

Vente d'actions et droits de préemption immobiliers

Du droit privé au droit public

Etienne Trandafir

Lorsqu'une société détient un immeuble grevé d'un droit de préemption, la question se pose de savoir si la vente des actions de cette société constitue un cas de préemption. La présente contribution analyse cette question en lien avec les droits de préemption privés et publics.

Table des matières

1. Introduction	473
2. Droit privé.....	473
2.1. Disposition topique et controverse doctrinale.....	473
2.2. Interprétation économique.....	475
2.2.1. Principe	475
2.2.2. Application aux droits de préemption : approche proposée.....	476
2.2.2.1. Cas de préemption économiques.....	476
2.2.2.2. Droits de préemption conventionnels et légaux : analyse différenciée	477
2.3. Droits de préemption conventionnels	478
2.3.1. Cas de figure envisageables.....	478
2.3.2. Constitution par la société d'un droit de préemption sur l'immeuble	479

2.3.3.	Constitution par l'actionnaire d'un droit de préemption sur l'immeuble.....	480
2.3.3.1.	Transfert à soi-même et vente ultérieure des actions....	480
2.3.3.2.	Exercice du droit de préemption en cas d'annotation.....	481
2.3.3.3.	Exercice du droit de préemption en l'absence d'annotation.....	482
2.4.	Droits de préemption légaux du CC	483
2.4.1.	But et champ d'application.....	483
2.4.2.	Première limitation : sociétés immobilières (SI)	485
2.4.2.1.	Notions.....	485
2.4.2.2.	Vente des actions d'une SI	485
2.4.2.3.	Vente des actions d'une société d'exploitation.....	486
2.4.3.	Seconde limitation : totalité des actions.....	487
2.4.3.1.	Principe.....	487
2.4.3.2.	Cas particulier : SIAL-PPE.....	489
2.5.	Droits de préemption de la LDFR	490
2.5.1.	Entreprise agricole	490
2.5.1.1.	Objet du droit de préemption.....	490
2.5.1.2.	Condition d'exercice sur des participations dans des personnes morales	491
2.5.2.	Immeubles agricoles isolés.....	492
3.	Droit public.....	493
3.1.	Deux exemples genevois : LGL et LZIAM.....	493
3.2.	Cas de préemption.....	494
3.2.1.	Dispositions topiques	494
3.2.2.	Application du régime de droit privé ?.....	495
3.2.3.	Approche fondée sur la réalité économique	496
4.	Conclusion	499

1. Introduction

Les droits de préemption immobiliers permettent à leur titulaire d'acquérir un immeuble en priorité en cas de vente à un tiers. Ils résultent d'accords entre privés (droits de préemption conventionnels) ou directement de la loi (droits de préemption légaux). Certains droits de préemption légaux relèvent en outre du droit privé alors que d'autres se fondent sur des dispositions de droit public.

L'exercice des droits de préemption suppose la réalisation d'un *cas de préemption* : le détenteur de l'immeuble s'engage à transférer à un tiers acquéreur la propriété de l'immeuble (prestation du vendeur) ; le tiers acquéreur s'engage à verser un prix au vendeur (prestation de l'acheteur).

Lorsqu'un immeuble grevé d'un droit de préemption est détenu à travers une société, la question se pose de savoir si la vente des actions de cette société équivaut au transfert de l'immeuble et, ainsi, à la prestation du vendeur. La particularité de cette constellation réside dans le fait que l'acte d'aliénation n'est pas le fait de la société propriétaire, mais de son actionnaire, et qu'il n'implique pas de changement du propriétaire juridique de l'immeuble.

Cette contribution étudie si la vente des actions d'une société qui détient un immeuble constitue un cas de préemption sous l'angle du droit privé (chap. 2.) et du droit public à l'aune de deux droits de préemption genevois (chap. 3.).

2. Droit privé

2.1. Disposition topique et controverse doctrinale

L'art. 216c al. 1 CO définit les cas de préemption en droit privé. Il vise la vente de l'immeuble ainsi que tout acte juridique qui équivaut économiquement à une vente. Cette définition est centrale : elle s'applique tant aux droits de préemption conventionnels qu'aux droits de préemption légaux (art. 681 al. 1 CC).

La question de savoir si la vente des actions d'une société qui détient un immeuble constitue un cas de préemption au sens de l'art. 216c al. 1 CO est controversée¹. Certains auteurs sont d'avis que l'art. 216c al. 1 CO ne vise en principe pas une telle vente. Ils se réfèrent à l'ATF 92 II 160 datant de 1966 dans lequel le Tribunal fédéral a considéré que la vente des actions d'une société qui avait constitué un droit de préemption sur un immeuble ne permettait pas l'exercice de ce droit ; seule la vente de l'immeuble lui-même par la société pouvait donner lieu à l'exercice du droit de préemption, sous réserve d'un abus de droit qui justifierait de faire abstraction de l'indépendance entre la société et son actionnaire. Ces auteurs estiment que cette jurisprudence continue à s'appliquer après l'entrée en vigueur de l'art. 216c al. 1 CO le 1^{er} janvier 1994². Une autre partie de la doctrine considère au contraire que la vente des actions d'une société immobilière équivaut économiquement à une vente d'immeuble et constitue donc un cas de préemption au sens de cette disposition³.

La propriété immobilière confère le *pouvoir de disposer* de l'immeuble (art. 641 al. 1 CC). La détention d'un immeuble à travers une société permet à l'actionnaire majoritaire d'exercer une maîtrise similaire sur cet immeuble : il contrôle les organes de la société, et donc indirectement l'immeuble⁴. Afin de déterminer si la vente des actions d'une telle société constitue un cas de préemption, il est dès lors nécessaire d'examiner si la définition des cas de préemption adopte une approche des transactions fondée sur la réalité économique.

¹ Pour une vue d'ensemble des opinions doctrinales cf. HENRY PETER, La cession du contrôle d'une société est-elle un « cas de préemption » au sens de l'art. 216c al. 1 CO ?, in : Peter Gauch (édit.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genève 2008, p. 367 ss, p. 371 ss.

² Cf. notamment PETER (nbp. 1), p. 374 ss; ROBERT MEIER, Das neue Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht, vier Neuerungen und drei Auslegungsfragen, PJA 1994, p. 139 ss, p. 144.

³ Cf. notamment URS FASEL, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7e éd., Bâle 2020, art. 216c CO n. 7 (cité : BSK AUTEURS) ; RAPHAEL LANZ, Von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Privatrecht, ZBJV 2001 p. 1 ss, p. 5 ; MILENA STARK, in : Heinrich Honsell (édit.), Kurzkommentar OR, Obligationenrecht, Bâle 2014, art. 216c CO n. 2 (cité : KUKO AUTEUR).

⁴ Cf. ATF 128 II 329, consid. 2.5.

2.2. Interprétation économique

2.2.1. Principe

L'interprétation économique (« wirtschaftliche Betrachtungsweise ») est une composante de l'interprétation téléologique : toute norme légale peut faire l'objet d'une interprétation fondée sur la réalité économique si cette approche résulte du but de la loi. Trois hypothèses doivent à notre sens être distinguées⁵:

1. Première hypothèse : la nécessité d'adopter un regard économique peut résulter du *texte légal*. En effet, certaines normes prescrivent expressément cette approche⁶. En matière de transferts immobiliers, c'est notamment le cas de l'art. 4 al. 1 lit. e LFAIE qui assimile la cession des actions d'une société immobilière à un transfert d'immeuble. En outre, lorsqu'une norme contient une clause générale de nature économique, la jurisprudence applique en principe cette clause à la cession d'actions. Exemple : l'art. 61 al. 3 LDFR soumet à autorisation toute opération équivalant économiquement au transfert de la propriété d'un immeuble ou d'une entreprise agricole. Selon le Tribunal fédéral, cette norme vise notamment la cession des actions d'une société qui détient une entreprise agricole⁷.
2. Deuxième hypothèse : la prise en considération de la réalité économique peut résulter du *but* d'une norme, même en l'absence de mention expresse dans la loi. Exemple : l'ancienne loi lucernoise sur les droits de mutation visait le transfert de la propriété d'immeubles. Selon le Tribunal fédéral, la formulation de cette loi n'excluait toutefois pas l'assujettissement à l'impôt d'opérations équivalentes d'un point de vue économique. Compte tenu de la formulation étroite de la loi, il fallait toutefois faire preuve de retenue en matière d'assujettissement d'opérations analogues à un transfert d'immeuble⁸.

