

renzung wäre mutmaßlich auch noch aus folgendem Grunde erforderlich: Es ist etwas anderes, beispielsweise einen Verkehrssünder zu bestrafen als einen Steuerpflichtigen, der die Steuererklärung nicht einreicht; dieser letztere tritt aller Regel nach mit der Behörde, welche die Strafverfolgung einzuleiten hat, nicht bloß aus Anlaß der Widerhandlung in Berührung, sondern die beiden bleiben auch in Zukunft in mehr oder weniger anhaltendem Kontakt und sind auch fürderhin auf das gegenseitige Vertrauen angewiesen, was nicht ohne Einfluß auf den Entscheid über die Eröffnung des Strafverfahrens bleiben dürfte (mit Rücksicht auf solche Besonderheiten sehen einzelne Verwaltungsgesetze des Bundes ausdrücklich vor, in leichten Fällen könne anstelle der Buße eine Verwarnung treten, so Art. 60 Abs. 2 des Alkoholgesetzes, Art. 47 Abs. 3 des Getreidegesetzes u. a. m.). Diese paar Andeutungen geben der Wissenschaft vielleicht doch einige Hinweise, in welcher Hinsicht eine Vertiefung der Untersuchungen über die Frage «Legalität oder Opportunität» angestrebt werden sollte. Mit anderen Autoren den Boden für diese Untersuchungen bereitet und dazu einen wertvollen Bei-

trag geleistet zu haben, kann Heyden für sich in Anspruch nehmen. *R. Pfund*

LOCHER KURT, Dr., Fürsprecher, Vizedirektor der Eidgenössischen Steuerverwaltung: *Das schweizerisch-deutsche Doppelbesteuerungsabkommen. Textausgabe und Praxis. Lieferung 5/1963 unter Berücksichtigung der Gesetzgebung und Praxis bis Ende 1962 (einschließlich die schweizerischen Vorschriften gegen den Mißbrauch von Doppelbesteuerungsabkommen). Verlag für Recht und Gesellschaft AG, Basel 1963.*

Die Lieferung 5 enthält die Erlasse und Entschiede, die im Jahre 1962 ergangen sind; sie ist in die beiden früher erschienenen Loseblattbände einzufügen, um das Werk à jour zu bringen. Die Lieferung ist namentlich deshalb besonders umfangreich ausgefallen, weil sie den BRB vom 14. Dezember 1962 betreffend Maßnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen und die dazu ergangenen Merkblätter und Kreisschreiben in die Sammlung einfügt. Die Vorzüge des Werks sind bekannt und brauchen nicht mehr besprochen zu werden. *O. B.*

Schweizerische Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

110. Kurs

Grundprobleme der Personalführung in der öffentlichen Verwaltung

am 9. und 10. September 1963 in St. Gallen

Vortragsplan:

1. Grundgedanken zur Personalführung: Professor Dr. Hans Ulrich, Direktor des Instituts für Betriebswirtschaft an der Hochschule St. Gallen, St. Gallen.
2. Organisatorische Voraussetzungen einer fortschrittlichen Personalführung: Dr. Robert Staerkle, Dozent an der Hochschule St. Gallen und wissenschaftlicher Mitarbeiter des Instituts für Betriebswirtschaft, GoBau SG.
3. Teamarbeit und Koordination: dipl. Ing. ETH Paul Silberer, Unternehmensberater, Lausanne.
4. Vorgesetzter und Untergebener: Direktor Max Heußler, Institut für angewandte Psychologie, Zürich.

5. Arbeitsbewertung als Grundlage einer gerechten Entlohnung: Tell Bühler, Vorsteher des Personalamtes der Stadt Zürich, Zürich.
6. Gedanken eines Personalchefs über die Personalpolitik in der heutigen Verwaltung: Fürsprecher Hans Beat Gamber, Direktor der Schweizerischen Volksbank Fribourg, Präsident der Schweizerischen Studiengesellschaft für Personalfragen, Bern.
7. Die Bedeutung von Personalausschüssen und paritätischen Kommissionen für die Verbesserung des Arbeitsklimas in der Verwaltung: Nationalrat Robert Bratschi, Bern.
8. Das Nachwuchsproblem in der Verwaltung (Erhaltung und Schulung des Nachwuchses): Dr. Ernst Moor, Chef der Personalabteilung der Generaldirektion der Schweizerischen Bundesbahnen, Bern.

Anmeldungen sind bis 24. August 1963 an das Sekretariat der Schweiz. Verwaltungskurse, Dufourstraße 40a, St. Gallen, zu richten.

Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung

Band 64 Jahr 1963 Nr. 16 Zürich, 15. August 1963

De l'acquisition de terres par la collectivité

Par JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel*

1. Le catalogue des questions juridiques, élaboré en juin 1962 par l'ASPAN, contient, au no 3, le texte suivant (traduction):

«No 3. Aucun canton ne règle l'expropriation en ayant suffisamment égard aux besoins de l'aménagement du territoire. Nous croyons qu'il y a lieu d'examiner la possibilité de nouvelles solutions. Il conviendrait, notamment, d'étudier les questions suivantes:

A. Acquisition de terrains pour voies de communications, ouvrages publics et autres buts publics, tels que des aménagements publics (outre les moyens classiques de l'achat de gré à gré et de l'expropriation formelle, il y aurait lieu de considérer les remaniements parcellaires, les remembrements fonciers urbains, ou les plans de quartiers);

B. Acquisition de terrains en vue d'imposer une utilisation conforme au zonage (par exemple, zone d'industrie); puis revente éventuelle à des particuliers;

C. Acquisition de terrains pour la construction d'habitations à loyers modérés;

D. Acquisition de terrains dans d'autres buts publics.

A l'occasion de l'examen de ces questions, il faudrait voir également s'il est possible d'épargner à la collectivité la charge de payer le sol à la valeur accrue que lui confère la planification, et de ne lui faire indemniser que la valeur vénale antérieure à cette planification.»

Cette question no 3 est extrêmement vaste. Pour la traiter en détail, il faudrait un livre entier. Les pages suivantes n'ont donc d'autre prétention que d'établir quelques principes.

* Avis de droit, élaboré à la demande de l'Association Suisse pour le Plan d'aménagement national (ASPAN).

2. L'aménagement du territoire, pour être efficace, ne peut pas être abandonné au bon vouloir des particuliers. Au contraire, il suppose un certain dirigisme de la part de l'Etat (Confédération, canton, commune).

Ce dirigisme revêt principalement deux formes. Ou bien l'Etat *acquiert* les terrains des particuliers, afin d'en faire un usage précis (tel que la construction d'une route, d'un collège, d'une place de sport, etc.). Ou bien, tout en laissant les terrains dans la propriété des particuliers, il en *détermine l'emploi*, en restreignant la liberté des propriétaires (par des alignements, des zones de verdure, d'industrie, etc.).

La question no 3 ne vise que l'*acquisition* de terrains par l'Etat. Elle contient, à vrai dire, deux idées:

D'une part, les *modes* d'acquisition devraient être plus nombreux. Aux modes classiques de l'achat de gré à gré et de l'expropriation formelle devraient s'ajouter d'autres modes.

D'autre part, les *cas* d'acquisition devraient être plus nombreux. Les buts pour lesquels l'acquisition est possible devraient être élargis. Notamment, certains buts qui, aujourd'hui, ne sont atteints que par voie de restriction à la propriété (zonage) le seraient peut-être mieux par voie d'acquisition, éventuellement suivie de revente.

Toutefois, ces deux idées ne peuvent guère se dissocier, parce que souvent les cas d'acquisition déterminent les modes, et réciproquement. Exemples: une acquisition à but principalement fiscal ne peut se faire que de gré à gré, et non par voie d'expropriation; une expropriation n'est possible que pour un motif d'intérêt public; mais certains buts d'intérêt public, pouvant être atteints par des moyens moins incisifs, ne justifient pas une expropriation.

3. Nous ne considérerons ici que les immeubles qui ont un propriétaire privé, à l'exclusion des choses sans maître, et des biens qui appartiennent déjà à une collectivité publique.

Un immeuble passe du propriétaire privé à l'Etat selon les modes suivants:

D'abord, *avec le consentement* du propriétaire, sur la base d'une vente ou d'un échange, ou par l'effet d'une donation ou d'une succession. Nous ne retiendrons que le mode, le plus fréquent, de la *vente* (du point de vue de l'Etat, l'*achat*).

Ensuite, *sans le consentement* du propriétaire, par l'effet d'une exécution ou d'une expropriation. Nous ne retiendrons, ici encore, que le mode de l'*expropriation*.

Donc, l'Etat acquiert les terrains des particuliers soit sur la base d'une vente, soit par l'effet d'une expropriation. On se rappellera que, lorsque l'Etat achète un terrain, il n'est que créancier, jusqu'au moment de l'inscription au registre foncier; tandis qu'il devient directement propriétaire, avant toute inscription, lorsque, dans la procédure d'expropriation, il a payé l'indemnité (dans cette deuxième hypothèse, il importe peu que l'indemnité ait été arrêtée par la commission d'estimation, ou ait été convenue d'un commun accord entre l'Etat et le particulier).

La question no 3 demande si, outre la vente et l'expropriation, il n'y aurait pas de place pour d'autres modes d'acquisition d'un type nouveau. Avant de procéder à cet examen, voyons ce qu'est la vente (l'achat), et ce qu'est l'expropriation.

