesure l'acheteur écarté pourrait faire valoir envers la commune une indemnité pour de telles dépenses. D'une façon ou d'une autre, la commune exerçant le droit de préemption devrait supporter les frais de mutation que le contrat a occasionnés à l'acheteur.

#### **4.6 Droit de réméré en cas d'utilisation inappropriée**

Les communes ne peuvent abuser du droit de préemption pour acquérir des immeubles résidentiels en tant que purs placements de capitaux. Bien au contraire, ces immeubles doivent être affectés au but prévu (soit la construction de logements abordables) dans un délai raisonnable. Sans quoi, il faut accorder à l'acheteur évincé un droit d'emption et, subsidiairement, au vendeur un droit de rachat au prix de vente convenu initialement, auquel s'ajoutent des dépenses génératrices de plus-value. S'agissant de terrains non bâtis, il faut le cas échéant - après l'acquisition - élaborer en premier lieu un projet de construction, mais on peut attendre de la part de la commune qu'elle dépose au moins une demande de permis de construire dans les deux ans. Si le terrain est déjà bâti, il semble que l'on puisse raisonnablement attendre que celui-ci reçoive dans le délai d'une année une affectation conforme au but visé. A échéance de ces délais, le droit d'emption et le droit de réméré légaux peuvent être exercés durant un délai de préemption de trois mois, sous forme d'une déclaration unilatérale de volonté, soumise à réception, adressée à la commune. Pour l'inscription au registre foncier, la déclaration de consentement de cette dernière est nécessaire. Si le propriétaire initial entend aliéner à nouveau le terrain après le rachat, la commune est déchue de son droit de préemption concernant cet objet.

## 4.7 Exercice du droit de préemption: aspects du financement

Les questions de financement soulevées par un droit de préemption des communes concernent avant tout le secteur des finances communales. Dans la pratique, les moyens de financement pourraient être améliorés par une extension du droit de préemption aux cantons, car ceux-ci peuvent généralement opérer dans des limites budgétaires plus larges que celles des communes. La question du financement d'achats de terrain par les collectivités se pose toutefois indépendamment de l'introduction et de la forme concrète d'un droit de préemption général. Des instruments de financement possibles résident dans l'octroi aux exécutifs des compétences budgétaires nécessaires à l'acquisition de terrain, la constitution et la dotation financière d'organismes de droit privé (par ex. une société anonyme ou fondation) ou l'alimentation d'un fonds pour le financement des mesures d'une politique foncière et d'une politique du logement axées sur la construction de logements d'utilité publique ou à loyer et prix modérés. Par exemple, un tel fonds pourrait être alimenté par les impôts sur les gains immobiliers.

Une autre source possible de financement est envisageable à l'avenir sous forme de la compensation de la plus-value selon article 5, alinéa 1 LAT. Des avantages issus de la planification seront compensés à un taux de 20 pour cent au minimum. La LAT prescrit en outre que les recettes de cette taxe seront affectées à l'indemnisation de restrictions à la propriété causées par des mesures d'aménagement du territoire et assimilées à une expropriation, ainsi que pour d'autres mesures d'aménagement. Ces dernières consistent en la meilleure utilisation de surfaces en friches ou insuffisamment utilisées dans des zones à bâtir, tout comme en moyens de densification du tissu urbain. Dans le cadre de la 2<sup>e</sup> étape imminente de la révision de la LAT, il sera examiné dans quelle mesure des recettes de compensation de la plus-value peuvent être utilisées pour l'acquisition de terrain par la collectivité, dans le contexte de la politique foncière. La VLP-ASPAN publie un tableau des dispositions cantonales en vigueur à ce jour concernant la compensation de la plus-value (état au 15 août 2014)<sup>5</sup>. L'affectation de la taxe sur la plus-value à l'encouragement de la construction de logements d'utilité publique constitue également l'objet d'une motion déposée par le conseiller national Kurt Fluri le 20 juin 2013.<sup>6</sup> Par ailleurs, une motion déposée le 21 juin 2013 par le conseiller national Candinas<sup>7</sup> exige que dans l'article "Buts" de la LAT, l'encouragement de la construction de logements d'utilité publique constitue un principe de l'aménagement du territoire ayant valeur de directive de la Confédération, des cantons et des communes, ce qui pourrait également représenter une base pour une application en ce sens de la taxe sur la plus-value.