⁵ Pour une vue d'ensemble de l'interprétation économique en tant que composante de l'interprétation téléologique et ses cas d'application cf. SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, in : Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (édit.), *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung Art. 1–9 ZGB*, Berne 2012, art. 1 CC n. 329-332 (cité: BK AUTEUR).

⁶ En matière de ventes d'actions de sociétés immobilières cf. ATF 128 II 329, consid. 2.5.

⁷ ATF 140 II 233, consid. 5.6.1. Cf. ég. l'arrêt du TF 2C_666/2015 du 7 octobre 2016, consid. 5.2 en matière fiscale.

⁸ ATF 99 Ia 459, consid. 3b et 4.

3. Troisième hypothèse : même lorsque la lettre et le but d'une norme ne commandent a priori pas d'adopter un regard économique, une telle approche est exceptionnellement possible en cas d'*abus de droit*, notamment en cas de fraude à la loi. L'interprétation économique sert alors à déterminer si l'aménagement choisi s'apparente à l'opération que vise la norme éludée. Si tel est le cas, la norme éludée s'applique malgré la construction juridique mise en place pour éviter son application⁹.

Dans les deux premières hypothèses, l'approche économique résulte de la norme elle-même ; elle est indépendante de la volonté subjective des parties. Ainsi, en matière de transferts immobiliers, elle a pour conséquence que la norme en question vise toute opération qui permet d'atteindre objectivement un résultat similaire au transfert de la propriété directe d'un immeuble¹⁰. A l'inverse, dans la troisième hypothèse, l'interprétation économique nécessite de prendre en compte le but que poursuivent les parties ; en effet, l'abus de droit ne peut être qu'intentionnel. Il suppose une volonté des parties d'obtenir un avantage indu, notamment en éludant une interdiction légale ou une obligation contractuelle¹¹.

2.2.2. Application aux droits de préemption : approche proposée

2.2.2.1. Cas de préemption économiques

L'art. 216c al. 1 CO vise les ventes au sens de l'art. 184 ss CO ainsi que « tout autre acte juridique équivalant économiquement à une vente ». Cette clause générale crée une catégorie distincte de cas de préemption : elle comprend les opérations qui ne constituent pas des ventes d'immeubles sous l'angle juridique, mais qui ont des effets économiques similaires¹². L'art. 216c al. 1 CO fait ainsi partie de l'ensemble des normes qui adoptent expressément une approche des transferts immobiliers fondée sur la réalité économique (chap. 2.2.1., première hypothèse).

⁹ L'interprétation économique intervient notamment en matière d'évasion fiscale afin de déterminer si un contribuable élude un impôt (ATF 147 II 338, consid. 3.1). Sur l'interprétation économique comme *ultima ratio* pour prévenir la fraude à la loi cf. BK EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, art. 1 CC n. 330 s.

¹⁰ Cf. en matière de LFAIE : arrêt du TF 2C_854/2012 du 12 mars 2013, consid. 5.2.

¹¹ Arrêt du TF 2C_117/2017 du 13 février 2018, consid. 3.2.3.

¹² Dans ce sens cf. JONAS RÜEGG, *Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken*, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 89, Lucerne 2014, n. 647 ss.

Comme le cas de préemption selon l'art. 216c al. 1 CO est un concept économique, l'interprétation fondée sur la réalité économique ne concrétise à notre sens pas uniquement l'interdiction générale de l'abus de droit (art. 2 CC), mais revêt une portée propre dans ce contexte : elle étend le champ d'application de l'art. 216c al. 1 CO à tous les actes juridiques qui s'apparentent *objectivement* à une vente d'immeuble au vu de leur résultat économique. Aussi, il n'est pas nécessaire que les parties aient recours à une opération qui équivaut à une vente dans l'intention d'éluider le droit de préemption pour qu'un cas de préemption économique soit réalisé¹³. En effet, la clause générale de l'art. 216c al. 1 in fine CO ne se fonde pas sur les buts subjectifs que poursuivent les parties, mais sur les effets économiques objectifs de leurs actes juridiques¹⁴.

Ce constat vaut à notre sens notamment pour la *vente des actions* d'une société propriétaire d'un immeuble grevé d'un droit de préemption. Comme d'autres dispositions légales qui adoptent une approche économique des transferts immobiliers (chap. 2.2.1., première hypothèse), l'art. 216c al. 1 CO s'applique à notre avis aux ventes indirectes d'immeubles qui confèrent à l'acquéreur une maîtrise similaire à celle d'un propriétaire sur l'immeuble, peu importe que les parties aient ou non recours à une cession d'actions plutôt qu'à une vente directe dans le but d'éluider le droit de préemption¹⁵.

2.2.2.2. Droits de préemption conventionnels et légaux : analyse différenciée

La définition légale des cas de préemption de l'art. 216c al. 1 CO s'applique tant aux droits de préemption conventionnels qu'aux droits de préemption légaux (art. 681 al. 1 CC). Ces catégories de droits se distinguent toutefois par leur *origine*. Les premiers résultent d'un contrat ; leur portée dépend donc des accords conclus entre les parties.

¹³ MARKUS BINDER, in : Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art. 184–318 OR), 3e éd., Zurich 2016, art. 216c CO n. 6 (cité : CHK AUTEURS).

¹⁴ Cf. RÜEGG (nbp. 12), n. 656 s. Dans ce sens cf. ég. ATF 115 II 175, consid. 4. Cet arrêt est antérieur à l'adoption de l'art. 216c al. 1 CO. Il est intéressant de constater que le Tribunal fédéral se fonde déjà à cette époque sur les effets économiques des actes juridiques pour déterminer s'ils constituent des cas de préemption.

¹⁵ Dans ce sens cf. BSK FASEL, art. 216c CO n. 7.

Les seconds naissent en revanche de par la loi lorsque certaines conditions légales sont remplies ; leur champ d'application résulte ainsi des dispositions qui les instituent.

Compte tenu de ces différences, l'approche économique des cas de préemption selon l'art. 216c al. 1 CO ne peut à notre sens pas être appliquée de manière uniforme à tous les droits de préemption immobiliers. Elle doit tenir compte de la nature contractuelle des droits de préemption conventionnels, respectivement du but que poursuivent les dispositions qui instaurent des droits de préemption légaux. Ceci vaut notamment lorsque l'acte d'aliénation consiste en la vente des actions d'une société qui détient un immeuble. Ainsi, l'ATF 92 II 160, qui adopte une approche restrictive des cas de préemption dans cette hypothèse, concerne un droit de préemption conventionnel ; le raisonnement du Tribunal fédéral se fonde sur l'interprétation du pacte de préemption et la relativité des conventions (cf. chap. 2.1.). Ces principes sont propres au domaine contractuel et ne peuvent pas être transposés aux droits de préemption légaux. L'application des droits de préemption immobiliers en cas de vente des actions d'une société propriétaire d'immeuble doit donc faire l'objet d'une analyse différenciée qui prenne en considération les spécificités propres aux droits de préemption conventionnels et légaux.

2.3. Droits de préemption conventionnels

2.3.1. Cas de figure envisageables

Le droit de préemption conventionnel se fonde sur un *pacte de préemption* : le propriétaire de l'immeuble (le promettant) accorde au titulaire du droit de préemption le droit d'acquérir l'immeuble en priorité dans l'hypothèse d'une vente à un tiers.

En cas de détention indirecte d'un immeuble à travers une société, la constitution du droit de préemption résulte en principe d'un acte juridique de cette société ; en effet, c'est elle qui est propriétaire de l'immeuble et peut en disposer juridiquement (chap. 2.3.2.). Toutefois, il est également concevable que l'actionnaire d'une société constitue un droit de préemption sur son propre immeuble, puis transfère l'immeuble à sa société (chap. 2.3.3.). La possibilité d'exercer le droit de préemption en cas de vente des actions de la société doit à notre sens faire l'objet d'un examen distinct dans ces deux hypothèses.

2.3.2. Constitution par la société d'un droit de préemption sur l'immeuble

L'art. 216c al. 1 CO définit les actes d'aliénation constitutifs de cas de préemption, mais n'indique pas quelle partie doit être à l'origine de la survenance du cas de préemption. Compte tenu de la nature contractuelle du droit de préemption, l'assimilation de la vente des actions de la société par son actionnaire à une vente directe de l'immeuble par la société elle-même n'est à notre sens possible que si elle correspond à la *volonté des parties* au pacte de préemption. La question de savoir si la vente des actions de la société constitue un cas de préemption doit donc être examinée à l'aune du pacte de préemption et des principes généraux d'interprétation des contrats¹⁶.