I. L'achat de gré à gré

4. Il s'agit du contrat de droit privé réglé par les art. 216 à 221 du Code des Obligations. Ces dispositions sont applicables à l'Etat aussi bien qu'à un particulier.

Toutefois, le caractère spécial de l'acquéreur suscite deux questions.

Premièrement, l'Etat doit-il invoquer l'intérêt *public* pour procéder à l'achat, ou peut-il acheter n'importe quel fonds dès qu'il en éprouve le désir et qu'il en a les moyens, comme un simple particulier?

A notre sens, il n'est pas nécessaire que l'Etat puisse justifier d'un intérêt public, il suffit qu'il invoque son intérêt *fiscal*. Puisque notre régime juridique permet à l'Etat d'avoir un «patrimoine financier» (*Finanzvermögen*) à côté de son «patrimoine administratif» (*Verwaltungsvermögen*), il lui permet aussi de faire les opérations qui se rapportent à un tel patrimoine, c'est-à-dire les actes de gestion et de placement auxquels se livre tout propriétaire d'un patrimoine privé.

5. Deuxièmement, n'y a-t-il alors aucune limite aux achats de l'Etat (autres que ses ressources financières et son crédit)?

On sait que le Tribunal fédéral, dans un arrêt très remarqué du 17 juin 1959¹, a fixé une borne à l'accroissement du patrimoine immobilier de l'Etat cantonal: cet accroissement ne doit pas aller jusqu'à supprimer la propriété foncière privée dans le canton considéré; sinon, il violerait les art. 641 et ss. du Code civil, donc l'art. 6 du même Code, et l'art. 2 des Dispositions transitoires de la Constitution fédérale.

Cette jurisprudence n'est peut-être pas incontestable, mais elle fixe, pour l'instant, l'état du droit suisse. Le canton n'a pas la compétence de poser une règle *générale* prescrivant à l'Administration une politique d'achat du sol (en revanche, il n'est pas certain qu'on puisse empêcher l'Administration de faire, dans le même sens, une série d'actes *particuliers* de gestion; le recours de droit public ne serait pas recevable, et au surplus on ne voit pas à partir de quel contrat la mesure licite serait dépassée). L'adoption d'une règle générale n'est possible qu'à la Confédération, — sans qu'il soit nécessaire ici de rechercher si une *loi fédérale* suffirait, ou s'il faudrait une révision de la *Constitution fédérale*.

II. L'expropriation

6. Ce qui la distingue de l'achat de gré à gré, c'est qu'elle peut être imposée au propriétaire. Sans doute l'expropriation est-elle souvent remplacée par l'achat de gré à gré. Mais cet achat n'a été possible qu'en raison de la menace d'une expropriation, c'est-à-dire d'une mesure de contrainte unilatérale. L'effet de «persuasion» de l'expropriation est probablement encore plus important que ses applications concrètes.

Toutefois, si l'Etat peut ainsi imposer un transfert de propriété à un propriétaire qui ne veut pas vendre, c'est qu'il invoque l'intérêt *public*. Alors qu'il achète parfois dans son seul intérêt fiscal, il ne peut jamais exproprier que dans l'intérêt public.

¹ ZBl 61 (1960), p. 281, *Parti libéral socialiste de Bâle-Ville*.

L'intérêt public, souvent appelé, en notre matière, utilité publique ou bien public, est l'une des deux notions centrales du droit de l'expropriation (l'autre étant l'indemnité, dont nous ne traitons pas ici). Mais c'est aussi, par nature, l'un des termes les plus vagues du langage juridique. Ce qui explique les innombrables et interminables controverses qu'il suscite.

7. Pratiquement, la question se pose de la façon suivante. Ce sont surtout les lois *cantoniales* qui intéressent l'urbanisme. Or ces lois contiennent des formules assez diverses. Certaines sont restrictives, ne prévoyant, par exemple, l'expropriation que pour cause de «travaux publics». Certaines sont plus étendues. D'ailleurs, les mots employés sont du droit *cantonal*, sujets à l'interprétation des autorités administratives et judiciaires cantonales. Aussi la même expression, par exemple l'«utilité publique», peut-elle être comprise différemment dans deux cantons.

Ce qui importe ici, c'est de savoir jusqu'où peuvent aller le législateur cantonal (lors d'une révision de la loi) ou ses interprètes, étant entendu que l'aménagement du territoire suppose la notion la plus large possible de l'«intérêt public» ou de l'«utilité publique». Autrement dit, il faudrait rechercher non pas tant les motifs exacts pour lesquels, actuellement, l'expropriation est accordée à Soleure, en Argovie ou à Saint-Gall², mais ce que pourrait être une loi cantonale type, destinée à rendre juridiquement possible la politique d'urbanisme la plus audacieuse qui soit permise en Suisse.

8. Une pareille loi cantonale serait limitée par la notion *fédérale* de l'intérêt public. Car il y a une notion fédérale de l'intérêt public, qui est la notion maximale au-delà de laquelle on ne pourrait plus, dans aucun canton, parler d'intérêt public. Les cantons peuvent avoir une notion plus étroite de l'intérêt public, ils n'en peuvent avoir une plus large.

Cette notion fédérale est celle qu'emploie le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence relative à la garantie de la propriété. Les atteintes à la propriété doivent être fondées sur une base légale, être justifiées par l'*intérêt public*, et, lorsqu'elles équivalent à une expropriation, être accompagnées d'une indemnité³.

C'est la même notion qu'il utilise également dans sa jurisprudence relative à la force dérogatoire du droit fédéral. Le droit public cantonal peut coexister avec le droit privé fédéral s'il n'en viole ni la lettre ni l'esprit, et s'il se fonde sur des motifs pertinents d'*intérêt public*⁴.

9. Le Tribunal fédéral n'a jamais défini exactement cet intérêt public. Il est toutefois entendu que ce n'est pas l'intérêt *privé* d'une ou de quelques personnes⁵. Ce n'est pas non plus l'intérêt *fiscal* de l'Etat, c'est-à-dire l'intérêt qu'a l'Etat de s'enrichir, ou tout au moins de ne pas s'appauvrir (voir plus loin, no 22). Toute fois, un intérêt privé ou fiscal peut valablement coexister avec l'intérêt public, pourvu que celui-ci soit prononcé⁶. Par ailleurs, l'intérêt public comprend évidem-

ment l'ordre public, la sécurité, la tranquillité, la moralité et la santé publiques, donc la *police*; mais il va plus loin. La difficulté, c'est alors de décrire cette «zone», qui se situe entre la police, d'une part, l'intérêt fiscal ou privé, de l'autre.

Si l'on veut bien considérer que c'est finalement à des êtres humains, donc à des personnes *privées*, qu'est destiné le bénéfice des mesures étatiques d'intérêt *public*, on sentira que la frontière entre cet intérêt public et l'intérêt privé est presque insaisissable. Lorsqu'une mesure ne profite, même indirectement, qu'à deux ou trois personnes, c'est une mesure d'intérêt privé. Lorsqu'elle profite à toute la collectivité (telle la défense nationale), elle est d'intérêt public. Que dire, alors, quand elle profite à un groupe non négligeable, tel que les employés de commerce, ou, à plus forte raison, tous les salariés d'un canton? On ne peut pas décider, avec une absolue certitude, s'il s'agit encore d'intérêts privés⁷, ou déjà d'intérêt public⁸. En matière d'aménagement du territoire, les hésitations sont particulièrement compréhensibles pour les mesures qui cherchent à pallier la pénurie de logements (ci-dessous, nos 16 et ss.).

10. C'est sans doute en raison de cette incertitude, inhérente à la notion de l'intérêt public, que le Tribunal fédéral laisse aux autorités cantonales un si large pouvoir d'appréciation. Il ne censure leurs lois que dans le cadre étroit de l'arbitraire, c'est-à-dire seulement s'il est manifeste que l'intérêt public invoqué n'est qu'un pur prétexte. Ainsi, la notion fédérale de l'intérêt public souffre quelque diversité d'interprétation selon les cantons⁹.

En résumé: lorsqu'une autorité exécutive ou judiciaire applique une loi cantonale d'expropriation, et cherche à savoir, plus précisément, s'il existe en l'espèce un motif d'expropriation, il lui faudra d'abord interpréter les termes de la loi («travaux publics», «utilité publique», «intérêt général», «bien public», «intérêt de l'Etat», «intérêt public», etc.); ensuite, elle devra s'assurer que le sens ainsi déterminé ne dépasse pas d'une manière excessive et arbitraire la notion fédérale de l'intérêt public.

De lege ferenda: il conviendrait que toutes les lois cantonales sur l'expropriation formelle déclarent l'expropriation possible pour un motif d'*intérêt public*, de manière que les cantons utilisent pleinement la compétence que leur laissent la garantie fédérale de la propriété et le principe de la force dérogatoire du droit fédéral. Ils ne devraient pas se contenter de termes plus étroits, tels que les «travaux publics». En outre, le vocable d'*intérêt public* devrait être interprété avec la plus grande latitude, les autorités cantonales prenant soin, toutefois, de ne pas couvrir de cette étiquette un intérêt dont le caractère fiscal ou privé est manifestement prépondérant.