Le thème du financement est aussi l'objet de l'initiative lancée en avril 2012 et intitulée "Se loger à prix abordable dans le canton de Zurich"<sup>8</sup>, qui sera soumise à votation populaire en 2015 avec un contre-projet du gouvernement. L'initiative prévoit que le canton crée un fonds pour le logement, qui octroie aux maîtres d'ouvrage d'utilité publique des prêts à conditions favorables ou des contributions à l'amortissement, afin de réduire les coûts de l'acquisition de terrains à bâtir et de bâtiments. Les communes devraient elles aussi pouvoir créer de tels fonds. Enfin, une base légale devrait être créée, qui permette au canton de ne plus vendre des terrains appropriés au plus offrant, mais à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique, et d'octroyer un droit de préemption aux communes.

En ce qui concerne le financement de l'achat de terrains, il convient de relever aussi que sur la base de la teneur de l'article 43 de la l'ordonnance encourageant le logement à loyer ou à prix modérés (OLOG, RS 842.1) entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014, des aides au financement selon la loi sur le logement (LOG, RS 842) accordées aux maîtres d'ouvrage d'utilité publique peuvent désormais être versées également pour l'acquisition de terrains en vue de la construction de logements à loyer ou à prix modérés. De telles aides et d'autres encore, ainsi des subventions cantonales, peuvent être importantes lorsqu'une commune, dans le cadre de sa politique foncière, aliène du terrain à bâtir à une coopérative d'habitation, par exemple. Le cas échéant, le droit de

<sup>5</sup> <http://www.vlp-aspan.ch/fr/themes/prelevement-de-la-plus-value>

<sup>6</sup> 13.3535 - Motion Fluri. Taxe sur la plus-value pour promouvoir les logements d'utilité publique

<sup>7</sup> 13.3637 - Motion Candinas. Loi sur l'aménagement du territoire. Encourager la construction de logements d'utilité publique en complétant l'article sur les buts

<sup>8</sup> [http://www.wahlen.zh.ch/abstimmungen/initiativen/iniliste\\_detail.php?id=69](http://www.wahlen.zh.ch/abstimmungen/initiativen/iniliste_detail.php?id=69)

préemption peut même constituer la condition requise pour que les moyens d'aide à disposition puissent véritablement être liés au but de l'encouragement.

## **5 Appréciation de la réglementation possible**

### **5.1 Points de rattachement au niveau fédéral et cantonal**

#### **5.1.1 Niveau fédéral**

La réglementation ici proposée d'un droit éventuel de préemption des communes ne constitue nullement une innovation. Le droit de préemption en tant que tel est déjà inscrit dans le droit en vigueur. Les articles 681 ss CC règlent, dans les restrictions au droit d'aliéner la propriété foncière, les droits de préemption légaux. Un autre droit de préemption légal est contenu dans les articles 42 ss LDFR. Comme le relève le message relatif à la loi fédérale sur le droit foncier rural<sup>9</sup>, ce texte légal vise en premier lieu une facilitation de l'acquisition des terrains d'exploitations agricoles par l'exploitant à titre personnel, et ce à des conditions supportables. Le législateur a vu un moyen de réaliser le but mentionné via le droit de préemption, qui devrait en principe déployer ses effets envers des parents lors de toute aliénation d'une exploitation agricole. Les articles 216 ss du Code des obligations (CO, RS 220) régissent le droit de préemption contractuel, qui ne se fonde pas sur une prescription légale, mais au contraire sur un accord de plein gré entre deux parties.