L'art. 216c al. 1 CO est de droit dispositif. En vertu de la *liberté contractuelle*, les parties sont en principe libres de définir les actes d'aliénation susceptibles de donner lieu à l'exercice du droit de préemption. Lorsque le pacte de préemption contient des stipulations spécifiques, l'examen des cas de préemption doit alors se fonder sur ces dispositions contractuelles¹⁷.

En cas de détention d'un immeuble à travers une société, il serait ainsi concevable que le pacte de préemption prévoie expressément la possibilité d'exercer le droit de préemption lors de la vente de la totalité ou d'une majorité des actions de la société ; le titulaire du droit de préemption pourrait alors exercer ce droit à l'encontre de la société et exiger le transfert de l'immeuble si l'actionnaire unique ou majoritaire vend ses actions¹⁸.

En revanche, lorsque les parties n'ont rien prévu dans le pacte de préemption, il faut à notre sens présumer, selon le principe de la confiance, que la société promettante n'entend s'engager qu'en lien avec ses propres actes juridiques et ne contracte pas

¹⁶ Dans ce sens cf. ATF 92 II 160, consid. 3; BÉNÉDICT FOËX/IRÈNE MARTIN-RIVARA, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), Code des obligations I, art. 1–529 CO, Commentaire romand, 3e éd., Bâle 2021, art. 216c CO n. 11 (cité : CR AUTEURS).

¹⁷ CR FOËX/MARTIN-RIVARA, art. 216c CO n. 16.

¹⁸ ATF 92 II 160, consid. 3. Cf. ég. CHRISTIAN BRÜCKNER, Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufsrechts bzw. Rückkaufsrechts), in : Alfred Koller (édit.), Der Grundstückskauf, 2e éd., Berne 2001, p. 503 ss, p. 533. Cet auteur évoque la possibilité de constituer un droit d'emption sur l'immeuble qui serait conditionné à la vente des actions de la société.

d'obligations dont l'existence dépendrait d'actes juridiques conclus par des tiers, tels que ses actionnaires¹⁹. Partant, en l'absence de manifestations de volonté de la société qui laisseraient supposer le contraire, l'acte d'aliénation constitutif d'un cas de préemption ne peut résulter que d'une vente de l'immeuble par la société elle-même (vente directe de l'immeuble), et non d'une vente des actions de la société par ses actionnaires (vente indirecte de l'immeuble)²⁰.

2.3.3. Constitution par l'actionnaire d'un droit de préemption sur l'immeuble

2.3.3.1. Transfert à soi-même et vente ultérieure des actions

Il est concevable qu'un actionnaire constitue un droit de préemption sur un immeuble qu'il détient, transfère cet immeuble à une société qu'il contrôle entièrement et vende ensuite ses actions à un tiers²¹. Ces transferts successifs doivent faire l'objet d'une analyse distincte sous l'angle du droit de préemption.

Compte tenu de l'identité économique entre l'actionnaire et sa société, le transfert de l'immeuble de l'actionnaire à sa société ne constitue pas une vente ou un acte juridique analogue à une vente au sens de l'art. 216c al. 1 CO²². En effet, le contrat de vente se caractérise par la volonté du vendeur d'obtenir la *contre-valeur financière* de l'objet vendu. Or, cette volonté fait défaut lorsqu'un transfert d'immeuble intervient au sein d'un même patrimoine, même dans l'hypothèse où l'entité acquéresse s'acquitte d'une contre-prestation éventuelle ; en effet, tant l'immeuble que la contre-prestation demeurent alors en mains du même ayant droit économique. Les transferts immobiliers intra-groupes ne constituent donc pas des cas de préemption au sens de l'art. 216c al. 1 CO²³.

¹⁹ Dans ce sens cf. CR FoËx/MARTIN-RIVARA, art. 216c CO n. 11. Cf. ég. ATF 92 II 160, consid. 2 ; ATF 134 III 597 consid. 3.4.1 : l'exercice d'un droit de préemption au sens des art. 216a à 216c CO suppose un acte d'aliénation du promettant.

²⁰ Cf. CR FoËx/MARTIN-RIVARA, art. 216c CO n. 11 ; ATF 92 II 160.

²¹ ATF 92 II 160, consid. 4.

²² BSK FASEL, art. 216c CO n. 9.

²³ Sur ces éléments cf. RÜEGG (nbp. 12), n. 665 ss ; arrêts du TF 5A_121/2013 du 2 juillet 2013 (notamment consid. 3.2) et 4A_22/2010 du 15 avril 2010 (notamment consid. 3).

En revanche, la question se pose de savoir si la *vente ultérieure* des actions permet au titulaire du droit de préemption d'exercer ce droit à l'encontre de la société et d'exiger le transfert de l'immeuble. La particularité de cette configuration réside dans la dissociation entre la qualité de promettant (actionnaire) et celle de propriétaire de l'immeuble (société). A notre sens, l'analyse diffère selon que le droit de préemption est ou non annoté au Registre foncier.

2.3.3.2. Exercice du droit de préemption en cas d'annotation

L'annotation a pour effet de rendre le droit de préemption opposable à tout droit acquis postérieurement sur l'immeuble (art. 959 al. 2 CC). Dans l'hypothèse ici étudiée, le droit de préemption annoté devient ainsi opposable à la société lorsque celle-ci acquiert l'immeuble. En cas d'exercice du droit de préemption, la créance en transfert de propriété du préempteur est donc dirigée contre la société en tant que nouvelle propriétaire de l'immeuble²⁴.

A notre sens, il en résulte que la vente des actions de la société permet au titulaire du droit de préemption d'exercer ce droit à l'encontre de la société et d'exiger le transfert de l'immeuble, même si celle-ci n'est pas partie au pacte de préemption²⁵. Le fait que l'acte d'aliénation ne résulte pas d'un acte juridique de la société propriétaire de l'immeuble, mais de son actionnaire, ne fait à notre avis pas obstacle à l'exercice du droit de préemption annoté. En effet, l'art. 216c al. 1 CO n'exige pas que la personne à l'origine du cas de préemption soit le propriétaire de l'immeuble au sens du droit civil. Lorsque le cas de préemption consiste en un acte analogue à une vente, il est concevable qu'il n'implique pas le transfert de la propriété, mais de droits équivalents d'un point de vue économique²⁶. L'acte d'aliénation peut alors être le fait d'un tiers qui n'est pas le propriétaire juridique de l'immeuble, comme l'actionnaire de la société propriétaire de l'immeuble. Selon la conception défendue ici, l'assimilation de la vente des actions à une vente de l'immeuble suppose toutefois que l'entité concernée soit une société immobilière et non une société d'exploitation (chap. 2.4.2.). En outre, la vente des

²⁴ Sur les effets de l'annotation cf. Arrêt du TF 1P.639/2004 du 19 avril 2005, consid. 3.3.

²⁵ Cf. ERIC TEITLER, *Die Einmann-Immobilien-Aktiengesellschaft*, thèse Zurich 1969, p. 128.

²⁶ CHK BINDER, art. 216c CO n. 6.

actions ne constitue en principe un cas de préemption que si elle porte sur l'intégralité du capital-actions de la société (chap. 2.4.3.).

2.3.3.3. Exercice du droit de préemption en l'absence d'annotation

En l'absence d'annotation, les droits et obligations qui résultent du pacte de préemption ne sont opposables qu'aux parties à ce contrat²⁷. En cas d'exercice du droit de préemption, la créance en transfert de propriété est donc dirigée contre l'actionnaire promettant, et non contre la société qui a acquis l'immeuble. Partant, le titulaire du droit de préemption ne peut pas exiger de la société qu'elle lui transfère cet immeuble ; il peut uniquement exiger des dommages-intérêts de l'actionnaire promettant dans l'hypothèse où celui-ci a violé des obligations contractuelles qui résultent du pacte de préemption en transférant l'immeuble à sa société²⁸. Le principe de la relativité des conventions empêche ainsi le titulaire du droit de préemption d'exercer son droit sur l'immeuble dans cette configuration.