11. C'est une règle commune à la plupart des droits cantonaux, que l'intérêt public justifiant l'expropriation soit un intérêt *actuel*. L'Etat, s'étant saisi du terrain, doit dans un court délai l'affecter à l'intérêt public. Techniquement, cette règle

² Cf. Stephan Müller, *Die formelle Enteignung im Kanton Solothurn*, Fribourg, 1959, p. 12-18; Hans Rudolf Ackermann, *Das materielle Enteignungsrecht des Kantons Aargau*, Zurich, 1951, p. 42-50; Hans Peter Gallusser, *Das Enteignungsrecht des Kantons Sankt Gallen*, Berne, 1952, p. 33-44; etc.

³ ATF 84 I 173, *Ries*; 85 I 231, *Eiger Baugesellschaft AG*; 88 I 83/84, *Hertig*.

⁴ ATF 76 I 314, *Fédération des syndicats patronaux*; 85 I 21, *Mobilia AG*; 85 II 375, *Studer*.

⁵ ATF 31 I 303, *Dietrich*.

⁶ ATF 57 I 382, *Ehrler*.

⁷ Sic, ATF 76 I 319, précité, et 76 I 328, *Brack & Müller*.

⁸ Sic, ATF 73 I 97, *Genossenschaft Migros*, et tous les arrêts sur les fermetures de magasins; 87 I 186, *Association de scieries vaudoises*, et tous les arrêts sur les vacances payées.

⁹ Cf. toutefois le fameux arrêt *Dafflon*, cité plus loin, no 16, ATF 88 I 248, et un arrêt *Küchler*, 88 I 293, où le Tribunal fédéral semble distinguer entre les questions de fait et les questions de droit, se réservant la faculté de revoir les secondes avec pleins pouvoirs.

s'exprime par le droit de rétrocession, qui appartient à l'exproprié au cas de non usage, et par le terme à partir duquel celui-ci peut l'exercer.

Une telle institution présente peu d'inconvénients pour la collectivité, tant que le prix du sol est à peu près stable. Mais lorsque ce prix augmente rapidement, comme c'est le cas, aujourd'hui, dans de nombreuses régions de la Suisse, un court terme de rétrocession peut avoir des conséquences très dures pour les finances publiques. Soit une commune, qui sait, avec toute la certitude qui est possible dans ce domaine, qu'elle devra construire un collège, d'ici une dizaine d'années, en un certain lieu. Si le terme de rétrocession est de deux ou trois ans, comme c'est trop souvent le cas dans nos lois cantonales, l'Etat devra attendre sept ou huit ans avant d'entamer la procédure d'expropriation. Ce sont les contribuables qui supporteront la plus-value accumulée dans l'entre-temps.

Il nous paraîtrait hautement désirable que l'expropriation pût être *préventive*, en vue d'un intérêt public *futur*. De lege ferenda: les termes de rétrocession devraient être différés à dix, douze ou quinze ans. L'expropriation préventive ne viole pas la garantie de la propriété¹⁰, à la condition, bien entendu, que le fonds ne soit pas détourné de sa destination, c'est-à-dire qu'il soit bien, le moment venu, affecté au but d'intérêt public qui a justifié son expropriation. On nous objectera peut-être que l'ajournement du terme de rétrocession vise un but d'intérêt fiscal. C'est incontestable, mais l'intérêt fiscal demeure secondaire, en comparaison de l'intérêt public¹¹.

12. Une autre règle commune à la plupart des cantons, c'est que l'expropriation n'est licite que si elle est *nécessaire* pour atteindre le but d'intérêt public. Cette règle peut signifier deux choses.

D'une part, elle peut être considérée comme l'un des aspects du principe fondamental de la *proportionnalité*. Si le même but d'intérêt public peut être atteint par un procédé moins grave que l'expropriation formelle, il est clair que l'Etat devra renoncer à celle-ci. Ce sera le cas, notamment, et nous le reverrons, lorsque suffit une expropriation matérielle, sans transfert de propriété. Ou encore, à plus forte raison, si l'Etat peut utiliser avec la même efficacité un fonds qui lui appartient déjà, et qui n'est pas affecté à un autre but d'intérêt public (immeuble du patrimoine financier)¹².

D'autre part, la règle de la nécessité peut être considérée comme un précepte d'opportunité. Si un certain but d'intérêt public n'est réalisable que par une expropriation formelle, il se peut encore qu'un choix s'offre entre plusieurs terrains. Il est parfois malaisé de dire lequel de ces terrains devrait être préféré. La décision suppose une pesée délicate d'avantages et d'inconvénients respectifs. A la rigueur des termes, un propriétaire foncier pourrait prétendre que l'expropriation de son terrain n'était pas «nécessaire», parce que l'expropriation d'un autre terrain aurait permis de mieux atteindre le but proposé.

¹⁰ ATF 24 I 300, *Butticaz*; 88 I 293, *Küchler*; arrêts inédits *S. I. Route de Chêne 130*, du 18 décembre 1957; *Dalpiaz*, du 7 décembre 1960; *Lecoultré*, du 20 septembre 1961.

¹¹ Voir l'arrêt *Lecoultré*, cons. 3 b, p. 8: «Le profit financier accessoire que la Ville de Genève peut réaliser en expropriant aujourd'hui à meilleur marché en vue d'une utilisation certes proche, mais non immédiate, à une époque où le prix des immeubles urbains aura augmenté, ne met pas obstacle à l'expropriation, car il ne fait pas disparaître son but premier, qui est de servir la communauté.»

¹² Cf. toutefois l'arrêt *Dalpiaz*, où la commune de Sion put exproprier des fonds privés, bien qu'elle disposât elle-même d'une certaine surface, parce qu'elle entendait la conserver en vue de besoins futurs.

Il est clair qu'entendue dans ce second sens, la règle de la nécessité doit être appliquée avec la plus grande retenue. Une expropriation ne sera réputée l'avoir violée que si le choix d'un immeuble plutôt que de l'autre est véritablement arbitraire. En revanche, entendue dans son premier sens, la règle doit être strictement observée: pas d'expropriation, si une mesure moins lourde produit le même résultat.

13. L'intérêt public de certains buts n'est aujourd'hui guère contesté.

Il en est ainsi, notamment, de la construction de routes, de chemins de fer, d'aéroports et autres voies de communications, ainsi que de gares, etc. De l'établissement de canalisations pour les services dits «industriels». De l'édification de toutes sortes de bâtiments servant à la collectivité: écoles, hôpitaux, théâtres, salles de concert, etc. De l'aménagement de jardins publics, promenades, terrains de sports, etc. De la conservation de monuments et sites. De l'assainissement de quartiers insalubres.

Par conséquent, les lois cantonales devraient être rédigées de façon que ces buts soient des motifs suffisants d'expropriation formelle.

14. La création et le développement d'une *zone industrielle* posent un problème plus délicat.

Il est généralement reconnu que l'Etat peut, par le moyen d'un plan d'urbanisme (d'aménagement, d'extension), découper une zone industrielle au sens strict du terme, c'est-à-dire une zone où ne seront édifiés que des bâtiments industriels (et quelques bâtiments locatifs nécessaires au personnel permanent de ces fabriques), – par opposition au sens large, qui s'applique à la *seule* zone où des bâtiments industriels *peussent* être édifiés. Le découpage d'une zone industrielle au sens strict passe pour être compatible avec la garantie de la propriété; ce qui signifie qu'elle est censée poursuivre un but d'intérêt public. L'idée est peut-être discutable, mais elle semble être reçue en Suisse¹³.

Mais si l'introduction de l'industrie dans une certaine localité est considérée comme d'intérêt public, pourrait-elle justifier une expropriation *formelle*? L'Etat pourrait-il acquérir des terrains par voie d'expropriation, afin d'y édifier lui-même des fabriques, ou de les revendre, ou de les grever de droits de superficie, au profit d'industriels privés? Nous croyons devoir répondre par la négative.

15. D'abord, l'Etat industriel suscite des doutes, au regard de l'art. 31 de la Constitution fédérale (garantie de la liberté du commerce et de l'industrie). Mais de toute façon, même si l'on admet que l'Etat élève des fabriques sur des terrains qu'il a acquis de gré à gré, il n'est pas d'intérêt public que l'Etat s'insère dans la compétition économique: l'expropriation n'est donc pas possible. Concrètement: même si l'on admet que l'Etat construise une fabrique d'horlogerie sur un immeuble qui lui appartient, un pareil but ne justifie en aucun cas une réquisition du fonds d'autrui¹⁴.

Et l'Etat qui revend le fonds, ou qui le greve d'un droit de superficie? Ici, le but d'intérêt public est donné, au même titre que le découpage d'une zone indus-

¹³ Voir, par exemple, un arrêt fédéral *Huber*, du 17 décembre 1958, ZBI 60 (1959), p. 127.