L'introduction d'un droit de préemption des communes pour l'encouragement de la construction de logements d'utilité publique ou abordables avait déjà fait l'objet de débats intenses au niveau fédéral voici environ 25 ans, lorsque le marché du logement présentait la même tension que de nos jours. Un groupe de travail interdépartemental institué par le DFJP et dénommé "Evolution du droit foncier" déposait en mai 1991 son rapport final ("Eléments pour une politique foncière"), qui esquissait une multiplicité de mesures possibles, dans l'esprit d'un état des lieux. Se fondant sur ce rapport, le DFJP élaborait en février 1993 un rapport explicatif relatif à des avant-projets concernant le droit foncier en milieu urbanisé. Ce rapport portait sur le droit de particuliers de procéder à des tâches d'équipement, le droit de préemption du locataire, le droit de préemption de la commune et la publication des prix. Il était prévu, comme dans la proposition présentée ici, un droit de préemption sans limitation de prix. Il a été renoncé à un droit de préemption où le prix serait fixé par l'Etat et non pas formé librement, car ceci aurait présenté une lacune sous l'angle de la conformité au marché. Dans l'intérêt de la réalisation fidèle du but recherché, le droit de préemption devait de surcroît être objectivement limité à des terrains en zone à bâtir, qui sont principalement destinés à l'habitation et situés géographiquement dans des communes connaissant une grave pénurie de logements. Suite à la crise de l'immobilier qui est intervenue dans les années nonante et qui a entraîné une détente sur le marché du logement, le projet de loi esquissé n'a pas reçu de suite.

Enfin, au plan fédéral, il existe des droits de préemption en rapport avec l'encouragement à la construction de logements. Ainsi la Confédération jouit-elle, dans le cadre de l'aide selon la loi fédérale du 4 octobre 1974 encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements (LCAP, RS 843), d'un droit légal d'emption et de préemption pour empêcher que ces logements ne soient utilisés à d'autres fins, jusqu'à remboursement complet de ses avances et des intérêts (art. 46, al. 2 LCAP). La durée des contrats de droit public conclus avec les propriétaires des immeubles subventionnés est généralement de 25 à 30 ans. Pendant cette période, les dispositions de la LCAP demeurent applicables, le droit d'emption et de préemption n'ayant toutefois jamais dû être exercé en pratique.

#### **5.1.2 Dispositions cantonales**

Le droit de préemption légal des communes, tel qu'il est envisagé au niveau fédéral, touche un contexte dans lequel n'existe pas de compétence législative exclusivement cantonale. L'article 108 Cst. énonce le mandat de la Confédération relatif à l'encouragement de la construction de loge-

---

<sup>9</sup> BBI 1988 III 953, ici 955

ments et de l'accession à la propriété. Cet encouragement ne se fait pas uniquement par des instruments financiers, mais s'étend aussi à d'autres mesures telles que le droit de préemption. La compétence d'aides de la Confédération revêt un caractère global, mais n'exclut pas des compétences cantonales. Par conséquent, des mesures de la Confédération et des cantons peuvent s'appliquer simultanément et se cumuler. Au niveau cantonal, des droits de préemption ponctuels des communes et du canton sont largement répandus. Le droit de préemption des communes et/ou des cantons s'avère être un instrument apte à poursuivre concrètement les buts décrits. Des droits de préemption existent souvent dans le domaine du droit de la construction et de l'aménagement du territoire, ou en rapport avec des bâtiments d'importance historique ou culturelle. Les cantons de Genève, Vaud, St-Gall, Zoug, des Grisons, de Zurich, Lucerne et Obwald connaissent des droits de préemption liés aux prestations de services dans le cadre de l'encouragement à la construction de logements.