Il faut toutefois réserver l'*abus de droit*. Selon le principe de la transparence (« Durchgriff »), les obligations d'un débiteur peuvent être imputées à un tiers avec qui il forme une unité économique si la dualité juridique entre ces deux sujets de droit est invoquée de manière abusive pour éluder des obligations légales ou contractuelles²⁹. Dans l'hypothèse ici étudiée, la société propriétaire de l'immeuble peut ainsi être tenue responsable de l'obligation contractuelle de transférer la propriété de cet immeuble, aux côtés de l'actionnaire promettant, si le transfert de l'immeuble à la société et la vente ultérieure des actions ont pour but d'éluder le droit de préemption³⁰.

Il est ainsi nécessaire d'examiner dans chaque *cas concret* si ces opérations successives sont intervenues pour des motifs financiers ou commerciaux légitimes, ou visaient en réalité à éviter l'exercice du droit de préemption. A notre sens, l'écoulement d'un cours laps de temps entre le transfert de l'immeuble à la société et la vente subséquente des

²⁷ RÜEGG (nbp. 12), n. 13.

²⁸ Cf. TEITLER (nbp. 25), p. 128.

²⁹ ATF 144 III 541, consid. 8.3.1.

³⁰ Dans ce sens cf. ATF 92 II 160, consid. 4.; TEITLER (nbp. 25), p. 127; PETER (nbp. 1), p. 374 ss. Il s'agit d'un cas de transparence inversée (à ce propos cf. ATF 144 III 541, consid. 8.3.4).

actions ainsi que l'absence d'actifs sociaux autres que l'immeuble constituent a priori des indices laissant supposer une volonté d'éluider le droit de préemption³¹. A l'inverse, une volonté d'éluision est à notre sens peu probable lorsqu'une longue période s'est écoulée entre le transfert de l'immeuble et la vente des actions, lorsque la transformation d'une détention immobilière directe en détention indirecte est intervenue pour des motifs financiers, notamment fiscaux, ou encore lorsque l'immeuble a été transféré à une société d'exploitation pour servir de support à son activité industrielle ou commerciale³².

2.4. Droits de préemption légaux du CC

2.4.1. But et champ d'application

L'art. 682 CC instaure des droits de préemption en faveur des copropriétaires ainsi que du superficiel et du superficiaire. Ces droits de préemption naissent automatiquement de par la loi. Contrairement aux droits de préemption conventionnels, ils peuvent être exercés en cas de réalisation forcée. Pour le surplus, ils sont exerçables aux mêmes conditions que les droits de préemption conventionnels selon l'art. 681 al. 1 CC. Cette disposition renvoie notamment à la définition économique des cas de préemption de l'art. 216c al. 1 CO (chap. 2.2.2.1.).

Les principes exposés plus haut en matière de droits de préemption conventionnels ne peuvent toutefois pas être transposés aux droits de préemption légaux. En effet, ils sont propres au domaine contractuel et ne sont pas pertinents lorsque le droit de préemption trouve son origine directement dans la loi. L'étendue du champ d'application des droits de préemption légaux dépend à notre sens du *but* que poursuivent les dispositions légales qui instaurent ces droits.

Selon le Tribunal fédéral, le droit de préemption des copropriétaires poursuit deux objectifs. Premièrement, il favorise la transformation de la copropriété en *propriété individuelle* : l'exercice de ce droit permet de réduire le nombre de copropriétaires et de simplifier les rapports de propriété. Secondement, le droit de préemption permet aux

³¹ Sur ces constellations cf. EVA WERREN, Der Vorkaufsfall nach Art. 216c OR, Jusletter du 17 septembre 2012, n. 38. Pour un exemple de fraude à la loi par des opérations successives rapprochées dans le temps cf. arrêt du TF 1C_123/2017 du 23 novembre 2017, consid. 4.4.

³² Cf. TEITLER (nbp. 25), p. 128 ; WERREN (nbp. 31), n. 38.

copropriétaires d'éviter qu'un *tiers indésirable* ne devienne membre de la communauté des copropriétaires ; il protège ainsi la communauté existante des copropriétaires. Les droits de préemption du superficiant et du superficiaire poursuivent des buts similaires : ils favorisent la réunion de la propriété du bien-fonds et des constructions et permettent à chaque partie d'éviter d'avoir affaire à un tiers qu'elle n'a pas choisi³³.

A notre sens, l'application des droits de préemption légaux en cas de vente d'actions répond à ces objectifs. En effet, la vente des actions de la société propriétaire de l'immeuble produit un *résultat analogue à une vente directe* : même si le transfert des actions ne modifie pas formellement la composition de la communauté des copropriétaires ou les parties au rapport de superficie, les autres parties devront dans les faits s'entendre avec le nouvel actionnaire de la société. Les objectifs qui consistent à simplifier les rapports de propriété lors de transferts immobiliers et à protéger les parties existantes contre l'adhésion d'un tiers indésirable seraient entravés si les droits de préemption légaux ne pouvaient pas être exercés en cas de vente indirecte de l'immeuble.

Selon la conception défendue ici, l'exercice des droits de préemption de l'art. 682 CC en cas de vente d'actions doit toutefois faire l'objet de *deux limitations*. Premièrement, il devrait se limiter aux transferts d'actions de sociétés immobilières, à l'exclusion des sociétés d'exploitation (chap. 2.4.2.). Secondement, il ne devrait être possible que si la vente porte sur la totalité des actions de la société (chap. 2.4.3.). Enfin, l'art. 681 al. 1 CC est de droit dispositif : les éventuels accords contraires entre les parties qui étendraient le champs d'application des droits de préemption légaux ou, au contraire, en limiteraient la portée demeurent réservés (art. 681b CC).

³³ Sur tous ces éléments cf. ATF 146 III 217, consid. 6.3.1 et les réf. cit.

2.4.2. Première limitation : sociétés immobilières (SI)

2.4.2.1. Notions

Différents domaines du droit emploient la notion de société immobilière (SI) ; sa définition n'est pas uniforme et dépend de la législation applicable. De manière générale, on entend par SI les sociétés dont le *but effectif* consiste principalement à acquérir, détenir, gérer ou vendre des immeubles. A l'inverse, les sociétés qui ont pour but principal d'exercer une activité industrielle ou commerciale constituent des sociétés d'exploitation, même si elles détiennent des immeubles³⁴.

Sous l'angle de la maîtrise des immeubles, le but que poursuit la société n'est pas décisif : la cession du capital-actions de la société entraîne un transfert économique des immeubles qu'elle détient, peu importe que la société ait pour but de détenir des immeubles ou d'exploiter un commerce ou une industrie³⁵. Les auteurs qui considèrent la vente d'actions comme un cas de préemption se fondent toutefois généralement sur la prémisse que la société propriétaire de l'immeuble est une SI³⁶. Cette limitation du champ d'application des droits de préemption nous paraît justifiée compte tenu de la nature économique de la vente des actions d'une SI, respectivement d'une société d'exploitation.

2.4.2.2. Vente des actions d'une SI

La vente des actions d'une SI qui détient un immeuble équivaut économiquement à la vente de cet immeuble : les parties ont la volonté de vendre, respectivement d'acheter l'immeuble³⁷. Le fait que cette acquisition s'effectue par le biais d'un transfert d'actions plutôt que par un changement de propriétaire au Registre foncier ne constitue qu'une *modalité d'exécution*, mais ne modifie pas la nature de la transaction.

³⁴ Sur ces notions en droit fiscal cf. p.ex. arrêt du TF 2C_641/2009 du 21 janvier 2010, consid. 5.1 et les réf cit.

³⁵ Cf. RÜEGG (nbp. 12), n. 727.

³⁶ BSK FASEL, art. 216c CO n. 7 ; LANZ (nbp. 3), p. 5 ; KUKO STARK, art. 216c CO n. 2.

³⁷ ATF 128 II 329, consid. 2.5.

A notre avis, l'exercice du droit de préemption devrait donc être possible dans ce cas de figure ; en effet, le préempteur qui se porte acquéreur de l'immeuble conclut une transaction de la *même nature économique* que celle voulue par les parties à la transaction constitutive du cas de préemption, à savoir la vente des actions de la SI³⁸. En cas d'exercice du droit de préemption, l'immeuble devrait à notre sens être extrait de la société et vendu séparément au préempteur, moyennant une adaptation du prix de vente afin de tenir compte notamment d'éventuels autres actifs au sein de la SI³⁹.