¹⁴ Critiquable donc, l'arrêt *Meyer-Schützenberg*, ATF 35 I 451, protégeant une expropriation qui devait servir à l'agrandissement d'une sablière de l'Etat; une pareille solution n'est légitime que pour un «service industriel».

trielle. Mais alors, c'est justement le principe de proportionnalité (de nécessité) qui s'oppose à l'expropriation formelle. Puisque le même résultat, à savoir l'introduction de l'industrie dans une certaine localité, peut être obtenu par l'adoption d'un plan d'urbanisme, l'expropriation formelle est une mesure excessive, et par conséquent prohibée. Sans doute objectera-t-on que le résultat est *mieux* assuré par l'expropriation formelle suivie d'une revente, ou de la constitution d'un droit de superficie, parce qu'ainsi l'Etat peut imposer des obligations positives à l'acheteur ou au superficiaire (notamment, impartir un délai pour la construction d'une fabrique), et se réserver des sanctions énergiques pour le cas d'inexécution, telles qu'un droit de réméré, ou de retour anticipé. Mais ces particularités, sans être négligeables, nous semblent toutefois trop secondaires pour rendre inapplicable à l'espèce le principe de la proportionnalité. L'expropriation formelle n'est pas licite.

Au surplus, ce qui est d'intérêt public, c'est que des terrains bien situés ne soient pas soustraits à l'industrie, par la construction de maisons d'habitation. Ce n'est pas que ces terrains soient mis au service d'une industrialisation rapide (une industrialisation trop rapide peut même présenter des inconvénients).

En revanche, il nous paraît normal d'accorder au propriétaire d'un fonds inclus dans une zone industrielle (au sens strict) la faculté d'exiger de l'Etat qu'il lui rachète son fonds, lorsqu'il apparaît que l'établissement de la zone équivaut à une expropriation.

16. Actuellement, l'une des questions les plus controversées est celle de savoir si l'expropriation formelle est donnée pour la *construction de bâtiments locatifs* (habitations à loyers modérés, HLM).

La discussion ne peut être que sommaire, tant que ne sont pas connus les termes exacts d'un fameux arrêt *Dafflon* du 14 novembre 1962, non (encore) publié¹⁵, dans lequel le Tribunal fédéral, par quatre voix contre trois, vient d'annuler une décision du Grand Conseil genevois qui déclarait inconstitutionnelle une initiative législative populaire tendant à permettre à l'Etat d'exproprier certains fonds¹⁶ «aux fins de construction de logements» (art. 7bis II). Nous nous bornerons donc à quelques remarques.

17. La satisfaction des besoins fondamentaux du public, tels que boire, manger, se reposer, se protéger contre les intempéries, est d'intérêt public. Il s'agit en effet de l'intérêt vital de l'ensemble des administrés. Par conséquent, il est difficile de nier son caractère public. On dira peut-être qu'il n'y a là qu'une somme d'intérêts privés. Mais nous avons vu plus haut (no 9) qu'à partir d'une certaine quantité – assurément difficile à préciser –, une somme d'intérêts privés devient l'intérêt public.

Seulement, cet intérêt public est, en général, satisfait par l'économie privée. Et l'expérience montre que, lorsque les circonstances sont normales, l'économie privée remplit fort bien sa tâche. Elle la remplit même mieux, en temps ordinaires, que l'Etat ne saurait le faire. Il suffit d'ailleurs qu'elle le fasse *aussi bien* pour que le principe de *proportionnalité*, inhérent à notre ordre juridique libéral, condamne

¹⁵ L'arrêt *Dafflon* a été publié après le dépôt du présent avis. Cf. ATF 88 I 248. Il ne paraît pas infirmer nos considérations.

¹⁶ C'est cette précision qui ramène l'affaire à ses justes proportions. Le droit d'expropriation (et celui de préemption, voir plus loin, no 26) ne pourrait être exercé que sur des immeubles qui ont été déclassés d'une zone dans une autre.

l'intervention de l'Etat. Ce principe prend également, dans un certain langage politique, le nom de principe de *subsidiarité*: l'Etat ne doit pas assumer de fonctions que l'économie privée remplit convenablement; il n'interviendra que subsidiairement, là où l'économie privée est en défaut.

En ce qui concerne l'alimentation, il peut donc arriver qu'au cas de disette, l'Etat réquisitionne des boulangeries, voire des moulins. Qui contestera qu'il agit alors au nom de l'intérêt public? Il y a même des besoins, comme celui de repos, que l'Etat protège constamment, par les mesures qu'il prend en vue d'assurer la tranquillité publique.

18. Si nous pensons maintenant au besoin de logement, nous devons constater qu'en principe l'économie privée y suffit. Il y a assez de propriétaires fonciers qui sont prêts à affecter leur terrain à l'édification de bâtiments locatifs, assez d'entrepreneurs qui sont disposés à construire ces bâtiments.

Seulement, le *nombre* des appartements mis sur le marché n'est pas tout. Il faut encore que le *prix* auquel ces objets peuvent être loués soit raisonnable. Or il semble bien qu'aujourd'hui la pénurie de logements dont souffrent certaines régions de la Suisse soit avant tout une pénurie d'habitations à loyers modérés (HLM).

Il est alors admissible que l'Etat intervienne pour modérer les loyers. A cette fin, il dispose de trois procédés.

19. L'un est le *contrôle des loyers*. Mais ce moyen n'appartient qu'à l'Etat fédéral, non à l'Etat cantonal. A l'heure actuelle, la Constitution fédérale ne tolère pas de contrôle des loyers sur les habitations nouvellement construites. Il faudrait donc, pour l'introduire, reviser la Constitution fédérale. Comme nous nous plaçons uniquement au point de vue de l'Etat cantonal, cette voie nous est fermée.

Le deuxième procédé est la *subvention*. La subvention s'accompagne de conditions, dont l'une des principales est l'observation d'un loyer maximal. Rien n'empêche les cantons d'offrir de telles subventions aux constructeurs de bâtiments locatifs. Il semble donc bien que nous tenons là un moyen de pallier la pénurie de logements sans porter une atteinte trop profonde à la liberté individuelle. Mais c'est justement ce caractère libéral qui le rend parfois inefficace. L'acceptation d'une subvention n'étant pas obligatoire, il arrivera que les propriétaires et les entrepreneurs préfèrent se passer de l'aide financière de l'Etat, afin de garder leur liberté, notamment dans la fixation du loyer.

Le troisième procédé est l'*expropriation formelle*. L'Etat acquiert des terrains, qu'il peut ensuite soit vendre, soit grever d'un droit de superficie, soit employer lui-même; étant bien entendu que ces terrains seront affectés, par l'acheteur, le superficiaire ou l'Etat, à la construction d'habitations à loyers modérés. Evidemment, ce moyen surprend par sa nouveauté. On était habitué à voir le fonds exproprié servir à un assez grand nombre d'intéressés, usagers des routes ou de l'école, abonnés au gaz ou à l'électricité, etc. Or voici que le fonds est enlevé à un propriétaire pour profiter, finalement, à quelques dizaines de locataires. Mais l'opération doit être considérée dans son ensemble. Si la pénurie de logements est réelle, et il faut qu'elle le soit pour que l'expropriation soit licite, ce sont plusieurs fonds qui seront enlevés à quelques propriétaires, au bénéfice d'une part non négligeable de la collectivité (part d'autant moins négligeable que les HLM exerceront peut-être, par leur simple existence, une pression sur le loyer d'autres habitations encore).

Du reste, on se rappellera que l'idée d'une expropriation à des fins de logement est reçue en Allemagne dès 1919 (art. 155 II de la Constitution de Weimar), et en France depuis un décret-loi du 30 octobre 1935.

20. En résumé: l'expropriation formelle peut être justifiée par le besoin de construire des bâtiments locatifs. Mais à certaines conditions, dont il importera de vérifier soigneusement la réalisation.

Il faut d'abord qu'il existe une véritable *pénurie de logements*, c'est-à-dire qu'une fraction *non négligeable* de la collectivité ne trouve pas d'habitation *décente* à un prix *raisonnable*. Ces termes devraient faire l'objet de définitions circonstanciées. C'est le premier surtout qui est difficile à cerner, nous le reconnaissons volontiers. Il y aurait ensuite une notion de l'habitation «décente», qui ne devrait pas être confondue avec l'habitation luxueuse, de même qu'en temps de nécessité les boulangeries sont réquisitionnées pour la vente du pain, et non de pâtisseries. Il y aurait enfin une notion du prix «raisonnable», qui, notamment, ne devrait pas dépasser une certaine fraction du revenu; mais la fraction devrait être judicieusement choisie, et n'être pas trop basse, parce que l'Etat n'a pas à intervenir pour permettre au bénéficiaire d'accroître ses dépenses somptuaires. Pour parler concrètement, un HLM hérissé d'antennes de télévision offrirait un spectacle d'un goût douteux.

La pénurie de logements étant démontrée, il faut encore qu'elle ne puisse pas être combattue *efficacement* par des moyens *moins graves* que l'expropriation formelle. Sans doute le contrôle des prix n'est-il pas permis aux cantons, non plus que ce contrôle des prix géographiquement limité que serait l'institution, dans un plan d'aménagement ou d'extension, d'une «zone de HLM». Mais il faut voir si des subventions ne suffiraient pas, ou si l'Etat ne peut pas mettre à contribution des immeubles de son patrimoine financier.

21. Si nous passons maintenant à la *zone de verdure*, entendue comme une zone où la construction est interdite, nous constatons que son établissement ne justifie pas une expropriation formelle. L'adoption d'un plan d'aménagement ou d'extension est parfaitement suffisante (alors qu'elle n'est pas possible en matière de logement, ainsi que nous venons de le voir, no 20). En revanche, et comme dans le cas d'une zone industrielle (no 15), le propriétaire frappé peut, même s'il a déjà reçu une indemnité pour la dépréciation de son fonds, exiger que celui-ci lui soit racheté par l'Etat (exiger qu'une expropriation matérielle soit commuée en une expropriation formelle).