### 5.1.3 Réglementations européennes

Il existe un droit de préemption légal des communes inscrit dans les articles 24 et suivants de la loi allemande sur les constructions. Dans le droit autrichien, des dispositions ont été prises à divers niveaux. La loi sur l'acquisition de terrains contient un droit d'intervention des communes et la loi sur la rénovation urbaine prévoit que dans certaines régions définies par la loi, les terrains doivent être proposés en premier lieu à la commune. De plus, les Länder peuvent promulguer des lois concernant l'acquisition de terrains pour la construction de logements.

## 5.2 Constitutionnalité de l'intervention sur le marché

En principe, le droit de préemption de la commune représente une intervention dans le cours du marché, raison pour laquelle il est souvent jugé avec scepticisme, ou rejeté en évoquant la garantie de propriété et la liberté économique inscrites dans la Constitution. Le droit de préemption dans la LDFR et les dispositions cantonales existantes montrent cependant que sous certaines conditions, l'intervention sur le marché peut être admise. Il sera exposé ci-après que la réglementation présentée ici, qui prévoit un droit de préemption sans limitation de prix, soumis à de multiples restrictions et "facultatif" pour les communes, se fonde sur une base légale, répond à un intérêt public, semble proportionnée et ne touche pas à l'essence des droits fondamentaux.

### 5.2.1 Garantie de la propriété et liberté économique

Selon article 26, alinéa 1 Cst., la propriété est garantie. En vertu de l'art. 26, alinéa 2 Cst., une pleine indemnité est due en cas d'expropriation ou de restriction à la propriété équivalant à une expropriation. La propriété privée et d'autres valeurs patrimoniales sont garanties par la garantie de la propriété.<sup>10</sup> La propriété est régie<sup>11</sup> par d'autres dispositions constitutionnelles, qui ont des effets sur son système, et elle est structurée par les lois ordinaires.<sup>12</sup>

La liberté économique est garantie conformément à l'article 27, alinéa 1 Cst. Sont objets de la liberté économique selon le deuxième alinéa le libre choix de la profession ainsi que le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice. Les principes de l'ordre économique sont réglés sous l'article 94 Cst. Selon l'article 94, alinéa 1 et alinéa 2 Cst., la Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique, veillent à sauvegarder les intérêts de l'économie nationale et contribuent, avec le secteur de l'économie privée, à la prospérité et à la sécurité économique de la population.

<sup>10</sup> RENÉ RHINOW, §35 Wirtschafts- und Eigentumsverfassung, dans: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz - Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, § 35 chiffre 27; ENRICO RIVA/THOMAS MÜLLER-TSCHUMI, § 48 Eigentumsgarantie, dans: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz - Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, § 48 chiffre 13.

<sup>11</sup> PASCAL MAHON, Art. 26, dans: Jean-François-Aubert/Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003, art. 26 n. 4.

<sup>12</sup> RIVA/MÜLLER-TSCHUMI (note 10), § 48 chiffre 1 et 10.

Le domaine de protection de la liberté économique englobe toute activité économique privée qui est exercée pour réaliser un gain ou un revenu lucratif; en fait notamment aussi partie le choix du partenaire contractuel. De la liberté économique est tiré le principe de l'égalité de traitement de concurrents. Des mesures étatiques ne sont admissibles que dans la mesure où elles n'entraînent pas de distorsion de la concurrence.<sup>13</sup>

Le droit de préemption des communes a des effets sur le choix du partenaire contractuel en tant qu'élément de la liberté contractuelle de droit privé. Il n'y a atteinte à la liberté économique par un droit de préemption que lorsqu'il s'agit, du côté du vendeur, d'une personne physique ou morale qui réalise des revenus par la vente de terrains.

## 5.2.2 Admissibilité de l'intervention

### 5.2.2.1 Base légale

Une base légale est nécessaire aux atteintes portées à des droits fondamentaux (article 36, alinéa 1 Cst.), le Tribunal fédéral distinguant entre atteintes graves et légères.<sup>14</sup> Le droit de préemption de la commune développe ses effets dans une situation où le propriétaire a de toute façon la volonté de céder la propriété d'un terrain. Comme il s'agit d'un droit de préemption sans limite de prix, le vendeur ne subit aucune perte financière par la vente à la commune. Le choix du partenaire contractuel n'est par ailleurs touché que de façon limitée, car devraient être exclus du droit de préemption les cas dans lesquels la personne de l'acquéreur joue un rôle essentiel. Il est donc question ici d'une atteinte légère à la garantie de la propriété et à la liberté économique.