Il devrait en aller de même lorsqu'une SI détient *plusieurs immeubles*, dont un seul fait l'objet du droit de préemption. En effet, en cas de vente directe de plusieurs immeubles, la jurisprudence admet que ce droit puisse être exercé sur un seul immeuble ; le prix que doit payer le préempteur correspond alors à la part du prix global afférente à l'immeuble préempté⁴⁰. Ce principe devrait selon nous s'appliquer également en cas de vente indirecte de plusieurs immeubles à travers une SI. Si le titulaire du droit de préemption exerce ce droit, l'immeuble grevé devrait être extrait de la SI et être vendu séparément au préempteur moyennant une adaptation du prix de vente⁴¹.

2.4.2.3. Vente des actions d'une société d'exploitation

Contrairement à la vente des actions d'une SI, la vente des actions d'une société d'exploitation qui détient des immeubles n'équivaut pas économiquement à une vente immobilière ; en effet, les parties entendent vendre, respectivement acquérir l'exploitation industrielle ou commerciale. Le prix de vente correspond alors à la contre-prestation due par l'acquéreur pour l'acquisition de cette exploitation⁴².

Dans cette hypothèse, il serait a priori contraire à la *volonté des parties* à la vente d'actions d'extraire un immeuble grevé d'un droit de préemption légal de la société (p. ex. un

³⁸ Dans ce sens cf. MARLENE KOBERSKI, *Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht*, thèse Berne 2012, p. 134 ; ALEXANDER WYSS/ROLAND KÖCHLI, *Vorkaufsrechte in Immobilientransaktionen*, Jusletter du 5 décembre 2011, n. 13 s.

³⁹ Cf. BSK FASEL, art. 216c CO n. 7.

⁴⁰ Arrêt du TF 5A_1006/2015 du 2 août 2016, consid. 6.1.

⁴¹ Cf. BSK FASEL, art. 216c CO n. 7 ; WYSS/KÖCHLI (nbp. 38), n. 42 s.

⁴² Sur ces éléments cf. ATF 104 Ia 251, consid. 3b ; 99 Ia 459, consid. 3d.

droit de superficie) et de le vendre séparément au titulaire du droit de préemption ; en effet, il y a lieu d'admettre que les parties n'auraient pas souhaité transférer l'immeuble séparément, dès lors qu'elles entendaient procéder à la vente d'une exploitation dont l'immeuble forme une partie intégrante. Au contraire, la vente séparée de l'immeuble serait susceptible de priver l'entreprise d'un actif nécessaire à son exploitation, tel qu'un droit de superficie sur lequel sont érigés les bâtiments de l'entreprise. Comme la vente des actions d'une société d'exploitation qui détient des immeubles ne s'apparente pas économiquement à la vente de ces immeubles, elle ne constitue à notre sens pas un cas de préemption⁴³.

Il faut toutefois réserver les opérations constitutives d'*abus de droit*. Il serait notamment concevable qu'un immeuble soit transféré à une société d'exploitation dans le seul but de le céder ensuite à un tiers à travers cette société et d'é luder le droit de préemption. L'abus de droit n'étant pas protégé, le titulaire du droit de préemption devrait à notre sens pouvoir exercer ce droit dans une telle hypothèse.

2.4.3. Seconde limitation : totalité des actions

2.4.3.1. Principe

Le transfert d'une participation majoritaire dans une société qui détient un immeuble entraîne le transfert du contrôle de cet immeuble à l'acquéreur. La plupart des auteurs n'admettent toutefois l'existence d'un cas de préemption que si la vente porte sur la totalité des actions de la SI⁴⁴.

A notre sens, cette limitation est justifiée. En effet, lorsqu'une SI compte plusieurs actionnaires, chaque actionnaire bénéficie économiquement de la valeur des immeubles en *proportion de la participation* qu'il détient ; lorsqu'il vend cette participation, le prix payé par l'acquéreur constitue la contre-prestation de l'acquéreur pour la part correspondante de cette valeur. Aussi, seule la vente de toutes les actions d'une SI équivaut

⁴³ Dans ce sens cf. KOBIERSKI (nbp. 38), p. 134 ; WYSS/KÖCHLI (nbp. 38), n. 15 s. Contra : RÜEGG (nbp. 12), n. 727.

⁴⁴ BSK FASEL, art. 216c CO n. 7 ; LANZ (nbp. 3), p. 5 ; KUKO STARK, art. 216c CO n. 2. Contra : RÜEGG (nbp. 12), n. 725 s.

économiquement à la vente des immeubles sous-jacents et constitue à notre sens un cas de préemption.

A contrario, la vente d'une *majorité*, et non de la totalité des actions d'une SI ne devrait pas constituer un cas de préemption. En effet, admettre l'exercice du droit de préemption dans cette hypothèse aurait pour conséquence de permettre au préempteur d'acquérir sur l'immeuble grevé une maîtrise plus importante que celle que l'aliénateur entendait conférer au tiers acquéreur. Afin de placer le préempteur dans la même situation économique que le tiers acquéreur, il faudrait considérer que le droit de préemption ne s'applique qu'à une fraction de l'immeuble grevé, ou directement aux actions de la SI qui font l'objet de la vente. Or, ces deux solutions seraient à notre avis contraires à la loi. La première aurait pour conséquence de contraindre la société à diviser l'immeuble (p. ex. un droit de superficie) et à en céder une fraction au préempteur ; elle entraînerait donc une modification de l'objet même du droit de préemption. Quant à la seconde, elle étendrait le champ d'application des droits de préemption à un objet que la loi ne vise pas, à savoir les actions de la SI. Or, contrairement aux droits de préemption de la LDFR qui s'étendent à certaines participations dans des sociétés (chap. 2.5.1.1.), les droits de préemption légaux de l'art. 682 CC ne visent à notre avis que les immeubles que cette disposition mentionne exhaustivement, à l'exclusion de tout autre actif. Ils ne permettent donc pas à leurs titulaires d'acquérir des actions et de devenir ainsi actionnaires d'une société propriétaire d'un immeuble⁴⁵.

Ici comme ailleurs, il y a toutefois lieu de réserver les cas d'abus de droit, par exemple les situations où l'actionnaire sortant conserverait une seule action à titre fiduciaire ou transférerait la totalité de ses actions en plusieurs ventes successives dans le but d'éluider le droit de préemption. L'abus de droit n'étant pas protégé, le droit de préemption serait à notre sens exerçable dans ces hypothèses⁴⁶.

⁴⁵ Cf. CR FOËX/MARTIN-RIVARA, art. 216c CO n. 11 ; RÜEGG (nbp. 12), n. 729 s'agissant de droits de préemption conventionnels. A notre sens, cette limitation vaut également pour les droits de préemption légaux.

⁴⁶ Cf. LORENZ JOSEPH STREBEL, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, thèse Zurich 2009, n. 481 s.

2.4.3.2. Cas particulier : SIAL-PPE

La société immobilière d'actionnaires-locataires en propriété par étages (SIAL-PPE) est un cas particulier de SI : la titularité d'actions confère à l'actionnaire un droit d'usage sur un lot de PPE déterminé. La mise à disposition de ce lot intervient sur la base d'un contrat de bail entre la société propriétaire et l'actionnaire. L'usage du lot PPE est indissociablement lié à la titularité des actions : le transfert des actions entraîne la résiliation du bail existant et la conclusion d'un nouveau bail avec l'actionnaire entrant⁴⁷.

Dans l'hypothèse où l'acte constitutif de la PPE introduit un droit de préemption sur les parts de PPE (art. 712c al. 1 CC), la vente d'un certificat d'actions de la SIAL-PPE constituerait à notre avis un cas de préemption ; en effet, cette vente procure à l'acquéreur un *droit d'utilisation* comparable à celui d'un copropriétaire d'étage sur le lot PPE sous-jacent et s'apparente donc économiquement à la vente de ce lot⁴⁸.

La question de l'applicabilité du droit de préemption de l'art. 712c al. 1 CC a toutefois une portée limitée dans les rapports entre actionnaires-locataires. En effet, le droit des sociétés permet d'atteindre un résultat similaire par le biais de clauses statutaires. Ainsi, les statuts des SIAL-PPE prévoient généralement la possibilité pour la société d'acquérir les actions de l'actionnaire sortant à leur valeur réelle, notamment pour le compte d'autres actionnaires (art. 685b al. 1 CO). En outre, les actionnaires-locataires peuvent conclure une convention d'actionnaires et y prévoir un droit de préemption sur les actions de la SIAL-PPE. L'exercice du droit de préemption de l'art. 712c al. 1 CC pourrait à notre sens toutefois entrer en considération dans l'hypothèse où des tiers sont propriétaires de parts de PPE aux côtés de la SIAL-PPE (p. ex. d'anciens actionnaires en cas de liquidation partielle de la SIAL-PPE) et souhaiteraient acquérir des parts supplémentaires en cas de vente d'actions de cette société.