22. Il y a un intérêt de l'Etat qui ne doit pas être assimilé à l'intérêt public: c'est, répétons-le, l'intérêt *fiscal* (ci-dessus, no 9). En matière immobilière, cela veut dire que l'Etat ne doit pas employer sa puissance uniquement pour profiter, lui aussi, de la rente foncière¹⁷. L'intérêt est fiscal, non seulement quand l'Etat cherche à accroître son patrimoine financier, mais aussi quand il se propose de s'approprier une rente foncière pour diminuer, en la réalisant ensuite, les frais d'une opération connexe qui, elle, serait incontestablement d'intérêt public. En en jugeant autrement, dans une espèce *Häsler*¹⁸, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt des plus discutables, et qui d'ailleurs ne semble pas avoir fait jurisprudence.

¹⁷ Cf. déjà ATF 31 I 645, *Perrin-Charbonnier*; puis 41 I 468, *Dolderbahn AG*; 53 I 145, *La Perle du lac S.A.* et un arrêt inédit *Lecoultre*, déjà cité, du 20 septembre 1961; etc.

¹⁸ ATF 40 I 512.

23. Il arrive cependant assez souvent qu'une même mesure poursuive simultanément deux buts, l'un d'intérêt public, l'autre d'intérêt fiscal. C'est le cas, par exemple, de l'expropriation préventive, comme nous l'avons déjà signalé (no 11). Ce genre d'opération hybride est-il licite?

Le Tribunal fédéral tolère le concours d'intérêts public et non public (fiscal, voire privé), pourvu que l'intérêt public soit *prononcé*¹⁹. Dans l'arrêt *Dafflon*, il se borne même à vérifier «qu'il n'y ait pas une disproportion évidente entre l'intérêt privé réellement poursuivi et l'intérêt public allégué». Cette jurisprudence est assez favorable à l'Etat. On peut se demander si la formule ne permet pas des abus²⁰, et s'il ne serait pas plus juste d'exiger que l'intérêt public soit *principal* ou *primaire*, l'intérêt fiscal (ou privé) n'étant qu'*accessoire* ou *secondaire*.

24. Certaines situations sont difficiles à apprécier.

Tout le monde s'accorde à dire qu'une expropriation qui n'a d'autre fin que de procurer à l'Etat des *réserves de terrains*, dont il se servira comme de monnaie d'échange lors de futures expropriations, est une mesure principalement, sinon uniquement fiscale, et par conséquent contraire à la garantie de la propriété, donc inconstitutionnelle. En revanche, l'expropriation préventive est constitutionnelle (no 11). Que penser alors du cas suivant?

L'Etat exproprie un fonds, à titre préventif: il se propose d'y faire passer une route, ou d'y édifier un collège, dans une dizaine d'années. C'est régulier. Le moment vient de réaliser le projet. Mais, pour des raisons techniques, le tracé de la route a été un peu déplacé, l'emplacement du collège un peu modifié. Les travaux se feront, non pas sur le sol que l'Etat a exproprié il y a dix ans, mais sur un terrain voisin.

Si ce terrain appartient aussi à l'Etat, celui-ci doit rendre le fonds qu'il n'utilise pas, au prix qu'il l'avait payé; c'est normal. Et si le terrain appartient à un propriétaire privé? L'Etat peut-il procéder à un échange? En toute rigueur, il ne le devrait pas, parce qu'en agissant ainsi il confère à l'expropriation préventive antérieure un caractère uniquement fiscal.

Pourtant, si le propriétaire exproprié aujourd'hui est le même que celui qui a subi l'expropriation préventive, il n'est en principe pas lésé par le changement de tracé de la route ou d'emplacement du collège — tout au moins quand les prix des deux terrains ont suivi une évolution semblable. Il ne peut donc pas réclamer la restitution du fonds à l'ancienne valeur, et doit se contenter de l'échange. La solution peut-elle être étendue à l'hypothèse où le propriétaire exproprié aujourd'hui est autre que le propriétaire qui a subi l'expropriation préventive? Assurément, le propriétaire qui a perdu la rente foncière au profit de l'Etat n'est alors pas le même que celui dont le fonds servira effectivement à l'œuvre d'intérêt public. Il y a une dissociation entre l'expropriation (préventive) d'intérêt fiscal, et l'expropriation (actuelle) d'intérêt public. Cependant, l'expropriation préventive n'ayant pas été *voulue* exclusivement fiscale, il nous semble qu'elle doit continuer d'être tenue pour valable, et que l'Etat doit pouvoir pratiquer l'échange. Encore faut-il que l'œuvre d'intérêt public pour laquelle l'échange a lieu soit bien celle-là même qui avait justifié l'expropriation préventive. (A suivre)

¹⁹ ATF 57 I 382, *Ehrler*, précité.

²⁰ Exemple: ATF 34 I 214, *Brennecke*.

Städtetag 1963 in Genf · Programm

Freitag, den 20. September 1963

ab 21 Uhr Freie Zusammenkunft im Hôtel Métropole

Samstag, den 21. September 1963

09.30 Uhr Erste Sitzung in der Aula der Universität

Traktanden

1. Begrüßung durch Herrn Stadtpräsident P. Bouffard, Genf
2. Appell
3. Protokoll der ordentl. Generalversammlung vom 13. und 14. Okt. 1962
4. Jahresbericht des Vorstandes 1962/1963
5. Jahresrechnung 1962/1963
6. Festsetzung des Jahresbeitrages 1963/1964
7. Wahl des Präsidenten und der übrigen Mitglieder des Vorstandes für die Amtsdauer 1963-1966
8. Wahl der Rechnungsrevisoren für die Amtsdauer 1963/1964
9. Bestimmung des Tagungsortes der ordentl. Generalversammlung 1964
10. Verschiedenes
11. *Das Wohnbauproblem in den Städten*
 - a) Vortrag von Herrn Gemeinderat Dr. R. Tschäppät, Baudirektor II, Bern:
«Das Wohnbauproblem in den Städten»
 - b) Vortrag von Herrn J.-P. Desarzens, Architekt S. I. A. dipl. E. P. L., Lausanne:
«L'architecte face aux problèmes du logement à loyer modéré»

12.15 Uhr Abfahrt in Cars zum Restaurant im Parc des Eaux-Vives
Aperitif und Mittagessen

14.30 Uhr Abfahrt in Cars zu einer Rundfahrt in die Genfer Landschaft

16.00 Uhr Grand-Théâtre de Genève: Erfrischungen

17.15 Uhr Ballett-Aufführung

20.00 Uhr Offizielles Bankett im Hôtel des Bergues, offeriert vom Staatsrat des Kantons Genf und vom Stadtrat von Genf
Abendunterhaltung

Sonntag, den 22. September 1963

09.30 Uhr Zweite Sitzung in der Aula der Universität

Traktanden

12. *Parks und Grünflächen*
 - a) Vortrag mit Lichtbildern von Herrn A. Auberson, Stadtgärtner, Genf:
«Les parcs publics de la Ville de Genève»
 - b) Vortrag mit Lichtbildern von Herrn R. Arioli, Stadtgärtner, Basel:
«Städtische Grünflächen als Kulturelement»

12.00 Uhr Imbiß und Abschiedstrunk im Hôtel Richemond

Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung

Band 64 Jahr 1963 Nr. 17 Zürich, 1. September 1963

De l'acquisition de terres par la collectivité

Par JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

(Fin)

III. Modes mixtes

25. Nous n'avons considéré jusqu'ici que les deux modes d'acquisition classiques: l'achat de gré à gré et l'expropriation formelle. Tout au plus avons-nous cherché à étendre les cas d'application de l'expropriation formelle.

Il importerait maintenant de voir s'il n'y a pas d'autres modes encore par lesquels l'Etat peut acquérir un fonds privé.

Il n'y en a point qui soit fondamentalement différent. L'acquisition se fait avec le gré du propriétaire, ou contre son gré. On ne voit guère une troisième possibilité.

Néanmoins, on peut déceler deux modes mixtes. Nous voulons parler, d'une part, du *droit de préemption* de l'Etat, dont l'exercice est unilatéral, mais dépend pourtant de la volonté du propriétaire; d'autre part, du *remembrement foncier*, et de procédures analogues, lesquels, tout en se classant dans la catégorie de l'expropriation formelle, présentent cependant quelques particularités.

a) Le droit de préemption de l'Etat

26. L'initiative populaire genevoise, déjà citée (no 16), dont l'annulation par le Grand Conseil a suscité l'arrêt fédéral *Dafflon* du 14 novembre 1962, prévoyait, à côté de l'expropriation aux fins de construction de logements, un droit de préemption en faveur de l'Etat. Comme la décision, fondamentale en la matière, n'est pas (encore) publiée, nous devons, une seconde fois, nous borner à quelques remarques²¹.

²¹ Voir la note 15.

Pour commencer, rappelons que, l'urbanisme étant principalement l'affaire des cantons, le présent exposé s'interroge sur les moyens dont pourrait être doté le législateur cantonal, – la Constitution fédérale, le Code civil et le Code des Obligations demeurant ce qu'ils sont aujourd'hui.