Sur la base de l'article 41, alinéa 1 Cst., la Confédération s'engage à ce que „toute personne en quête d'un logement puisse trouver, pour elle-même et sa famille, un logement approprié à des conditions supportables“. En vertu de l'article 108, alinéa 1 Cst., la Confédération a un mandat général pour encourager la construction de logements et l'accession à la propriété. Ce mandat englobe la construction de logements, l'acquisition d'appartements et de maisons familiales destinés à l'usage personnel de particuliers et les activités des maîtres d'ouvrage et des organisations œuvrant à la construction de logements d'utilité publique. L'acquisition et l'équipement de terrains en vue de la construction de logements, la rationalisation de la construction, l'abaissement du coût du logement sont les instruments de la réalisation du mandat constitutionnel. L'article 108 Cst. est au nombre des dispositions déterminantes pour la propriété. Par rapport à cet article, la garantie de la propriété ne prévaut pas.

Le droit de préemption des communes doit être réglé au niveau de la loi. Les réglementations y relatives mettent en œuvre le mandat inscrit à l'article 108 Cst. et auraient ainsi leur fondement dans la Constitution. Pour la restriction à la liberté de choix du partenaire contractuel générée par le droit de préemption et, par conséquent, pour la limitation de l'exercice de la liberté de propriété et de la liberté économique, il existerait donc une base légale suffisante.

### 5.2.2.2 Intérêt public

Selon l'article 36, alinéa 2 Cst., les restrictions de droits fondamentaux doivent être justifiées par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

De la Constitution fédérale, il ressort qu'il est d'intérêt public que des personnes socialement ou économiquement défavorisées puissent également trouver un logement locatif correspondant à leurs conditions financières. Actuellement, les personnes concernées se heurtent dans certaines régions à des difficultés lorsqu'elles recherchent un logement approprié. Leur position sur le marché du logement sera renforcée par un droit de préemption de la collectivité. Celle-ci peut, dans une mesure restreinte, intervenir au moyen du droit de préemption pour corriger des évolutions inadéquates du marché du logement. La collectivité serait notamment en mesure d'agir lorsqu'existe une

<sup>13</sup> GIOVANNI BIAGNI, § 49 Wirtschaftsfreiheit, dans: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz - Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, § 49 chiffres 6, 8 et 12.

<sup>14</sup> RIVA/MÜLLER-TSCHUMI (note 10), § 48 chiffre 10, avec d'autres renvois.

pénurie de logements abordables pour des familles et des personnes âgées. Ce faisant, elle remplirait une tâche publique. L'atteinte à la garantie de la propriété et à la liberté économique serait donc justifiée par un intérêt public.

### 5.2.2.3 Proportionnalité

L'article 36, alinéa 3 Cst. exige que les restrictions de droits fondamentaux soient proportionnées au but visé. L'intervention doit être adaptée à l'obtention du but ou y contribuer pour une part non négligeable.<sup>15</sup> Le droit de préemption de la commune peut servir à améliorer l'offre de logements pour des personnes économiquement ou socialement défavorisées. Par l'acquisition de terrains, la commune peut réaliser ce but. Le droit de préemption, qui ne porte que légèrement atteinte à la garantie de la propriété et à la liberté économique, serait en rapport proportionné au but poursuivi.

Une intervention doit être nécessaire à la réalisation d'un but qui est d'intérêt public. La nécessité n'est pas donnée si le but peut être atteint par des mesures tout aussi appropriées, mais moins contraignantes.<sup>16</sup> Le droit de préemption déploie ses effets lorsque le propriétaire veut céder son droit réel sur un terrain. L'exercice du droit de préemption dépend d'une décision de l'organe compétent de la collectivité. Il est aussi possible de renoncer à l'exercice du droit. Le vendeur peut exiger de la collectivité le même prix que celui qu'il a convenu avec un autre acheteur intéressé. Le droit de préemption constitue donc une atteinte modérée à la liberté économique. Il n'existe pas de moyen moins contraignant, qui permettrait à la collectivité de réagir à la situation du marché et de procurer, si le besoin existe durablement un logement aux cercles de population économiquement faibles. D'autres mesures, comme une expropriation formelle ou matérielle, représentent une plus forte atteinte à la position de propriétaire. La liberté économique ne serait restreinte que sous l'angle du choix du partenaire contractuel. Pour ces motifs, le droit de préemption serait un bon moyen de réaliser le but d'intérêt public.

L'intervention doit rester dans un rapport but/moyen qui puisse être qualifié de raisonnable.<sup>17</sup> L'intervention porte en particulier sur le choix du partenaire contractuel, les cas où la personne de l'acquéreur joue un rôle essentiel devant faire l'objet d'une exception. Le moyen consiste en un droit de préemption sans limitation de prix, que la collectivité peut exercer. Le but poursuivi réside dans la mise à disposition de logements pour des personnes éprouvant des difficultés sur le marché du logement. De ce fait, une tâche constitutionnelle est assumée. Par ailleurs, un marché du logement qui fonctionne et où certains groupes de la population ne sont pas exclus peut tomber dans le champ de protection de la liberté économique. Comme le droit de préemption sans limitation de prix est un moyen modéré engagé en vue de la poursuite d'un intérêt public inscrit dans la Constitution, le rapport entre le moyen engagé et le but visé serait adéquat.

### 5.2.2.4 Essence des droits fondamentaux

L'essence des droits fondamentaux est inviolable, selon l'article 36, alinéa 4 Cst.<sup>18</sup> Le législateur ne peut vider intégralement un droit fondamental de sa substance. Le droit de préemption déploie ses effets lorsque le propriétaire veut de toute façon se départir de son droit. Dans la mesure où la collectivité opte pour l'exercice du droit, le propriétaire est restreint dans le choix du partenaire contractuel. La collectivité agit en se fondant sur une loi, qui elle-même se base sur l'article 108, alinéa 1 Cst. L'essence de la garantie de la propriété n'est pas touchée. Le droit fondamental ne serait pas vidé de sa substance par le droit de préemption de la collectivité, qui représente une atteinte modérée à un élément constitutif de la liberté économique. De plus, la collectivité pourrait intervenir au moyen du droit de préemption pour corriger des évolutions lacunaires du marché du logement, ce qui serait indirectement bénéfique à la liberté économique.

<sup>15</sup> TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, § 7 chiffre 111.

<sup>16</sup> TSCHANNEN (Note 15), § 7 chiffre 111.

<sup>17</sup> TSCHANNEN (Note 15), § 7 chiffre 111.

<sup>18</sup> TSCHANNEN (Note 15), § 7 chiffre 113.

#### 5.2.2.5 Résultat

Pour conclure, il peut être établi que le droit de préemption de la collectivité porterait une légère atteinte à la garantie de la propriété et à la liberté économique. Le droit de préemption serait utile à l'exécution de la tâche publique formulée sous article 108 Cst. et serait légitimé par un intérêt public. Les autres conditions de l'article 36 Cst., la base légale, la proportionnalité et l'inviolabilité de l'essence d'un droit fondamental seraient remplies et, par conséquent, l'intervention serait admissible.

### 6 *Quel texte légal pour ce droit?*

Le point de savoir dans quel texte législatif doivent figurer les règles relatives au droit de préemption reste ouvert (CC, LOG, autre loi existante, nouvel acte législatif spécial portant sur ce droit, etc.).