⁴⁷ Sur la notion de SIAL cf. Message du Conseil fédéral du 12 mai 1999 concernant la fiscalité directe en cas de liquidation des sociétés d'actionnaires-locataires et la modification de l'imposition des fonds de placement détenant des immeubles en propriété directe, FF 1999 5286, p. 5290 ss.

⁴⁸ Cf. Arrêt du TF 1C_89/2021 du 6 septembre 2021, consid. 4.4.1 et les réf. cit.

2.5. Droits de préemption de la LDFR

La LDFR instaure des droits de préemption légaux sur les entreprises agricoles (chap. 2.5.1.) et sur les immeubles agricoles isolés (chap. 2.5.2.).

2.5.1. Entreprise agricole

2.5.1.1. Objet du droit de préemption

L'entreprise agricole est une unité composée d'immeubles, de bâtiments et d'installations agricoles qui sert de base à la production agricole et qui exige au moins une unité de main-œuvre standard (art. 7 al. 1 LDFR). La LDFR instaure un droit de préemption légal sur les entreprises agricoles en faveur des parents de l'aliénateur (art. 42 ss LDFR) et, dans l'hypothèse où l'entreprise est affermée, en faveur du fermier (art. 47 ss LDFR). L'exercice de ces droits de préemption suppose que le préempteur entende exploiter lui-même l'entreprise agricole et en soit capable (art. 42 al. 1 LDFR et art. 47 al. 1 LDFR). La loi favorise ainsi les acquéreurs qui sont des *exploitants à titre personnel* (art. 9 LDFR).

Les droits de préemption sur les entreprises agricoles se distinguent des autres droits de préemption immobiliers par leur objet. Premièrement, ils ne visent pas uniquement les immeubles agricoles qui forment le support de l'exploitation agricole, mais s'étendent de par la loi à *tous les actifs qui composent l'entreprise agricole* (immeubles, bâtiments, installations, objets mobiliers)⁴⁹. Secondement, ils s'appliquent également aux *participations majoritaires* dans des personnes morales qui détiennent principalement une entreprise agricole (art. 4 al. 2 LDFR). Ainsi, en cas de vente indirecte d'une entreprise agricole, le titulaire du droit de préemption peut acquérir les actions vendues et, ainsi, devenir actionnaire de la société⁵⁰. Le champ d'application des droits de préemption de la LDFR diffère donc de celui des droits de préemption de l'art. 682 CC qui visent

⁴⁹ En cas d'exercice du droit de préemption, l'aliénateur peut toutefois soustraire les biens meubles qui servent à l'exploitation (bétail, matériel etc.) de la vente (art. 51 al. 1 LDFR). A ce propos cf. Message du Conseil fédéral du 19 octobre 1988 à l'appui des projets de loi fédérale sur le droit foncier rural (LDFR) et de loi fédérale sur la révision partielle du code civil (droits réels immobiliers) et du code des obligations (vente d'immeubles), FF 1988 III 889, p. 966 (cité : Message LDFR/CC/CO).

⁵⁰ Message LDFR/CC/CO (nbp. 49), p. 915.

uniquement les immeubles qu'énumère cette disposition, à l'exclusion de tout autre actif (chap. 2.4.3.1.).

Ces différences s'expliquent à notre avis par la finalité des droits de préemption sur les entreprises agricoles. Contrairement aux droits de préemption de l'art. 682 CC, ils ne visent pas à permettre au préempteur d'acquérir un immeuble isolé, mais ont pour but d'offrir au préempteur la possibilité d'acquérir une *exploitation* composée de divers moyens de production. La possibilité d'exercer les droits de préemption sur les actions d'une société répond à notre sens à cet objectif ; en effet, l'acquisition d'une participation majoritaire confère au préempteur le contrôle de l'entreprise agricole sous-jacente dans sa globalité. Il n'est ainsi pas nécessaire de recourir à un transfert individuel des actifs qui forment cette entreprise agricole et, cas échéant, de certaines relations juridiques telles que des baux à ferme (cf. art. 7 al. 4 lit. c LDFR). Le transfert de l'exploitation au préempteur s'en trouve ainsi facilité. En outre, l'extension du champ d'application des droits de préemption de la LDFR aux participations majoritaires dans des sociétés fait obstacle aux opérations qui viseraient à éluder ces droits, notamment par l'apport d'une entreprise agricole dans une société et la vente subséquente des actions à un tiers⁵¹.

2.5.1.2. Condition d'exercice sur des participations dans des personnes morales

Conformément l'art. 4 al. 2 LDFR, l'exercice des droits de préemption sur une participation dans une personne morale qui détient une entreprise agricole suppose la réalisation de deux conditions cumulatives :

⁵¹ Cf. CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN/CHRISTOPH BANDLI, in: Schweizerischer Bauernverband (SBV) Treuhand und Schätzung (édit.), Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2e éd., Brugg 2011, art. 4 LDFR n. 6 s. (cité : Kommentar BGBB AUTEURS). Le risque d'évasion des droits de préemption par le transfert d'une entreprise agricole à une société et la vente ultérieure des actions est toutefois limité en ce qui concerne le droit de préemption des parents en raison des cas de préemption spécifiques de l'art. 43 LDFR. En effet, l'apport d'une entreprise agricole dans une société ainsi que le transfert gratuit d'une telle entreprise constituent de par la loi des cas de préemption (art. 43 lit. a et lit b LDFR). Le droit de préemption des parents peut dès lors être exercé déjà au stade du transfert de l'entreprise de l'actionnaire à sa société, même si ce transfert intervient gratuitement (cf. Message LDFR/CC/CO [nbp. 49], p. 960).

1. La participation doit être *majoritaire*, c'est-à-dire comprendre la majorité du capital et des droits de vote dans la société⁵². A contrario, le transfert d'une participation minoritaire ne constitue pas un cas de préemption. Les droits de préemption ruraux n'ont en effet pas pour but d'offrir à leur titulaire la possibilité d'effectuer un placement financier dans une entreprise agricole, mais visent à permettre à un exploitant à titre personnel d'acquérir le contrôle de l'entreprise afin de l'exploiter lui-même (art. 42 al. 1 LDFR et art. 47 al. 1 LDFR).
2. L'entreprise agricole doit en outre constituer l'*actif principal* de la société. Selon le Conseil fédéral, les actifs agricoles doivent être plus près des 100 % que des 50 % de l'ensemble des actifs sociaux⁵³. Les droits de préemption ne peuvent donc s'exercer que sur les actions d'une société qui a une activité principalement agricole. Le critère des actifs principaux à l'art. 4 al. 2 LDFR s'apparente à notre sens à celui du caractère agricole prépondérant à l'art. 7 al. 5 LDFR. Selon cette disposition, une entreprise mixte, qui comprend une part d'activités non agricoles (p. ex. un restaurant), ne constitue une entreprise agricole que si le caractère agricole est prépondérant⁵⁴. A défaut, les droits de préemption sur les entreprises agricoles (détenues directement ou indirectement) ne s'appliquent pas⁵⁵.

2.5.2. Immeubles agricoles isolés

Outre les droits de préemption sur les entreprises agricoles, la LDFR prévoit un droit de préemption légal des parents et du fermier sur les immeubles agricoles isolés, c'est-à-dire ceux qui ne font pas partie d'une entreprise agricole. L'exercice de ces droits de préemption suppose que le préempteur soit propriétaire ou dispose économiquement d'une entreprise agricole et que l'immeuble soit situé dans le rayon d'exploitation de cette entreprise (art. 42 al. 2 LDFR et art. 47 al. 2 LDFR). Ces droits de préemption visent ainsi à permettre l'intégration d'immeubles agricoles isolés dans une entreprise agricole existante⁵⁶.

⁵² Message LDFR/CC/CO (nbp. 49), p. 915.

⁵³ Message LDFR/CC/CO (nbp. 49), p. 915. Cf. ég. arrêt du TF 5A.34/2006 du 3 avril 2007, consid. 6.1.

⁵⁴ Message LDFR/CC/CO (nbp. 49), p. 921.

⁵⁵ Dans ce sens cf. Kommentar BGGB STALDER, art. 42 LDFR n. 9.

⁵⁶ Message LDFR/CC/CO (nbp. 49), p. 959.