Le canton peut-il instituer un droit de préemption en faveur de l'Etat?

Non, si le droit de préemption relève du droit privé, car les lois fédérales de droit privé n'ont pas délégué de compétences aux cantons sur ce point (à l'exception de quelques textes de la loi fédérale sur le maintien de la propriété foncière rurale, du 12 juin 1951, art. 6 et ss., – lesquels ne seront pas examinés ici).

Oui, peut-être, et à certaines conditions, si le droit de préemption relève du droit public.

27. Le droit de préemption relève-t-il du droit privé ou du droit public? Cela dépend de la manière dont il est conçu²².

Si le droit peut-être exercé par l'Etat sans invocation d'un motif d'intérêt public, et au prix convenu entre le vendeur et le tiers acheteur, il s'agit alors d'une institution du droit *privé*, comme celle de l'art. 17 de la loi précitée de 1951. Faute de délégation, le législateur cantonal n'a pas la faculté de l'introduire.

Mais le droit de préemption est incontestablement une institution du droit *public*, lorsque l'Etat auquel il est conféré ne peut l'exercer que pour un motif d'intérêt public. Le caractère de droit public s'accroît encore, quand le titulaire du droit se réserve la possibilité de faire fixer un prix convenable par une commission d'estimation. Nous pouvons même nous demander alors si nous sommes toujours bien en présence d'un droit de préemption, ou si nous ne sommes pas plutôt devant un cas d'expropriation conditionnelle (l'expropriation ne pouvant être pratiquée que si le propriétaire a manifesté l'intention de vendre son fonds).

C'est probablement cette seconde conception qui est à l'origine de l'initiative genevoise – en dépit de quelques obscurités de langage.

28. Ce droit de préemption du second type, les cantons peuvent l'attribuer à l'Etat à deux conditions. Qu'il ne viole pas la garantie de la propriété, et qu'il ne viole pas l'art. 2 des Dispositions transitoires de la Constitution fédérale, autrement dit, qu'il soit compatible avec le droit privé fédéral.

Le droit de préemption respectera la garantie de la propriété, nous le savons (no 8), s'il est fondé sur une base légale (ce qui est aisé à réaliser, juridiquement parlant); s'il ne peut s'exercer que pour un motif d'intérêt public, au sens que nous avons cherché à définir plus haut (ce qui est admis par hypothèse); et si son exercice s'accompagne d'une indemnité convenable.

²² En Allemagne fédérale, l'exercice du droit de préemption dont les communes jouissent sur certains terrains se fait au prix convenu entre le vendeur et l'acheteur, et doit néanmoins se fonder sur un motif d'intérêt public (art. 24–28 d'une loi du 23 juin 1960, dite Bundesbaugesetz, BGBl 1960 I 341).

En France, l'usage d'une telle faculté, qui elle aussi est limitée à des zones déterminées, ne nécessite pas l'invocation d'un intérêt public; quant au prix, c'est également celui qui a été stipulé dans le contrat de vente; mais la collectivité préemptrice peut, si elle le trouve trop élevé, en faire fixer un autre par la chambre d'expropriation; le vendeur garde alors le droit de renoncer à aliéner son fonds (art. 1–16 d'une loi du 26 juillet 1962, Journal officiel, 1962, p. 7411; Sirey, 1962. Lég. 238; Dalloz, 1962. Lég. 243).

Cette dernière condition sera remplie si la fixation du prix est confiée à une commission d'estimation, laquelle pourrait être réunie à la demande soit de l'Etat qui prétend que le prix de vente est excessif, soit du propriétaire, qui allègue que la vente conclue était, en réalité, une donation mixte. Si la loi ne prévoit pas de décision de la commission d'estimation, et abandonne le soin de fixer le prix aux parties, l'indemnité sera plus qu'équitable, si ce prix est surfait; mais il restera le cas de la donation mixte, où l'indemnité sera insuffisante. Faut-il alors prévoir un appel du propriétaire au juge civil, ainsi qu'on l'a suggéré pour l'application de la loi fédérale de 1951²³? Mais une telle action serait de droit privé, et n'entrerait donc pas dans les compétences des cantons, à moins qu'on n'y voie une de ces règles accessoires de droit privé, destinées à permettre à une règle de droit public de fonctionner normalement²⁴.

La garantie de la propriété implique non seulement la garantie du droit subjectif du propriétaire, mais encore la garantie de l'institution même de la propriété. Toutefois, elle se confond ici avec le principe de la force dérogatoire du droit privé fédéral, qui précisément consacre la propriété, art. 641 et ss. du Code civil.

29. Le droit de préemption respectera le droit privé fédéral, si, tout en étant justifié par des motifs d'intérêt public (ce qui, par hypothèse, est le cas), il n'en viole ni la lettre ni l'esprit (ci-dessus, no 8).

Il respecte la lettre et l'esprit des art. 641 et ss. du Code civil, s'il n'aboutit pas à supprimer la propriété foncière privée dans le canton qui l'a établie. Nous retrouvons ici un raisonnement connu (no 5). Comme le droit de préemption ne peut-être invoqué que pour des motifs d'intérêt public, et non fiscal, il est clair qu'il ne peut conduire à absorber toute la propriété terrienne du canton.

Le même droit respecte la lettre et l'esprit des art. 681 du Code civil et 216 III du Code des Obligations, s'il n'évince pas dans le canton le droit de préemption conventionnel en matière d'immeubles. Mais ce droit subsiste dans toute la mesure où l'Etat ne veut pas user du sien, ou ne le peut pas, faute de motif d'intérêt public.

30. En résumé, le droit de préemption qu'une loi cantonale n'accorde à l'Etat que pour un motif d'intérêt public est probablement valable. On peut toutefois s'interroger sur le degré de son utilité. En effet, de deux choses l'une.

Ou bien la loi cantonale ne prévoit pas d'intervention de la commission d'estimation. Mais alors l'Etat doit en passer par le prix convenu entre des tiers, ce qui peut avoir pour conséquence, soit qu'il devra renoncer à exercer son droit, soit qu'il grèvera excessivement les finances publiques. Dans ces circonstances, l'institution apparaît comme bien imparfaite.

Ou bien la loi prévoit l'intervention de la commission. Mais alors on ne voit pas très bien l'avantage d'un tel droit de préemption sur le droit d'expropriation. Ce que la préemption peut faire, l'expropriation le fait aussi bien, et même mieux, puisque l'expropriation dépend du seul vouloir de l'Etat, et lui confère la pleine propriété du fonds, tandis que le droit de préemption ne s'exerce que lorsque le propriétaire a décidé de vendre son fonds, et ne vaut à l'Etat qu'une créance. Tout au plus dira-t-on que la procédure de la préemption est plus simple que celle d'expropriation: en particulier, la détermination de l'objet saisi ne fait pas de difficulté.

²³ Franz Eugen Jenny, *Das bäuerliche Vorkaufsrecht*, Fribourg, 1955, p. 84.

²⁴ Comp. ATF 73 I 229, *Association suisse des maîtres relieurs*.

Le droit de préemption n'aurait de véritable utilité que si les motifs justifiant son exercice étaient plus nombreux que ceux qui justifient une expropriation. Par exemple, et c'est peut-être le sens de l'initiative genevoise²⁵, la construction de logements pourrait être invoquée à l'appui de l'exercice du droit de préemption; mais non pas, quand le propriétaire n'a nulle envie de vendre son fonds, pour l'exproprier. Entendue en ce sens, l'initiative genevoise irait moins loin que nos développements précédents (nos 16 et ss.) Toutefois, cette interprétation est assez artificielle, parce qu'elle suppose deux notions de l'intérêt public: l'une, large, qui permet la préemption; l'autre étroite, qui motive l'expropriation.

b) Le remembrement foncier

31. Le hasard séculaire des ventes et des partages successoraux, et plus généralement de tous les modes de transmission de la propriété foncière, a eu pour conséquence qu'aujourd'hui la terre est étrangement morcelée. Ce morcellement n'est pas favorable à l'agriculture, et le législateur cherche, d'assez longue date, à y remédier par des remaniements. Mais le morcellement peut également être nuisible à une bonne utilisation du sol urbain.

L'exemple le plus simple est la «colonisation» d'un nouveau quartier notamment à la périphérie d'une localité, où les terrains sont constructibles, mais non encore bâtis. Certains fonds sont un peu trop petits pour porter une maison, compte tenu des règles relatives aux dimensions des bâtiments. D'autres sont bien assez grands. Et surtout, les formes de ces terrains sont incommodes. L'idée vient naturellement à l'esprit, de réunir tous les terrains d'une zone déterminée, d'y découper de nouveaux lotissements, et de les redistribuer.

32. La redistribution pose un problème dont nous n'avons pas à nous occuper ici. Disons simplement que si le nombre des nouveaux fonds est égal à celui des anciens, il ne sera pas trop difficile de restituer un terrain à chaque propriétaire. Sinon, si les nouveaux fonds sont moins nombreux, il faudra bien que quelques-uns des anciens propriétaires se contentent d'une indemnité en espèces. Le point délicat est alors de respecter le principe d'égalité, et de trouver un moyen objectif de décider quels propriétaires retrouveront un fonds, et quels propriétaires n'auront qu'une somme d'argent. Certains ont imaginé une enchère où ne participeraient que les anciens propriétaires. C'est la solution vers laquelle paraît se diriger le législateur genevois, saisi d'un projet sur le remembrement urbain²⁶. On pourrait penser à d'autres procédés; par exemple, éliminer les propriétaires dont les fonds (avant le remembrement) ne se prêtaient pas, ou le plus mal, à la construction; ou encore, utiliser certaines formes de copropriété (peut-être l'institution de la propriété par étages rendrait-elle des services).