La LDFR ne contient pas de disposition spécifique sur l'application de ces droits de préemption en cas de vente d'actions de sociétés qui détiennent des immeubles agricoles isolés. Les principes qui régissent les droits de préemption légaux du CC sont donc applicables dans cette hypothèse⁵⁷. A notre sens, il en résulte que la vente d'actions d'une société qui détient un ou plusieurs immeuble(s) agricole(s) isolé(s) ne constitue un cas de préemption que si la société a pour but principal de détenir ces immeubles (chap. 2.4.2.) et si la vente porte sur la totalité des actions de la société (chap. 2.4.3.).

3. Droit public

3.1. Deux exemples genevois : LGL et LZIAM

Divers cantons ont instauré des droits de préemption immobiliers de droit public en faveur de collectivités publiques. Ils poursuivent des buts d'intérêt public tels que la réalisation de mesures d'aménagement du territoire, la construction de logements ou encore la lutte contre la spéculation immobilière⁵⁸. Comme les droits de préemption légaux de droit privé (chap. 2.4.), ils prennent naissance *ex lege* lorsque certaines conditions sont remplies, notamment lorsque l'immeuble est situé dans une zone désignée par la loi. Les dispositions légales qui instaurent des droits de préemption en faveur des collectivités publiques définissent leur champ d'application, leur but et les modalités de leur exercice.

A Genève, deux lois cantonales instaurent des droits de préemption de droit public qui revêtent une importance particulière en pratique : la loi générale du 4 décembre 1977 sur le logement et la protection des locataires (LGL) et la loi générale du 13 décembre 1984 sur les zones de développement industriel ou d'activités mixtes (LZIAM). La LGL prévoit un droit de préemption en faveur de l'État et des communes qui vise à permettre la construction de logements d'utilité publique (art. 2 LGL). Conformément à l'art. 3 LGL,

⁵⁷ Les art. 681 ss CC s'appliquent aux droits de préemption de la LDFR dans la mesure où la LDFR n'y déroge pas (art. 682a CC). Cf. p. ex. arrêt du TF 5C.29/2003 du 9 mai 2005, consid. 3.1.

⁵⁸ Pour une vue d'ensemble de ces intérêts publics cf. THIERRY TANQUEREL, Le droit de préemption légal des collectivités publiques, in : Thierry Tanquerel/François Bellanger (édit.), La maîtrise publique du sol : expropriation formelle et matérielle, préemption, contrôle du prix, Genève 2009, p. 140 ss, p. 151 ss.

il grève les biens-fonds situés en zone de développement ou qui ont fait l'objet d'une modification des limites de zones selon la loi genevoise d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987 (LaLAT). Quant à la LZIAM, elle instaure un droit de préemption en faveur de l'État sur les biens-fonds compris dans les zones de développement industriel ou d'activités mixtes. L'État peut exercer ce droit pour son propre compte ou, avec l'accord de la Fondation pour les terrains industriels de Genève (FTI), pour le compte de cette dernière (art. 10 al. 2 LZIAM). Ce droit de préemption a pour but de favoriser la mise en valeur des zones de développement industriel ou d'activités mixtes et de lutter contre les prix excessifs (art. 11 LZIAM).

Les droits de préemption de la LGL et de la LZIAM se distinguent d'autres droits de préemption de droit public par leur caractère *renforcé* : la collectivité publique peut acquérir le bien-fonds aux prix et conditions fixés dans l'acte ou offrir au propriétaire d'acquérir le bien-fonds aux prix et conditions qu'elle fixe et qui peuvent s'écarter de celles que prévoit l'acte notarié. Si le propriétaire rejette cette offre, la collectivité publique peut recourir à une procédure d'expropriation (art. 5 al. 1 lit. c et lit. d LGL et art. 12 al. 4 lit. c et lit. d LZIAM)⁵⁹.

3.2. Cas de préemption

3.2.1. Dispositions topiques

L'art 4 al. 1 LGL et l'art. 12 al. 1 LZIAM imposent au propriétaire qui *aliène ou promet d'aliéner avec octroi d'un droit d'emption un bien-fonds* soumis au droit de préemption l'obligation d'aviser les collectivités titulaires de ce droit au plus tard lors du dépôt de l'acte notarié au Registre foncier. Le délai de soixante jours imparti aux autorités pour exercer les droits de préemption court à partir de ce dépôt (art. 5 al. 1 LGL et art. 12 al. 4 LZIAM). Le texte légal vise ainsi l'aliénation directe de bien-fonds moyennant inscription de l'acquéreur au Registre foncier. Contrairement à l'art. 216c al. 1 CO, les art. 4 al. 1 LGL et art. 12 al. 1 LZIAM ne mentionnent pas les actes juridiques équivalant économiquement à une vente.

⁵⁹ Les droits de préemption de la LGL et de la LZIAM se distinguent ainsi notamment du droit de préemption public qu'instaure la loi vaudoise du 10 mai 2016 sur la préservation et la promotion du parc locatif (LPPPL). Ce droit est ordinaire : il ne peut être exercé qu'aux prix et conditions fixés dans l'acte notarié (art. 33 LPPPL). Pour une analyse détaillée des droits de préemption ordinaires et renforcés cf. TANQUEREL (nbp. 58), p. 150 s.

Au jour où ces lignes sont écrites, la question de savoir si la vente des actions d'une société qui détient un bien-fonds soumis au droit de préemption constitue un cas de préemption selon la LGL et la LZIAM n'a pas été tranchée par la jurisprudence. A notre sens, elle nécessite d'examiner si la définition économique des cas de préemption de droit privé s'applique également dans ce contexte (chap. 3.2.2.), et si l'extension du champ d'application des droits de préemption de la LGL et de la LZIAM aux ventes d'actions par le biais d'une interprétation économique serait conforme aux exigences de légalité propres au droit public (chap. 3.2.3.).

3.2.2. Application du régime de droit privé ?

Dans sa jurisprudence relative à l'art. 4 LGL, le Tribunal fédéral s'est référé à plusieurs reprises au régime de droit privé pour déterminer le champ d'application du droit de préemption qu'instaure cette loi. Ainsi, dans un arrêt non publié de 1993, il a considéré que le droit de préemption de la LGL ne s'appliquait pas en cas de donation mixte ; il s'est fondé à cet égard sur le droit privé fédéral qu'il a appliqué à titre de droit cantonal supplétif⁶⁰. Dans un arrêt de 2005, il a considéré que le droit de préemption de la LGL pouvait être exercé lors d'une réalisation forcée par voie d'enchères publiques ou de vente de gré à gré, comme les droits de préemption légaux de l'art. 682 CC⁶¹. Enfin, dans un arrêt de 2008, il a retenu que le droit de préemption de la LGL ne visait pas uniquement les ventes, mais s'étendait aux actes de réalisation assimilables à une vente, à l'exclusion des aliénations sans contre-prestation pécuniaire. A cet égard, il a relevé que tel était également le sens de l'art. 216c al. 1 CO, selon lequel le droit de préemption pouvait être exercé en cas de vente ainsi que de tout acte juridique équivalant économiquement à une vente⁶².

Certains considérants des arrêts précités peuvent laisser penser que les cas de préemption de la LGL, et donc également de la LZIAM, correspondraient à ceux de l'art. 216c al. 1 CO. Ces arrêts concernent toutefois des configurations particulières où l'application ponctuelle et par analogie de principes issus du droit privé paraissait justifiée. Malgré

⁶⁰ Arrêt du TF 1P.767/1991 du 22 avril 1993, consid. 2c.

⁶¹ Arrêt du TF 1P.639/2004 du 19 avril 2005, consid. 3.5.

⁶² ATF 134 I 263, consid. 3.3.

la formulation de ces considérants, il n'est à notre sens pas possible de déduire de ces arrêts que la définition des cas de préemption de l'art. 216c al. 1 CO s'appliquerait intégralement aux droits de préemption de droit public. En effet, la LGL et la LZIAM ne renvoient pas expressément à la définition des cas de préemption du droit privé et un tel renvoi ne peut à notre sens pas être déduit de ces lois par interprétation. Si le législateur avait souhaité transposer le régime de droit privé aux droits de préemption de droit public, il aurait vraisemblablement intégré dans les dispositions de la LGL et de la LZIAM relatives aux droits de préemption un renvoi exprès au droit privé, comme il l'a fait notamment à l'art. 44 al. 5 LGL en matière de droit du bail ainsi que dans d'autres lois cantonales⁶³. En l'absence d'un tel renvoi, *les art. 681 ss CC et art. 216 ss CO n'ont pas été incorporés dans la LGL et la LZIAM* et ne devraient à notre sens pas s'appliquer à titre de droit cantonal public supplétif dans ce contexte, contrairement à ce que semble admettre le premier arrêt cité ci-dessus⁶⁴. Ceci vaut notamment pour la définition économique des cas de préemption selon la clause générale de l'art. 216c al. 1 in fine CO. Partant, la vente des actions d'une société propriétaire d'un bien-fonds ne saurait à notre avis constituer un cas de préemption par application de l'art. 216c al. 1 CO dans le contexte de la LGL et de la LZIAM.