33. L'important, pour nous, c'est de voir si l'Etat ne peut pas, à l'occasion d'un remembrement, s'approprier certains fonds pour des fins d'intérêt public. Et la réponse doit être affirmative.

Lors de l'ouverture d'un nouveau quartier, l'Etat commencera par distraire de la masse le sol destiné aux voies de communications (ce qui réduira d'autant la

²⁵ Mémorial 1962 I 440.

²⁶ De novembre 1958, Mémorial 1958 III 2228: cf. une consultation du Professeur Henri Zwahlen, du 8 mars 1961.

surface à redistribuer). Mais l'aménagement du quartier suppose peut-être la construction d'un collège, l'établissement d'une place de sports, d'une promenade publique, etc. Si ces ouvrages sont d'intérêt public, l'Etat doit pouvoir conserver les terrains nécessaires à leur réalisation.

Les indemnités seront réglées de la façon suivante:

D'abord, les propriétaires qui ne participent pas à la redistribution (s'il y en a) sont payés intégralement, pour la valeur que leur fonds avait avant le remembrement. Les autres propriétaires, ceux qui participent à la redistribution, recouvreront probablement un fonds de valeur supérieure à celle de l'ancien fonds, même s'il a une surface moindre. En effet, il aura une forme et une situation qui permettront de mieux l'utiliser. Dans ce cas-là, non seulement l'Etat ne paiera pas d'indemnité pour les terrains appropriés, mais encore les sommes versées aux propriétaires qui ont dû définitivement renoncer à un terrain seront réclamées aux propriétaires «restants», à proportion de leur enrichissement (y compris l'Etat lui-même, pour les surfaces qu'il conserve en vue de la construction d'un collège ou de l'établissement d'une place de sports, ou d'une promenade publique – le tracé des routes excepté). Enfin, à mesure qu'il aménage les routes et les canalisations, l'Etat réclamera les contributions de plus-value que prévoit sa législation. Il ne demandera rien, par contre, pour la construction du collège, ou l'établissement de la place de sports ou de la promenade publique, qui sont financés par ses ressources générales (impôt...)

Si le remembrement n'a pas pour conséquence que la valeur des nouveaux fonds soit supérieure à celle des anciens (avant la construction des routes et canalisations), alors l'Etat devra indemniser chaque propriétaire, dans la mesure de son appauvrissement. Cette indemnité versée, il pourra, plus tard, exiger les contributions légales pour les routes et les canalisations.

34. Mais ces détails n'ont pas leur place dans un exposé comme celui-ci, qui cherche à dégager des principes. Ce qu'il faut tirer du paragraphe précédent, c'est qu'à l'occasion d'un remembrement, l'Etat peut opérer une expropriation formelle.

Cette expropriation a les caractères suivants:

D'abord, elle sera souvent *préventive*, les collèges pouvant n'être construits, et les places et promenades établies, qu'à une époque ultérieure.

Ensuite, elle frappe de manière *égale* (et *légère*) un nombre de propriétaires qui peut être assez considérable. Cela est très important, et distingue avantagement le présent mode d'expropriation du type ordinaire, qui pèse lourdement sur une ou deux personnes: au lieu que peu de propriétaires se voient enlever de larges parties de leurs fonds, il vaut mieux que plusieurs propriétaires consentent un sacrifice modeste²⁷.

Au surplus, l'expropriation ici décrite *coûte moins* que l'expropriation classique, ou en tout cas ne nécessite pas les mêmes crédits, parce qu'elle est faite dans le cadre d'une procédure qui a pour but d'accroître la valeur des fonds restants, et qu'elle peut donc être financée par voie de compensation ou d'imputation.

Enfin, si les propriétaires trouvent que le remembrement par voie d'autorité les frustre d'une substantielle plus-value, en ce sens qu'elle leur est ôtée à l'instant

²⁷ On observera que, pour l'établissement des routes nationales, le législateur fédéral a préféré le remembrement à l'expropriation ordinaire, cf. art. 30 et ss. de la loi du 8 mars 1960.

même où ils commencent d'en jouir, ils n'ont qu'à *faire eux mêmes* l'opération, à la place de l'Etat, qui n'interviendra qu'au cas de désaccord. Si bien que notre solution, étatique à première vue, paraît finalement, en stimulant les ententes entre propriétaires, plutôt libérale.

IV. Casuistique (A à D)

35. La casuistique de la Question no 3 appelle les réponses suivantes, qui se déduisent du présent mémoire.

Ad A. Tous les buts ici mentionnés peuvent justifier l'acquisition d'un terrain par l'Etat, selon l'un des quatre modes que nous avons vus: achat de gré à gré (I), expropriation formelle (II), exercice d'un droit de préemption (III a), appropriation lors d'un remembrement (III b) (ou remaniement, ou exécution d'un plan de quartier, qui ne sont que des variantes).

Naturellement, sauf l'achat, ces modes doivent être fondés sur une base légale, et même de préférence une base légale claire et nette²⁸.

L'achat demeure le mode le plus recommandable, d'une part pour le vendeur, dont la liberté est respectée; d'autre part pour l'Etat, qui n'a pas à invoquer nécessairement un but d'intérêt public, et qui est ensuite parfaitement libre dans l'utilisation du fonds acquis (n'ayant pas à s'en tenir au but précis pour lequel l'acquisition a eu lieu).

36. Ad B. Le désir de faire observer un zonage ne nous semble pas justifier une expropriation formelle. En un pareil cas, l'expropriation violerait le principe de la proportionnalité. Le zonage (par exemple, zone d'industrie) est muni de sanctions, pénales (amendes), voire administratives (à la rigueur, démolition). Assurément, l'expropriation formelle, suivie d'une revente, ou de la constitution d'un droit de superficie, permettrait d'imposer au propriétaire acquéreur des obligations positives, et non seulement négatives: notamment construire un certain bâtiment dans un certain délai; et la sanction, au cas d'inexécution de ces obligations, pourrait être civile: dommages-intérêts, ou mieux, retour à l'Etat. Toutefois, ces quelques avantages ne suffisent pas pour substituer l'expropriation formelle au zonage. Seuls demeurent possibles l'achat de gré à gré (cela va de soi), et probablement aussi l'exercice d'un droit de préemption, qui touche moins durement le propriétaire que l'expropriation formelle.

37. Ad C. La solution est différente, lorsque le but de l'acquisition est de favoriser la construction d'habitations à loyers modérés (HLM). Nous admettons qu'à certaines conditions ce but est d'intérêt public. Mais, tant que la Constitution fédérale n'est pas révisée, ce but ne peut faire l'objet d'un zonage, qui violerait la liberté du commerce et de l'industrie. Donc l'expropriation formelle est possible, ne se heurtant pas, comme dans l'hypothèse précédente (B), au principe de la proportionnalité.

Outre l'expropriation, bien entendu, l'Etat peut user de l'achat de gré à gré, et d'un éventuel droit de préemption.

²⁸ Pour se conformer à une jurisprudence connue, ZBl 63 (1962), p. 308, *Messerti*; 62 (1961), p. 72, *Keller*; ATF 85 I 231, *Eiger Baugesellschaft AG*; etc.

Au sujet du prix de revente, ou de la redevance que l'Etat prétend obtenir du nouvel acquéreur, ou du superficiaire, rappelons qu'ils ne doivent pas lui procurer un bénéfice, tout au moins lorsqu'il s'est approprié le fonds unilatéralement, parce qu'alors l'opération doit être, autant que possible, franche d'arrière-pensée fiscale. Autrement dit, le fonds doit être revendu, ou le droit de superficie concédé, au prix de l'indemnité d'expropriation (augmenté, à la rigueur, de la contre-partie de la dépréciation monétaire, et d'éventuelles impenses).

Cette règle va de soi pour les HLM, car on ne concevrait pas que l'Etat s'enrichisse au détriment des locataires. Mais elle ne semble guère moins évidente pour une zone d'industrie, car on comprendrait mal que l'Etat, qui par hypothèse cherche à encourager l'industrie, prélève à son détriment une rente foncière.

38. Ad D. Les autres «buts d'intérêt public» devraient être précisés, parce que leur régime est variable. En effet, le principe de la proportionnalité peut, selon les cas, dicter des solutions différentes.

V. Moment de l'indemnité

39. Reste à traiter du *moment* auquel se calcule l'indemnité.

Il convient de distinguer ici deux problèmes.

D'une part, les fonds peuvent augmenter de prix par le simple écoulement du temps. A quelle date faut-il alors les évaluer?

D'autre part, les fonds peuvent augmenter de prix par l'effet d'une certaine mesure étatique. Faut-il alors calculer l'indemnité avant ou après ladite mesure, en en tenant compte ou en la négligeant?