3.2.3. Approche fondée sur la réalité économique

L'interprétation selon la réalité économique trouve application tant en droit privé qu'en droit public ; en effet, l'intérêt public à la base des normes de droit public peut commander d'étendre leur champ d'application à des situations analogues à celles que le texte légal vise expressément. Néanmoins, les exigences de densité normative qui résultent du principe de la légalité limitent la possibilité de procéder à une interprétation économique extensive, à tout le moins lorsqu'elle entraînerait une atteinte aux droits des administrés⁶⁵.

⁶³ Cf. p. ex. art. 6 de la loi genevoise du 24 février 1989 sur la responsabilité de l'Etat et des communes (LREC).

⁶⁴ Sur l'application du droit privé à titre de droit public supplétif cf. PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, *Droit administratif*, vol. I : Les fondements, 3e éd., Berne 2012, p. 144 s.

⁶⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (nbp. 64), p. 147.

L'exercice de droits de préemption de droit public constitue une restriction importante de la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) et de la liberté économique (art. 27 Cst.), tant du point de vue de l'aliénateur que de l'acquéreur ; en effet, il contraint le propriétaire à vendre l'immeuble à la collectivité publique et prive l'acquéreur de la possibilité de l'acquérir⁶⁶. Le degré de gravité de cette atteinte est particulièrement élevé lorsque le droit de préemption est renforcé, comme dans la LGL et la LZIAM : la collectivité publique qui exerce le droit de préemption n'est alors pas liée par les conditions que prévoit l'acte notarié ; elle peut soumettre au propriétaire une offre qui s'écarte de ces conditions et, en cas de refus, faire déterminer le prix selon la procédure d'expropriation (art. 5 al. 1 lit. d LGL et art. 12 al. 4 lit. d LZIAM)⁶⁷. Les droits de préemption se rapprochent alors, par leurs effets, d'une *expropriation*⁶⁸.

Le texte légal des art. 4 LGL et art. 12 LZIAM vise *l'aliénation directe de bien-fonds* moyennant l'inscription de l'acquéreur en tant que propriétaire au Registre foncier (chap. 3.2.1.). Contrairement à l'art. 216c al. 1 CO, il ne mentionne pas expressément les actes juridiques analogues à une vente. Il se distingue également de l'art. 39 al. 1 de la loi genevoise du 25 janvier 1996 sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (LDTR) qui soumet à autorisation l'aliénation d'appartements à usage d'habitation « sous quelque forme que ce soit », notamment par la cession d'actions ou de parts sociales, et adopte ainsi une approche économique en matière de cessions indirectes d'immeubles, à l'instar d'autres régimes d'autorisation qui visent les transferts immobiliers (chap. 2.2.1., première hypothèse).

La question se pose de savoir si les buts d'intérêt public à l'origine des droits de préemption de la LGL et de la LZIAM commandent de recourir à une interprétation économique et d'étendre le champ d'application de ces droits à la vente d'actions malgré la formulation étroite de la loi (chap. 2.2.1., deuxième hypothèse). A notre sens, une telle approche serait toutefois contraire aux exigences qui découlent du principe de la légalité. En effet, l'atteinte aux droits des administrés que cause l'exercice d'un droit de préemption par une collectivité publique est notamment plus incisive que celle qui résulte des régimes

⁶⁶ ATF 142 I 76, consid. 3.1. ; arrêt du TF 1P.639/2004 du 19 avril 2005, consid. 1.

⁶⁷ Sur les droits de préemption renforcés cf. TANQUEREL (nbp. 58), p. 151.

⁶⁸ ATF 114 Ia 14, consid. 2c.

d'autorisation en matière de transferts immobiliers : alors que le refus d'une autorisation empêche en principe le transfert de l'immeuble à un acquéreur déterminé, les droits de préemption permettent à la collectivité publique de l'acquérir. Cette atteinte est encore accrue lorsque les droits de préemption sont renforcés comme en matière de LGL et de LZIAM. Compte tenu de la gravité de cette atteinte, les normes qui définissent les cas de préemption doivent répondre à des exigences de *densité normative* élevées (art. 36 al. 1 Cst.), ce qui limite la possibilité d'avoir recours à une interprétation économique extensive des cas de préemption. A notre sens, le principe de la légalité ne permet notamment pas d'étendre le champ d'application des droits de préemption de la LGL et de la LZIAM, qui visent la vente directe de bien-fonds, à la vente d'un autre actif, à savoir les actions d'une société. Une telle vente ne constitue donc, à notre avis, pas un cas de préemption au sens ces lois.

Il faut toutefois réserver les opérations qui seraient constitutives d'un *abus de droit*, notamment les situations où un actionnaire transférerait gratuitement un immeuble à une société et vendrait ensuite ses actions à un tiers dans le but d'éluider le droit de préemption légal. A notre avis, l'exercice des droits de préemption de la LGL et de la LZIAM serait exceptionnellement possible dans de telles hypothèses sur la base d'une interprétation économique visant à prévenir la fraude à la loi (chap. 2.2.1., troisième hypothèse). Il appartiendrait toutefois à la collectivité publique qui souhaiterait exercer son droit de préemption et acquérir l'immeuble d'établir ou, du moins, de démontrer l'existence de soupçons sérieux que le transfert de l'immeuble à la société et la vente subséquente des actions constituent une fraude à la loi dans le cas concret⁶⁹.

Dans ce contexte, la question se pose de savoir si tout actionnaire qui vend les actions d'une société propriétaire d'un immeuble soumis au droit de préemption est tenu d'informer les autorités de cette vente. A notre sens, tel n'est pas le cas : les art. 4 al. 1 LGL et art. 12 al. 1 LZIAM, qui instituent l'obligation d'aviser les autorités, supposent la réalisation d'un cas de préemption. Comme la vente des actions d'une société propriétaire d'un immeuble ne constitue en principe pas un cas de préemption, elle n'entraîne à notre avis *pas d'obligation d'informer les autorités*. Toutefois, les parties qui procéderaient à

⁶⁹ Sur le fardeau de la preuve en cas de fraude à la loi cf. arrêt du TF 1C_123/2017 du 23 novembre 2017, consid. 4.1. Pour des exemples d'indices à prendre en considération cf. chap. 2.3.3.3.

une vente d'actions dans le but d'éluider un droit de préemption légal et commettraient ainsi une fraude à la loi s'exposeraient à ce que la collectivité publique titulaire de ce droit l'exerce ultérieurement si elle a connaissance de cette opération.

4. Conclusion

Le transfert des actions d'une société qui détient un immeuble confère à l'acquéreur une maîtrise similaire à celle d'un propriétaire sur cet immeuble. La vente des actions d'une telle société s'apparente ainsi économiquement à une vente immobilière.

En droit privé, l'art. 216c al. 1 CO, qui définit les cas de préemption, consacre le principe de l'interprétation économique. Selon la conception défendue ici, la vente indirecte d'un immeuble à travers une société constitue un cas de préemption au sens de cette disposition.

La possibilité d'exercer les droits de préemption en cas de vente d'actions nécessite toutefois une analyse différenciée qui tienne compte de la volonté des parties lorsque le droit de préemption est conventionnel, respectivement du but que poursuivent les dispositions qui instaurent des droits de préemption légaux.

En droit public, les différentes normes qui instituent des droits de préemption en faveur de collectivités publiques définissent les cas de préemption. Le principe de la légalité limite la possibilité de recourir à une interprétation extensive de ces normes, notamment lorsqu'elles créent des droits de préemption renforcés dont les effets s'apparentent à ceux d'une expropriation.

Ainsi, lorsque les normes de droit public n'adoptent pas une approche économique et ne visent pas les ventes d'actions, de telles ventes ne constituent à notre sens pas des cas de préemption, sous réserve des opérations qui seraient constitutives de fraudes à la loi.