40. Le premier problème est classique pour l'expropriation, à notre époque de renchérissement du sol. L'intérêt de l'Etat, c'est évidemment de choisir la date la plus ancienne. Mais la justice veut que l'indemnité, lorsqu'elle est fixée, permette au propriétaire de racheter un fonds équivalent. Ces deux idées contradictoires ont conduit la jurisprudence de certains cantons à adopter la solution que voici:

En principe, le prix est arrêté au moment du dépôt des plans. Mais, si ce prix s'est notablement accru au jour de l'estimation par la commission (ce qui sera très souvent les cas), c'est cette seconde date qui sera retenue. En revanche, pour ne pas encourager l'esprit de chicane, l'Etat n'ira pas jusqu'à payer le prix atteint au jour du jugement, lorsque l'estimation de la commission est déferée au tribunal. De sorte qu'en définitive, le risque de la procédure devant la commission incombe à l'expropriant; le risque de la procédure devant le tribunal, à l'exproprié²⁹.

41. Le second problème, qui est à proprement parler celui que pose le dernier paragraphe de la Question no 3, n'est pas moins classique. Lorsque l'autorité compétente mesure l'indemnité, doit-elle prendre en considération la plus-value que le fonds saisi et les terrains voisins retirent de l'ouvrage en vue duquel l'expropriation a eu lieu?

²⁹ Cf. Kassationsgericht de Zurich, ZR, 1952, no 70; Appellationsgericht de Bâle-Ville, BJM, 1957, p. 113; Obergericht d'Argovie, AGVE, 1957, p. 110; etc. On notera que le IIIème Sénat du Tribunal fédéral (civil) de Carlsruhe a inauguré, dès 1957, une jurisprudence beaucoup plus nuancée pour le cas où le propriétaire a recouru aux autorités judiciaires: BGHZ 25 225; 26 373; 29 217; 30 281; 31 244; etc.

La règle cardinale, c'est que l'Etat n'a pas à supporter le renchérissement dû à son propre fait. Le Conseil fédéral l'a dit clairement, dans son Message à l'appui du projet de loi sur l'expropriation³⁰. Et, en effet, on ne voit pas pourquoi les particuliers monnaieraient à l'Etat les avantages que celui-ci leur procure³¹. Au contraire, ce sont eux plutôt qui doivent verser quelque chose à l'Etat.

Par conséquent, les terrains expropriés pour l'établissement d'une route sont payés à la valeur qu'ils avaient *avant* la construction de cette route, ou, mieux, abstraction faite de la route. Quant aux propriétaires qui, sans être expropriés, tirent un profit de la route, de nombreux cantons les obligent à fournir des contributions de plus-value.

Il en va de même, nous l'avons vu, du remembrement foncier (ci-dessus, no 33). L'appauvrissement ou l'enrichissement se calcule en comparant, d'un côté, le prix de l'ancien fonds avant le remembrement, et, de l'autre côté, le prix du nouveau fonds après le remembrement.

42. La règle a, cependant, son exception. Cette exception a été longuement décrite dans un important arrêt de l'Obergericht de Zurich, du 1^{er} décembre 1953, relatif à l'aéroport de Kloten³². Nous nous permettrons d'y renvoyer le lecteur, en signalant simplement que le tribunal distingue, parmi les avantages qui résultent du fait de l'Etat, entre ceux qui sont spéciaux, et qui n'influencent pas l'indemnité (cas de la route, cf. ci-dessus, no 41), et ceux qui sont généraux, qui se font sentir dans toute la région, et dont il convient de tenir compte lors de la fixation des indemnités, si l'on veut éviter que l'exproprié ne soit victime d'une inégalité (cas de l'aéroport).

Baurecht – Verkehrswesen

LUZERN

Erfordernis von Abstellplätzen beim Bau eines Hotels mit Restaurant: § 84 des Baugesetzes für den Kanton Luzern, der die Gemeinden zum Erlaß weitergehender baupolizeilicher Vorschriften ermächtigt, bildet eine genügende gesetzliche Grundlage zum Erlaß von Vorschriften über die Erstellung ausreichender Garagen und Autoabstellplätze auf privatem Grund und Boden. Weist ein geplanter Bau einen großen Bedarf an Abstellplätzen auf und bestehen in einer weitem Umgebung keine benützbaren Abstellflächen, so kann die Ablösung der Pflicht auf Erstellung genügender Abstellplätze nur verantwortet werden, wenn der Gesuchsteller nachweisen kann, daß er andernfalls seine Parzelle nicht angemessen überbauen könnte.

§ 25^{novies} des Baureglementes für die Gemeinde A (BauR) verhält die Bauherrschaft, bei Neu- und Umbauten auf privatem Grund ausreichende Garagen und

³⁰ FF 1926 II 31; art. 20 III de la loi de 1930.

³¹ Cette idée évidente vient de trouver une expression nouvelle dans une révision fondamentale du droit français. Voir l'art. 21 de l'ordonnance du 23 octobre 1958 (Journal officiel, 1958, p. 9694), dans le libellé que lui a donné l'art. 22 de la loi du 26 juillet 1962, précitée (à la note 22).

³² ZR, 1954, no 79.

Abstellplätze für Motorfahrzeuge zu erstellen (Abs. 1); soweit dies nicht möglich ist, kann der Gemeinderat die Bauherrschaft zur Leistung von Beiträgen an Bau und Unterhalt solcher Anlagen auf öffentlichem oder privatem Grund verpflichten, die der Benützung des betreffenden Grundstückes in offensichtlichem Maße dienen (Abs. 2).

Mit Entscheid vom 5. Juli 1962 erteilte der Gemeinderat von A der Immobilien AG X die Bewilligung für den Bau eines Hotel-Restaurants auf der 601 m² umfassenden Parzelle Nr. 2125 am Zentralplatz. Der geplante Bau umfaßt einen fünfeinhalbgeschossigen Haupttrakt und einen zweigeschossigen Anbau und enthält ein Hotel-Restaurant mit 240 Sitzplätzen und 12 Zimmern mit 16 Betten sowie 2 Wohnungen. Garagen sind nicht vorgesehen; auf der Nordseite des Bauvorhabens sind vier Autoabstellplätze geplant. In den besondern Bedingungen zur Baubewilligung verpflichtete der Gemeinderat von A die Bauherrschaft, im Sinne von § 25^{novies} Abs. 2 BauR vor Baubeginn eine Entschädigung von Fr. 15 000.– an die Gemeindekasse zu bezahlen.

Gegen diesen Entscheid rekurrirten die benachbarten Industrieunternehmen Y und Z an den Regierungsrat mit dem Antrag, die Baubewilligung sei aufzuheben. Zur Begründung weisen sie im wesentlichen darauf hin, daß beim geplanten Bau entgegen § 25^{novies} BauR nicht genügend Abstellplätze vorgesehen seien.

Der Gemeinderat beantragte aus folgenden Gründen die Abweisung des Rekurses: Der geplante Bau widerspreche § 25^{novies} BauR nicht. Da es der Bauherrschaft nicht möglich sei, auf eigenem Grund und Boden die erforderliche Anzahl Abstellplätze zu erstellen, sei sie im Sinne von Abs. 2 dieser Vorschrift verhalten worden, der Gemeinde vor Baubeginn eine Ersatz-Leistung von Fr. 15 000.– zu erbringen. Die Gemeinde habe sich verpflichtet, diese Summe für die Erstellung von Ersatz-Abstellplätzen in unmittelbarer Nähe der Bauparzelle zu verwenden. Ob und wie diese Lösung verwirklicht werden könne, sei heute allerdings noch ungewiß.

Die Bauherrschaft beantragte ebenfalls die Abweisung des Rekurses und führte aus: Es sei fraglich, ob § 84 des Baugesetzes für den Kanton Luzern (BauG) eine genügende Rechtsgrundlage für die in § 25^{novies} BauR enthaltene Pflicht zur Erstellung von Abstellplätzen darstelle. Aber selbst wenn man dies bejahe, so könnten die Rekurrentinnen sich nicht mit Erfolg auf diese Vorschrift berufen. Wohl enthalte diese in Abs. 1 den Grundsatz, daß bei Neu- und Umbauten genügend Abstellplätze anzulegen seien. Abs. 2 sehe aber vor, daß diese Pflicht durch Leistung von Beiträgen an den Bau und Unterhalt von Abstellflächen auf fremdem Grund abgegolten werden könne, wenn die Errichtung solcher Plätze auf eigenem Grund und Boden nicht möglich sei. Im vorliegenden Fall wäre die Bauherrschaft selber am meisten daran interessiert gewesen, ihren Gästen noch weiteren Parkraum zur Verfügung stellen zu können. Es seien denn auch alle möglichen Anstrengungen in dieser Richtung unternommen worden. Verhandlungen über Kauf, Miete oder Pacht von Nachbarliegenschaften seien gescheitert. Die Schaffung eines Parterre-Parkplatzes habe sich ebenfalls als undurchführbar erwiesen, weil die zur Verfügung stehende Grundfläche nur 601 m² messe, die Bauherrschaft vertraglich verpflichtet sei, Kegelbahnen zu erstellen und andererseits beim Anbau infolge einer Baubeschränkung nicht mehr als zwei Geschosse erstellt werden dürften.

Der Regierungsrat hat die Rekurse aus folgenden Gründen *gutgeheißen und die Baubewilligung aufgehoben*: