

N° 5696⁵

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2006-2007

PROJET DE LOI

promouvant l'habitat, créant un „pacte logement“ avec les communes, instituant une politique active de maîtrise du foncier et modifiant certaines dispositions du Code civil

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Dépêche de la Secrétaire d'Etat aux Relations avec le Parlement au Président de la Chambre des Députés (24.8.2007)	1
2) Avis de la Chambre des Notaires	
– Dépêche du Président de la Chambre des Notaires du Grand-Duché de Luxembourg au Ministre de la Justice (5.7.2007)	2
3) Prise de position du Ministre des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement sur l'avis de la Chambre des Notaires du 5 juillet 2007	12

*

**DEPECHE DE LA SECRETAIRE D'ETAT AUX RELATIONS
AVEC LE PARLEMENT AU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES**
(24.8.2007)

Monsieur le Président,

A la demande du Ministre des Classes Moyennes, du Tourisme et du Logement, j'ai l'honneur de vous faire parvenir en annexe l'avis émis par la Chambre des Notaires sur le projet de loi sous rubrique ainsi que la prise de position afférente de Monsieur le Ministre.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de ma haute considération.

*Pour la Secrétaire d'Etat aux Relations
avec le Parlement,*

Pascal THILL
Chef de bureau adjoint

*

AVIS DE LA CHAMBRE DES NOTAIRES

DEPECHE DU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES NOTAIRES DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG AU MINISTRE DE LA JUSTICE

(5.7.2007)

Monsieur le Ministre,

Concerne: Proiet de loi promouvant l'habitat

La Chambre des Notaires accuse réception de votre estimée du 17 janvier 2007. Par cette lettre, vous sollicitez l'avis du notariat par rapport à certaines dispositions de portée de droit civil à introduire dans la législation luxembourgeoise. La Chambre des Notaires, dans une première partie se bornera donc à examiner uniquement les dispositions relatives au droit de préemption, de l'emphytéose et du droit de superficie telles que retenues dans le projet.

Dans un deuxième courrier, elle prendra une attitude sur le projet en prenant appui sur les réglementations existantes dans les autres pays de l'Union ainsi que sur l'aspect fiscal. La Chambre des Notaires considère en effet que les notaires, appelés par la loi à recevoir et transcrire les actes relatifs à la transmission des immeubles sont, par suite de cette mission légale et de leur connaissance du marché immobilier au Grand-Duché de Luxembourg, très bien placés pour donner un avis sur l'approche générale des solutions proposées par le projet au Grand-Duché de Luxembourg et les moyens et solutions utilisés dans d'autres pays pour maîtriser la montée des prix d'acquisition dans l'immobilier.

La prise de position de la Chambre des Notaires dans sa première partie comprend des considérations d'ordre général sur le droit de préemption avant l'examen en détail des différents articles du projet en rapport avec le droit de préemption, le droit d'emphytéose et le droit de superficie.

*

LE DROIT DE PREEMPTION

Considérations générales

1) *Examen des motifs invoqués pour introduire un droit de préemption*

Dans l'exposé des motifs relatif à l'introduction d'un droit légal de préemption, il est, dans le premier paragraphe, constaté que „l'approvisionnement de la population en logement dans le cadre de l'aménagement communal et du développement urbain pose depuis trop longtemps déjà un grand problème“. Directement, à la suite de cette constatation, il est exposé que ce grand problème a ses origines dans une maîtrise foncière insuffisante de la part des pouvoirs publics, l'Etat, les communes et autres promoteurs publics ne disposant pas de réserves substantielles. Ce manque de réserves substantielles pour le secteur public dans l'immobilier est motivé par la rareté des terrains disponibles dans le secteur privé, face à une demande croissante de logements. On constate donc une situation d'offre faible face à une forte demande dans le domaine foncier. Suivant la logique des règles du marché, il y a flambée des prix.

Les motifs invoqués comme étant à l'origine de la rareté des terrains sont:

- achats massifs de la part de promoteurs privés,
- non-disponibilité en raison du défaut d'autorisations communales ou étatiques,
- la rétention à des fins de spéculation.

Ayant ainsi désigné du doigt l'origine de tous les maux en la matière, le projet entend mettre fin à ce grand problème en instituant légalement un droit de préemption au profit, non seulement des autorités publiques, Etat et communes, mais encore au profit d'un seul organisme public parmi d'autres organismes publics poursuivant un objectif analogue à savoir, le Fonds pour le développement du logement et de l'habitat (le Fonds).

A) *Deux remarques préalables*

1) La flambée des prix dans le foncier au Grand-Duché de Luxembourg est présentée comme ayant son unique principale origine dans la rareté des terrains constructibles. La Chambre des Notaires doute

que cette présentation soit totalement exacte. En ce qui concerne le coût des constructions d'habitation de caractère unifamilial on considère généralement que le prix du terrain intervient actuellement à raison de quelque 50% dans la formation du prix de vente de tels immeubles. Les 50% restants du prix de vente de ces immeubles sont conditionnés par le prix de construction. Il est constant en cause que le prix de la construction au Grand-Duché de Luxembourg est très élevé par rapport à celui pratiqué à l'étranger. Un effort devrait être fait pour maîtriser ces coûts lorsque le secteur public entend proposer des habitations à coût modéré. L'établissement d'une certaine concurrence au niveau des promoteurs publics influencerait, de l'avis de la Chambre des Notaires, le développement des prix dans ce domaine dans le bon sens.

2) Le phénomène de la flambée des prix des terrains constructibles provient encore du fait que les acquéreurs potentiels entendent tous acquérir des terrains au même endroit, c'est-à-dire en pleine ville et près de leur lieu de travail. Afin de réduire l'incidence du coût du terrain dans la formation du prix des immeubles, la solution de la construction en hauteur est appliquée dans les pays voisins. L'adoption d'une solution analogue devrait également être envisagée au Grand-Duché de Luxembourg surtout pour la Ville de Luxembourg.

B) La Chambre des Notaires fait les réflexions suivantes par rapport aux motifs avancés par les auteurs du projet de loi pour expliquer la hausse des prix des terrains à bâtir

L'achat massif de la part de promoteurs du secteur privé est le premier motif avancé:

Les promoteurs privés, en faisant des achats massifs poursuivent des objectifs de mise en valeur économiques des terrains achetés. Obligés d'emprunter pour financer leurs projets de promotion à des taux d'intérêts croissants, ils ont hâte de réaliser leurs projets pour vendre ensuite les terrains mis en valeur pour rentrer dans leurs fonds, rembourser leurs prêts et réduire aussi leurs frais financiers et réaliser un bénéfice.

Rarement a-t-on vu des promoteurs rester „assis“ sur les propriétés acquises pendant de longues années et bloquant la construction de logements ou des projets de lotissements, de PAG et/ou de PAP. La Chambre des Notaires croit plutôt le contraire et que c'est grâce à la promotion dans le secteur privé qu'il y a encore à l'heure actuelle une offre de terrains mis en valeur sur le marché.

Le 2ème argument invoqué est la non-disponibilité de terrains en raison du défaut d'autorisations communales ou étatiques. Cette argumentation pour motiver au profit des pouvoirs publics et à charge du secteur privé un droit de préemption laisse le lecteur du projet stupéfait, voir choqué. Il est constant en cause que les autorisations de construire sollicitées ne sont délivrées qu'avec une extrême lenteur, sans vouloir dire plus, par les pouvoirs publics. Le secteur privé n'est pour rien dans cet état des choses. Si l'on veut augmenter l'offre de terrains disponibles pour la construction, il faut améliorer les prestations de services en la matière au niveau des pouvoirs publics. Le droit de préemption au profit des autorités publiques n'est strictement pas en relation causale avec le bon fonctionnement des administrations publiques par rapport à la délivrance des autorisations de construire à moins que l'on vienne à penser, que les reclassements de terrains et les autorisations de construire seront délivrés avec plus de célérité du moment que les pouvoirs publics sont devenus propriétaires en vertu de l'exercice du droit de préemption leur accordé en vertu du présent projet permettant ainsi à ces autorités de réaliser rapidement des gains financiers importants.

La rétention à des fins de spéculation est avancée comme dernier motif. La Chambre des Notaires considère ce motif comme pertinent pour expliquer la rareté des terrains disponibles. Elle considère toutefois que le concept de „spéculation“ qui est avancé par le projet est un terme trop agressif dans la majorité des cas. Les particuliers du secteur privé sont, dans la plupart des cas, des propriétaires de terrains par suite de succession. N'ayant point un besoin de liquidités, ces particuliers ne voient aucun intérêt à vendre leurs terrains d'autant plus que les problèmes fiscaux liés à la vente et la nécessité de rechercher un réinvestissement pour les liquidités obtenues par la vente de leurs terrains dans d'autres placements seront pour eux à l'origine de nouveaux tracés. Mais à côté de cette remarque de détail, la Chambre des Notaires considère que l'introduction d'un droit de préemption au profit des autorités publiques ne constitue aucun remède efficace contre une rétention de terrains par les particuliers. En effet, le droit de préemption est un droit permettant au détenteur du droit de préemption d'acheter aux mêmes conditions auxquelles un autre achèterait (voir toutefois ci-après), mais cela seulement au cas où le détenteur du bien veut bien le vendre. Si le propriétaire d'un terrain entend retenir son terrain, le

droit de préemption éventuel des autorités publiques ne se mettra même pas en place pour permettre à ces autorités publiques de devenir acquéreur. Si ce raisonnement n'était pas correct et si les pouvoirs préemptants pouvaient décider quant il y a vente, il y aurait expropriation pure et simple.

De l'avis de la Chambre des Notaires, le droit de préemption tel qu'imaginé par le projet va augmenter la pénurie en terrains et accélérer encore plus la montée des prix. En effet, comme exposé ci-avant, le prix dans l'immobilier est, suivant la loi du marché, une résultante de l'offre et de la demande. En créant un droit de préemption systématique au profit des pouvoirs publics on augmente la demande. Il est vrai que cette augmentation de la demande est limitée par le prix offert par l'acquéreur potentiel, mais cette intervention d'un ou de plusieurs amateurs globaux nouveaux exercera une nouvelle pression sur les prix suivant la simple explication du principe économique préénoncé.

L'instauration de ce droit de préemption va complètement bouleverser la conclusion des transactions immobilières des immeubles visés par le droit de préemption telles qu'elles se font actuellement. Suivant l'article 8, le notaire doit, au plus tard deux mois avant la passation de l'acte authentique d'aliénation, envoyer à l'ensemble des pouvoirs préemptants une copie du compromis ou du projet d'aliénation. Plus aucune vente ne pourra plus être conclue dans des délais auxquels les vendeurs sont habitués actuellement. En effet, à ces deux mois vont s'ajouter encore d'autres délais (voir ci-après).

C. Une seule notification

Comme le projet de loi prévoit au moins trois pouvoirs préemptants, il y a lieu de se demander à partir de quelle date de notification le délai de deux mois, dont question dans le projet, va courir si la notification aux différents pouvoirs préemptants est faite à des dates différentes. Ne faudrait-il pas prévoir une notification unique valant notification à tous les pouvoirs préemptants intéressés?

D. Responsabilité pour respecter le droit

Le texte de l'article 8 prend dans la visée les seuls notaires. Il leur impose une amende en cas d'inobservation de l'obligation de la notification et des délais. Quid des administrations et organismes qui peuvent également dresser des actes authentiques? Une commune passant un acte de vente sans donner notification à l'Etat ayant un droit de préemption primant celui de la commune n'est-elle pas obligée de notifier? N'encourt-elle aucune sanction?

E. Lenteurs des procédures d'acquisition dans le secteur public

Les communes ne peuvent se porter acquéreur que de l'accord du Conseil communal et pour les actes d'une certaine importance que de l'accord du pouvoir tutélaire. Une prise de position utile des communes par rapport à l'exercice d'un droit de préemption dans un délai d'un mois à partir de la réception de l'envoi recommandé d'un compromis ou projet d'acte d'aliénation n'est guère à expecter.

F. Modifications et fixation de détails supplémentaires après notification

Compromis ou projet d'aliénation. Que faut-il envoyer comme annexe à la notification? Le compromis fixe les conditions de principe. De l'accord des parties ces conditions peuvent être modifiées. Les conditions supplémentaires de détail figurent normalement seulement dans l'acte notarié. Parfois, des conditions de détail (délai de transfert de propriété d'occupation du vendeur après la vente, prise en charge de frais etc.) sont seulement discutées par les parties lors de la passation de l'acte et introduites alors seulement dans l'acte définitif. La modification des conditions et/ou la fixation de ces conditions de détail supplémentaires est-elle encore possible au moment de la passation de l'acte authentique, si ces nouvelles conditions de détail n'ont pas été communiquées dans la notification?

G. Droit de préemption à des conditions différentes que celles initialement convenues

Comme précisé ci-avant, le droit de préemption donne à celui qui détient ce droit le droit de devenir acquéreur aux mêmes conditions que celles prévues dans le compromis ou projet d'acte d'aliénation conclu avec un amateur éventuel. Dans la pratique, ces compromis seront donc à l'avenir conclus sous la condition suspensive de l'exercice du droit de préemption par les pouvoirs préemptants. Suivant le

projet de loi, cette condition suspensive est même présumée toujours exister „de lege“ même si elle n'est pas expressément formulée. Il y a toutefois lieu de constater que le droit de préemption, tel que défini ci-dessus, ne cadre pas du tout avec celui prévu par le projet, car il permet aux pouvoirs préemptants de devenir acquéreur à des conditions autres que celles prévues dans le compromis.

En effet, il est stipulé à l'article 11 du projet que dans les trois mois de l'exercice du droit de préemption, l'acte authentique doit être dressé par le notaire en charge. L'article 11 stipule encore que le prix de vente devra être payé dans les trois mois.

Quid si le compromis fixe des délais autres pour la passation de l'acte ou le paiement du prix? Le paiement d'un acompte sur le prix de vente est-il encore possible? Comment réagir lorsque la vente convenue entre parties par compromis est stipulée avec des conditions suspensives voir résolutoires? Supposons que le compromis ou le projet d'acte d'aliénation stipule que le prix de vente doit être payé à l'acte. Quid des pertes d'intérêts pour le vendeur au cas où le droit de préemption est exercé et le prix payé seulement dans 3 mois? Quid s'il est convenu que le prix de vente sera payé d'une façon échelonnée? (Voir ci-après encore l'examen de problème si la contrepartie de l'aliénation est constituée par autre chose que le paiement d'une source en argent)

*

EXAMEN DES DIFFERENTS ARTICLES RELATIFS AU DROIT DE PREEMPTION

En examinant les articles 3 à 12 relatifs au droit de préemption, la Chambre des Notaires voudrait encore relever les points de détail suivants:

Article 3:

Il est constaté que le droit de préemption ne porte pas sur des terrains susceptibles d'être directement bâtis.

Il paraît essentiel de déterminer d'une façon précise les terrains soumis au droit de préemption. La Chambre trouve le concept de „terrains adjacents au périmètre d'agglomération et sis à l'extérieur de celui-ci“ utilisé au 5ème al. comme trop vague. Que faut-il comprendre exactement par le concept „adjacent“?

L'article 3 vise des terrains qui n'ont pas leur pleine valeur par suite de restrictions et dispositions administratives. Ces autorités publiques sont en principe à l'origine de ces dispositions administratives freinant la valeur de ces terrains. Comme indiqué ci-avant, un jumelage de ce droit de préemption au profit des autorités publiques avec le pouvoir de ces autorités de gérer la reclassification des terrains et d'accorder les autorisations de construire pourrait conduire à des situations susceptibles d'abus.

Quand aux entités désignées comme pouvoirs préemptants, le projet favorise parmi les promoteurs publics le seul Fonds pour le développement du logement et de l'habitat (le Fonds) en accordant à ce dernier également un droit de préemption. La Chambre des Notaires s'interroge sur la base juridique et encore la raison économique de cette préférence par rapport aux autres promoteurs publics alors qu'une saine concurrence entre promoteurs publics, même s'ils agissent sous la forme commerciale, présentera l'important avantage que les constructions qui seront réalisées par ces promoteurs publics sur les terrains acquis en vertu de ce droit de préemption seront alors mis en concurrence. En effet, comme dit ci-avant, le prix de construction joue le rôle important dans la formation du prix de vente dans l'immobilier. Malheureusement on constate qu'à l'heure actuelle, les prix de vente des immeubles vendus par le Fonds ne diffèrent pas sensiblement de ceux du marché immobilier en général.

Article 4:

Il est prévu que le droit de préemption s'applique à toutes les aliénations à titre onéreux, des biens immobiliers visés à l'article 3. Tant le concept „d'aliénation“ que celui „à titre onéreux“ nécessite des précisions.

Normalement, l'aliénation est l'opération par laquelle celui qui est détenteur d'un droit transfère la propriété de ce droit à autrui. En matière immobilière l'aliénation comprend normalement le transfert du droit de propriété dans son entièreté sur un immeuble. Quid s'il s'agit d'une vente d'un droit de propriété démembré tel que l'usufruit, la nue-propriété, une emphytéose, une propriété tréfoncière ou

un droit de superficie, opérations que le projet veut promouvoir? La constitution de fiducies immobilières est-elle soumise au droit de préemption? La loi sur la fiducie du 27 juillet 2003, en effet, permet la fiducie d'immeubles (voir article 12). Les actes de remembrement qui sont l'instrument clé de pouvoir créer des lotissements sont-ils à considérer comme des actes d'aliénation? Si la réponse est positive, les pouvoirs préemptants pourraient court-circuiter toute mise en valeur par l'initiative privée. Quid de la constitution d'autres droits réels (ex.: servitudes) sur un terrain susceptibles de bloquer des projets d'aménagement généraux comprenant des terrains visés par l'article 3? La vente de parts successorales est-elle également considérée comme aliénation?

En cas de vente faite par le détenteur d'un droit réel, (privilège ou hypothèque) d'un immeuble grevé de ce droit, ce détenteur doit-il observer la procédure du droit de préemption au cas où la vente ne se fait pas par vente publique? En cas de faillite, la procédure du droit de préemption semble devoir être observée par le curateur, sauf s'il y a vente publique.

Par l'aliénation le droit de propriété sur un bien passe normalement directement à l'acquéreur. On distingue par les mots „le bien passe“ entre le transfert sur le plan juridique du droit de propriété et le droit personnel de disposer du bien en question tel par exemple le droit d'utiliser personnellement l'immeuble vendu ou de le louer et de percevoir les loyers. L'article 4, 2ème alinéa 8 distingue bien entre le transfert de propriété et la mise à disposition qui peut être différée. Le propriétaire peut-il encore vendre son droit de disposition personnel s'étendant sur de longues années sans faire de notification par rapport au droit de préemption?

Aucune précision n'est retenue pour le concept „à titre onéreux“. Ce concept est utilisé par opposition à la notion „à titre gratuit“. Dans le premier cas, il y a une contrepartie qui est fournie à celui qui transfère un droit, dans le deuxième cas, il n'y a aucune contrepartie qui est fournie. Comme contrepartie dans une opération à titre onéreux on comprend non seulement des espèces mais encore d'autres droits et/ou biens mobiliers et/ou immobiliers. Manifestement les rédacteurs ont essentiellement visé le cas où l'aliénation se fait contre paiement d'un prix en espèces. Le droit de préemption existe-t-il au cas où la contrepartie ne consiste pas pour le tout ou pour partie dans un prix de vente payable 3 mois après la signature de l'acte définitif d'aliénation? Les rédacteurs du projet ont été conscients du fait qu'en lieu et place du prix d'autres prestations pouvaient entrer en ligne de compte (voir art. 8, 6ème alinéa). Or, ces contre-prestations peuvent être telles que les pouvoirs préemptants ne peuvent pas fournir ces contre-prestations. A titre d'exemple on peut citer une aliénation par voie d'échange de biens immeubles.

Comme les pouvoirs préemptants ne peuvent pas fournir ces contre-prestations convenues, il est proposé par le projet de loi que les pouvoirs préemptants pourront valablement exercer leur droit de préemption en offrant la valeur en espèces à laquelle doivent être estimées les contre-prestations autres qu'en espèces stipulées dans l'acte d'aliénation. Il semble dès lors que le droit qualifié „droit de préemption“ par le projet ne soit pas un droit de préemption au sens strict tel que défini ci-dessus. En effet, il confère aux autorités publiques le droit de pouvoir changer fondamentalement les conditions de l'aliénation projetée entre l'aliénant et l'acquéreur projeté en payant en espèces les contre-valeurs en nature convenues par les parties.

L'article 4 exclut un nombre important d'aliénations. Ces exclusions sont liées à:

- 1) **la qualité de l'acquéreur.** Comme première exception est stipulée la vente entre conjoints. Sauf dans les cas restreints stipulés à l'art. 1595 du Code Civil, une telle cession est, par principe, interdite. La Chambre propose donc d'ajouter une référence à l'art. 1595 du Code Civil pour préciser que l'exception „ne vaut que dans les exceptions visées par l'art. 1595 du Code Civil“.

Parfois la description de la qualité de l'acquéreur est décrite au moyen d'un concept défini juridiquement, tel par exemple la notion de concubin. Que faut-il exactement entendre par concubin?

La Chambre considère qu'il faut plus en avant préciser la notion d'alliance. L'alliance peut-elle encore être invoquée si la personne, à l'origine de l'alliance, est décédée ou s'il y a eu divorce?

Faudra-t-il retenir la qualité de l'acquéreur dans l'acte authentique afin de „légaliser“ l'acte d'aliénation sans recourir à la procédure du droit de préemption? Le notaire doit-il vérifier si les concepts avancés par les parties sont corrects? Quid si le vendeur désigne dans plusieurs actes d'aliénation chaque fois une personne différente comme concubin?

Le cas de l'aliénation, y compris l'apport fait par le propriétaire à une société dont le propriétaire est l'actionnaire unique et exclusif devrait également figurer parmi les exceptions énumérées à l'article 4. En effet, le changement de la détention directe d'un immeuble vers la détention indirecte

par l'intermédiaire d'une société ne devrait pas déclencher une obligation légale de recourir à une notification en rapport avec un droit de préemption, si le(s) bénéficiaire(s) économique(s) reste(nt) le(s) même(s). Par contre, avec le texte tel que proposé actuellement la vente à un tiers des actions ou parts d'une société détenant un immeuble dont seule l'aliénation directe devrait déclencher le droit de préemption ne tombera pas avec le libellé actuel sous le coup de l'obligation de notifier, l'être juridique (la société) détenant l'immeuble ne procédant à aucune aliénation. Les promoteurs et propriétaires privés seront ainsi tentés de mettre leurs immeubles en société pour éviter l'application de la procédure du droit de préemption et rendront la disposition légale à intervenir totalement inefficace. D'ailleurs, la Chambre constate qu'à l'heure actuelle, les promoteurs recourent généralement à des sociétés pour individualiser leurs projets immobiliers.

- 2) **la situation juridique du bien aliéné.** Le projet exclut les immeubles tenus en indivision. Quid de la vente de l'immeuble habité en commun, ayant appartenu au mari décédé et détenu en totalité en usufruit par l'épouse survivante en vertu de l'article 767 du Code Civil, la nue-propriété étant détenue en totalité par le seul enfant issu du mariage? En droit strict, il n'y a pas ici indivision.

L'article 5 établit les droits de préemption des pouvoirs préemptants comme étant d'une priorité absolue par rapport à tout droit de préemption conventionnel. Un droit de préemption conventionnel ne pourrait-il pas être stipulé prioritaire au droit de préemption prévu par le projet si cette priorité du droit de préemption conventionnel avait lui-même fait l'objet d'une procédure de préemption analogue à celle prévue en cas d'aliénation? Il peut en effet exister des cas où une aliénation ferme doit pouvoir être conclue sans être grevée de la condition du droit de préemption. Dans le cadre des dispositions transitoires, il faudrait préciser le rang de priorité des droits acquis de préemption (et éventuellement transcrits) existant conventionnellement avant l'introduction éventuelle du droit de préemption légal visé par le projet de loi sous examen.

Article 6:

La Chambre des Notaires considère le délai de 2 ans, stipulé à l'article 6 et courant à partir de la date d'enregistrement de l'acte d'aliénation, pendant lequel une action en nullité pour inobservation du droit de préemption peut être intentée, comme trop long. En effet, il semble bien que le jugement d'annulation ait un effet constitutif d'un état nouveau, mais avec effet rétroactif plaçant le pouvoir préemptant, ayant exercé le droit de préemption en lieu et place du tiers acquéreur, tous les actes posés par le tiers acquéreur (par exemple des constitutions d'hypothèque, une nouvelle vente), entre la date de l'aliénation à ce tiers acquéreur et l'annulation de cette vente étant nuls et nonavenus.

Quid du délai de droit commun de 30 ans pour faire tierce opposition contre le jugement d'annulation? Ce délai est manifestement trop long et une disposition spéciale devrait être introduite réduisant le délai de la tierce opposition, par exemple à un mois à partir de la transcription du jugement définitif d'annulation.

Le délai, pendant lequel un acte d'aliénation peut être annulé pour inobservation du droit de préemption, devrait être un délai de forclusion et non un délai de droit commun soumis aux principes de droit commun en matière de délais de prescription tels par exemple „contra non valentem non curit prescriptio“.

Article 8:

En aucun cas la notification des conditions de l'aliénation projetée ne devrait contenir le nom de l'acquéreur intéressé afin de préserver le secret professionnel. Il y a encore le danger que le droit de préemption ne soit exercé sur le vu de l'identité de l'acquéreur éventuel.

EXAMEN DETAILLE DES DELAIS A OBSERVER SI LE DROIT DE PREEMPTION DEVAIT ETRE INTRODUIT

Suivant les articles 8 à 11, les délais qui doivent s'écouler avant que le vendeur puisse encaisser son prix de réalisation sont les suivants:

Le notaire reçoit le compromis et/ou finalise le projet d'acte.

Il doit faire une notification 2 mois avant la passation de l'acte au moins.

Dans le mois de la notification les pouvoirs préemptants doivent donner avis de réception. Passé ce délai, il y a disparition du droit de préemption. Le Notaire peut-il passer alors immédiatement l'acte si le mois est écoulé et s'il n'y a pas eu d'avis de réception? Il y a lieu de douter malgré le fait que le droit de lever le droit de préemption est éteint car les 2 mois depuis la notification ne sont toujours pas écoulés. Pourtant le droit de préemption n'existe plus.

Si l'avis de réception est donné dans le mois, il y a deux hypothèses:

Ou bien l'avis de réception constate que le dossier est complet. Après communication de l'avis que le dossier est complet par le pouvoir préemptant court alors un nouveau délai d'un mois pour ce pouvoir préemptant pour notifier l'exercice du droit de préemption. L'acte doit alors être dressé dans le délai de 3 mois à partir de cette notification, indépendamment des délais prévus dans le compromis ou le projet d'acte. Le prix doit être payé dans le délai de 3 mois de l'acte authentique indépendamment des conditions de paiement et des contreparties autres qu'en espèces stipulées. Le total de la durée pour l'encaissement du prix de vente par le vendeur est de 8 mois à partir de la notification du compromis ou du projet d'acte.

Ou bien l'avis constate que le dossier n'est pas complet Cette notification doit alors être complétée. Il semble qu'à partir de la date de la notification complétée, l'ensemble des délais recommence à courir. Aussi, doit-il se passer deux mois au moins entre la date de la notification complétée et la passation de l'acte de vente projeté. Il court à nouveau un mois pour les pouvoirs préemptants pour donner un avis de réception. Le pouvoir préemptant peut à nouveau donner un avis que le dossier est incomplet et tout recommence.

Par suite du fait que l'exercice du droit de préemption tel que prévu par le projet peut avoir pour effet de changer fondamentalement la contrepartie de l'aliénation à recevoir par le vendeur tant en ce qui concerne les contre-prestations autres qu'en espèces qu'en ce qui concerne les délais de paiement, le vendeur pourrait être amené à décider de ne pas réaliser l'aliénation si le droit de préemption était exercé. Mais peut-il encore le faire s'il a conclu une aliénation ferme (sous la seule condition légale du droit de préemption des pouvoirs publics tel qu'imaginé par le projet)? L'effet définitif du contrat d'aliénation ne se transfère-t-il pas au pouvoir préemptant par l'effet du droit de préemption légal et de l'usage de ce droit par le pouvoir préemptant de façon que la partie entendant procéder à l'aliénation ne peut plus se retirer du contrat d'aliénation. La Chambre des Notaires considère que telle que présentée par le projet, ce droit de préemption n'est pas un droit de retrait. Elle considère toutefois que le projet devrait s'exprimer clairement sur la question du droit de rétractation du vendeur en cas d'exercice du droit de préemption. (Sur les conséquences fiscales de l'annulation d'une vente voir prochaine note)

Tout le projet de loi a été élaboré sur la base de la pratique actuelle du compromis de vente appliquée au Grand-Duché de Luxembourg aux transactions immobilières. Dans d'autres pays existe la pratique de la promesse de vente et la levée de celle-ci. Est-il possible de „parcourir“ la procédure du droit de préemption sur base de la promesse de vente avant la levée de l'option par l'éventuel acquéreur auquel il a été accordé une promesse de vente?

Article 12:

Il est stipulé que pendant 3 ans à dater de la dénonciation, le cédant peut librement disposer de son bien pour autant que le prix ne soit pas inférieur à celui repris dans le dossier de la notification. Supposons que durant ce délai de 3 ans, un nouveau contrat d'aliénation soit établi contenant des contre-prestations de l'acquéreur autres qu'un prix de vente. Comment se fera la fixation de la valeur de cette contre-prestation pour savoir s'il faut faire une nouvelle notification aux pouvoirs préemptants? L'évaluation retenue sur base de la libre convention entre les parties pourra-t-elle être mise en discussion par les pouvoirs préemptants?

La Chambre considère, en conclusion, que le droit de préemption tel que proposé ne devrait pas être adopté car il est contre-productif par rapport à l'objectif poursuivi et encore:

- contraire aux principes de la liberté conventionnelle,
- retarde les transferts de propriété,
- va accroître le prix dans l'immobilier,
- augmente le formalisme alors que tous les efforts sont faits pour réduire ce dernier,
- impose un formalisme difficilement maîtrisable,
- avantage indûment un seul promoteur public,
- prévoit un nombre important d'exceptions, qui manquent parfois de précision ou d'efficacité faisant en sorte que le droit de préemption peut être facilement évité dans les cas où il est applicable, respectivement est difficile à mettre en oeuvre.

La Chambre des Notaires se demande encore si face aux moyens administratifs et financiers limités des pouvoirs préemptants, ceux-ci sont capables de maîtriser d'une façon efficace les notifications en rapport avec les aliénations proposées et de payer les prix des terrains offerts en vente.

Droit d'emphytéose

Le projet de loi propose encore d'introduire dans le code civil le droit d'emphytéose.

La Chambre des Notaires considère que l'initiative d'intégrer les textes régissant l'emphytéose dans le code civil plutôt que de continuer à les faire figurer dans le cadre des lois spéciales est bonne. Elle considère par contre que les modifications proposées ne sont pas souhaitables et entièrement contre-productives pour les motifs suivants:

Considérations générales

1. La loi sur l'emphytéose est la reproduction exacte de la loi belge de 1824. Dans la pratique belge cette loi donne à l'heure actuelle entière satisfaction. Pourquoi n'en serait-il pas de même au Grand-Duché de Luxembourg. L'exposé des motifs indique qu'il faut „adapter aux exigences nouvelles les dispositions législatives“. Quelles sont ces exigences nouvelles?
2. Depuis toujours la législation luxembourgeoise a été fortement imprégnée par les lois belges existantes et la pratique luxembourgeoise pouvait dès lors s'inspirer de la jurisprudence et de la doctrine belge en la matière. En modifiant la loi de 1824 on risque de ne plus pouvoir recourir à cette pratique, doctrine et jurisprudence belge.
3. La loi sur le droit d'emphytéose s'inspire d'une grande liberté contractuelle (voir article 17 de la loi du 10 janvier 1824). A l'heure actuelle la tendance générale en toute matière de la vie économique est orientée vers la liberté contractuelle dans la mesure où l'ordre public n'est pas mis en cause. Ici, on opte sans l'indication d'aucune raison dans la direction opposée. La Chambre des Notaires considère que l'article 17 doit être maintenu. Elle se demande d'ailleurs pourquoi les auteurs du projet restent si accrochés aux démembrements limités du droit de propriété. Force est de constater que dans les pays anglo-saxons rares sont les transactions immobilières surtout dans les grandes villes, telles que Londres, où les ventes se font en „free hold“. Elles sont en principe effectuées en „lease hold“ et à ce sujet il existe une grande liberté de convention. La Chambre considère que le fait de ranger résolument l'emphytéose parmi les droits réels démembrés du droit de propriété ne devrait pas avoir pour conséquence que la souplesse contractuelle accordée jusqu'à l'heure actuelle par l'article 17 de la loi du 10 janvier 1824 à cette institution soit abandonnée. C'est cette souplesse qui garantira l'avenir de l'emphytéose. La question de la qualification de l'emphytéose en droit purement réel ou en droit au bail à caractère réel semble d'ailleurs purement académique. Ce qui importe c'est d'assurer que le droit soit susceptible d'être hypothéqué ou aliéné. L'originalité de la loi de 1824 c'est d'avoir créé un droit susceptible d'être „façonné“ dans son contenu suivant la volonté des parties mais qui est entre parties et vis-à-vis des tiers traité comme un droit réel, c'est-à-dire soumis à transcription pour être opposable aux tiers, et est susceptible d'être hypothèque et cédé. La Chambre des Notaires pourrait en conclusion accepter la requalification complète de l'emphytéose parmi les droits réels démembrés du droit de propriété complet à la condition que la liberté contractuelle telle que stipulée à l'article 17 de la loi du 10 janvier 1824 reste maintenue.

4. Il est faux de prétendre, comme le présente le projet, que la loi du 10 janvier 1824 n'ait pas qualifié l'emphytéose de droit réel. L'article 1 de la loi du 10 janvier 1824 débute par les mots „L'emphytéose est un droit réel ...“. S'agissant de la constitution d'un droit réel, force est de constater que pour la fixation de la redevance à payer par l'emphytéose, celle-ci n'est pas soumise à la réglementation sur les baux à loyer et donc soumise à aucune restriction ou réglementation même s'il s'agit d'emphytéose sur des immeubles d'habitation construits.
5. Il est faux encore que de prétendre, comme le fait le projet, que dans la pratique pour les immeubles d'habitation on ait acquis une certaine expérience en matière de cession sous forme d'emphytéose. Le problème avec l'emphytéose c'est que l'acquéreur devient propriétaire d'un droit démembré du droit de propriété entier pour une certaine durée seulement. En vertu de ce droit démembré, il a la pleine jouissance jusqu'au terme convenu. Actuellement, les acquéreurs ne confèrent pas beaucoup d'importance à cette limitation de la durée puisqu'elle est encore très éloignée dans le temps, les opérations sur bail emphytéotique dans l'immobilier d'habitation n'ayant en fait débuté que récemment. La pratique n'a aucune expérience par rapport aux réactions des emphytéotes de logements d'habitation à la fin du bail emphytéotique. Là encore, il y aurait lieu de recueillir l'expérience acquise dans les pays anglo-saxons. En effet, si comme l'espèrent les auteurs du projet, l'emphytéose (et le droit de superficie) est appelée à avoir une large application même dans le secteur privé il se posera dans l'avenir de nombreux cas de cessions en fin d'emphytéose. Les prix des ventes d'immeubles en fin d'emphytéose (par exemple la durée de l'emphytéose court encore 10 ans) seront alors influencés par la durée du droit d'emphytéose restant à courir et les clauses stipulées dans le contrat d'emphytéose sur la fin de l'emphytéose. Et c'est surtout à ce niveau que la liberté contractuelle peut avoir son plein effet. (La fiscalité de la cession d'emphytéose sera examinée par un prochain courrier.)

L'emphytéose est présentée comme la solution miracle pour combattre la flambée des prix dans l'immobilier d'habitation. Mais en est-il vraiment ainsi? Le prix du terrain, comme indiqué ci-avant intervient rarement pour un pourcentage supérieur à 50% dans le prix de vente global d'un immeuble d'habitation, surtout s'il s'agit d'appartements. C'est le prix de construction qui conditionne le prix de vente total. Mais il y a plus important. Ce qui intéresse l'acquéreur d'un immeuble d'habitation en dehors du fait d'avoir une propriété à lui, c'est la valeur refuge que représente cet investissement et qu'il passera à ses héritiers. Or, l'immeuble tenu en emphytéose ne donne pas à l'emphytéote ni un sens du droit de propriété classique surtout lorsque l'emphytéose n'a plus que quelques années à courir, mais devient un bien de consommation peu adapté à être transmis aux héritiers en ligne directe. Elle met la valeur refuge en question, toute plus-value du terrain revenant en fin d'emphytéose au propriétaire du terrain.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES SUR LE DROIT D'EMPHYTEOSE

La Chambre des Notaires peut se déclarer d'accord avec la modification de l'article 1, 1er alinéa de la loi du 10 janvier 1824. En effet, la qualification de la redevance, à payer au bailleur emphytéotique, en reconnaissance du droit de propriété de ce dernier, n'est plus qu'une survivance de l'ancien droit. Il peut paraître utile dès lors d'adapter le texte à l'heure actuelle.

Par contre, la suppression du 2ème alinéa de cet article et l'introduction du 2ème alinéa de l'article 636-3 du Code Civil surprend. Pourquoi les frais de transcription doivent-ils, de par la loi être mis à charge de l'emphytéote? La liberté conventionnelle devrait régler cette matière; la disposition légale devrait avoir un caractère supplétif. Pourquoi l'absence de transcription entraînerait-elle la nullité de l'emphytéose plutôt que l'inopposabilité aux tiers suivant le droit commun en matière de transcription? Dans l'idée des auteurs du projet, toutes les transcriptions faites après les délais légaux entraîneraient-elles également la nullité? Ou une nullité peut-elle être „régularisée“ par une transcription tardive? Qui dit nullité, dit effet rétroactif. Toutes redevances payées sur l'emphytéose devront-elles être remboursées et les actes (hypothèques, sous emphytéoses etc.) posés par l'emphytéote rétroactivement mis à néant? La Chambre des Notaires considère que face à toutes ces questions l'alinéa 2 de l'article 1er de la loi du 24 janvier 1824 devrait être maintenue et l'article 636-3 2ème alinéa supprimé.

Tout comme le prévoyait la loi de 1824, le projet entend confiner l'emphytéose dans les durées minimales et maximales. En 1824 on a retenu la durée maximale de 99 ans par suite de la crainte de

la „main morte“ et le retour au droit féodal. L'introduction d'une durée minimale de 27 ans était motivée par le besoin de distinguer l'emphytéose du simple bail. Les limitations dans le temps sont-elles toujours adaptées? Au Royaume-Uni, il existe des „lease hold“ ayant des durées allant jusqu'à 125 ans. La Chambre considère que si une durée maximale paraît souhaitable, parce qu'une emphytéose à durée illimitée est toujours rachetable (art. 530 C.C.), elle propose une durée maximale plus longue que 99 ans, telle par exemple 125 ans.

Pour illustrer des cas où la loi devrait permettre des emphytéoses sur des durées plus courtes que 27 ans, on peut citer l'exemple de constructions immobilières à ériger sur un terrain à prendre en emphytéose, lesquelles constructions auront une durée de vie et d'amortissement maximum de vingt ou vingt-cinq ans seulement (par exemple: stations de débit de carburant). Les personnes physiques ou morales appelées à ériger de telles constructions ne sont point intéressées par des emphytéoses ayant des durées allant au-delà de la durée d'amortissement des immeubles à construire. Elles préfèrent l'emphytéose à un simple bail longue durée étant donné le caractère réel de l'emphytéose et que, de ce fait le terrain et les constructions en emphytéose sont susceptibles d'être hypothéqués.

La Chambre des Notaires propose dès lors pour l'emphytéose un délai minimum de 20 ans et un délai maximum de 125 ans.

Le même article 636-4 impose un renouvellement expresse. Pourquoi le changement par rapport à l'article 14 ancien?

Quid des contrats d'emphytéose prévoyant une durée légalement permise, mais contenant une clause permettant au preneur de mettre fin à l'emphytéose avant la durée minimum légale? Rappelons la clause prévue dans les contrats d'emphytéose de terrains appartenant aux autorités publiques pour l'établissement de nouvelles entreprises qui stipule que l'emphytéose prend fin dès que l'entrepreneur ne satisfait plus aux conditions lui imposées par l'autorité publique tel par exemple l'emploi d'un minimum de personnes dans la nouvelle entreprise.

Article 636-6

La caractéristique de l'emphytéose comme droit réel, consiste dans la faculté d'aliéner et d'hypothéquer ce droit et de le grever de servitudes pour des périodes ne pouvant dépasser la durée de l'emphytéose. La question se pose en jurisprudence s'il y a danger de requalification du droit d'emphytéose, même transcrit, au cas où le droit de disposition qui est une caractéristique d'un droit réel, est interdit à l'emphytéote en droit, ou ne peut se faire sans l'accord expresse du propriétaire du tréfoncier. La Chambre des Notaires soulève cette question parce qu'elle surgit très fréquemment dans les contrats d'emphytéose type conclus avec les autorités publiques.

Les articles 636-7 à 636-22 peuvent être acceptés à condition que les dispositions y contenues aient un caractère supplétif (voir ancien art. 17 de la loi du 10 janvier 1824). Ceci vaut surtout pour les dispositions de l'article 636-19 à 22. Ainsi par exemple une clause rencontrée usuellement à l'heure actuelle dans les contrats d'emphytéose oblige-t-elle l'emphytéote à enlever les constructions libres ou imposées à la fin de l'emphytéose et de rendre le terrain donné en emphytéose dans son pristin état. Une telle clause est-elle encore possible? Toute cette matière doit être régie par le principe de l'autonomie de la volonté des parties.

Les dispositions fiscales seront examinées dans une seconde note.

Droit de superficie

D'une façon générale, les mêmes remarques sur le caractère trop contraignant de la réglementation projetée, faites par rapport au droit d'emphytéose, doivent être faites à l'égard de la réglementation proposée pour le droit de superficie. La Chambre des Notaires considère comme essentiel de maintenir le principe de la liberté conventionnelle formulé à l'article 8 de la loi du 10 janvier 1824, afin de garantir à ce droit de pouvoir évoluer en correspondance avec les besoins du marché.

Le nouveau libellé, pour définir le droit de superficie, ne fait point disparaître le problème que le caractère réel du droit de superficie ne vient, comme par le passé, à naître que par le fait de l'existence ou de la réalisation des constructions. Dans de nombreux cas, le prêt destiné à financer la construction sur le terrain, sur lequel un droit de superficie a été constitué, est accordé avant tout commencement de toute construction à faire. Le banquier, accordant le prêt, demande comme garantie une inscription

hypothécaire sur le droit de superficie. Or, le droit réel sur les superficies ne naît qu'avec les constructions (v. Rev. Trim. Droit civil 1974.644.).

Aussi, afin de permettre à un titulaire d'un droit de construire sur le fonds d'autrui, l'article 2133 du Code Civil devrait recevoir, à l'instar du droit français, une ajouture sous la forme d'un alinéa 2 se lisant comme suit:

„Lorsqu'une personne possède un droit actuel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui, elle peut constituer hypothèque sur les bâtiments dont la construction est commencée ou simplement projetée; en cas de destruction des bâtiments, l'hypothèque est reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même emplacement.“

Les mêmes remarques par rapport à la sanction prévue par le projet en cas de défaut de transcription ou d'absence d'un état des lieux clair et précis de l'immeuble, qui furent faites pour le droit d'emphytéose, sont à reprendre pour le droit de superficie.

La Chambre des Notaires considère également que la durée maximum du droit de superficie pourrait être allongée à 125 ans.

En général, toutes les autres réflexions faites par rapport au projet sur l'emphytéose sont valables pour les nouveaux textes proposés pour le droit de superficie.

Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'assurance de ma considération très respectueuse.

*Le Président de la Chambre des Notaires
du Grand-Duché de Luxembourg,*

Me Jacques DELVAUX

*

PRISE DE POSITION DU MINISTRE DES CLASSES MOYENNES, DU TOURISME ET DU LOGEMENT SUR L'AVIS DE LA CHAMBRE DES NOTAIRES

du 5 juillet 2007

I. DROIT DE PREEMPTION

Article 3

Quant à la notion d'**adjacence**, l'article 3 du projet de loi propose d'instaurer un droit de préemption portant notamment sur „*les terrains adjacents au périmètre d'agglomération et sis à l'extérieur de celui-ci*“.

Les dictionnaires Petit Robert et Larousse définissent le terme „*adjacent*“ comme signifiant „*contigu*“, „*voisin*“, „*attendant*“, „*qui a un côté commun*“.

Le terme „*contigu*“ est quant à lui défini par les expressions „*qui touche à*“, „*en contact avec*“, ou encore par le terme „*accolé*“. Finalement, le terme „*attendant*“ signifie „*qui jouxte*“, „*qui touche*“, „*contigu*“, „*adjacent*“.

Le terme „*adjacent*“ semble ainsi être approprié. Il définit l'ensemble des terrains en contact avec le périmètre d'agglomération.

Article 4

2.1. Le droit de préemption, selon l'article 4 de la loi, s'applique à „*toute aliénation à titre onéreux des biens visés à l'article 3*“.

Toute **aliénation** se définit comme toute transmission du droit de propriété.

Ainsi, toute opération d'aliénation ou assimilée à une aliénation relative à un terrain nu tombant sous le champ d'application du droit de préemption sera concernée par celui-ci.

2.2. Quant aux **droits d'emphytéose et de superficie**, rappelons que l'aliéna 2 de l'article 4 du projet de loi précise qu'est assimilée à une aliénation „*toute convention opérant une mise à disposition et un transfert de propriété différé*“. Ces opérations tomberont donc dans le champ d'application du droit de préemption si un transfert de propriété différé du terrain est prévu dans l'acte consti-

tutif du droit d'emphytéose ou du droit de superficie. Il en va de même pour toute autre opération qui céderait un droit de disposition personnel sur une longue durée assorti d'un transfert de propriété ultérieur.

- 2.3. Il est encore précisé que le droit de préemption s'applique aux opérations d'échange, en ce compris les **échanges de terrains**. Il vise également les **remembrements**. Il y a en effet dans ce cas également transfert de propriétés à titre onéreux (échange contre un autre terrain, avec une soulte éventuelle).

S'il existe une volonté d'exclure les opérations de remembrement, voire les actes d'échanges, alors une exception supplémentaire pourrait être intégrée à l'article 4, alinéa 3, du projet, en ce sens:

„– les opérations relevant du champ d'application de la loi modifiée du 25 mai 1964 concernant le remembrement des biens ruraux,

et

– tout échange de terrains sans soulte ou avec une soulte ne dépassant pas [20%] de la valeur du terrain,“.

- 2.4. Si les ventes entre époux sont interdites (sauf exceptions prévues par le Code civil), il n'en est pas de même des autres modes d'aliénation.

La notion de **concubin** est reprise dans la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation et modifiant certaines dispositions du Code civil, aux articles 13 et 31 (voir notamment le rapport de la Commission des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement de la Chambre des Députés, doc. parl. No 5216-11, p. 13).

Le Conseil d'Etat n'avait à l'époque pas formulé de remarques à cet égard.

Par ailleurs, pour reprendre à nouveau le dictionnaire Petit Robert, on entend par „*concubin*“ toute personne qui vit en communauté (même résidence) avec une autre, comme mari et femme mais sans être mariés ensemble. Il semble que ce soit là la compréhension commune du terme concubin. Il ne semble partant pas requis de définir avec plus de précision cette notion.

- 2.5. Le changement de détention d'un immeuble d'une personne privée vers une société est un transfert de propriété, et donc une aliénation au sens de la loi. L'immeuble passe du patrimoine privé de la personne à celui de la société. La société a par ailleurs sa propre personnalité juridique, distincte de celle de ses actionnaires ou de ses bénéficiaires économiques.

Indépendamment du fait que le droit de préemption s'applique, selon l'article 4 du projet, à „*toute aliénation à titre onéreux des biens visés à l'article 3*“, que toute aliénation se définit comme toute transmission du droit de propriété et qu'un **apport en nature** d'un bien immobilier opère bien et bel un tel transfert de propriété entre l'apporteur et la société en cause, il est néanmoins proposé – afin d'éviter toute discussion sur le sujet – de compléter cet article 4 par un nouvel alinéa 3, ayant la teneur suivante:

„*Tout apport en société d'un des biens visés à l'article 3 tombe sous le champ d'application du présent titre.*“.

- 2.6. Par contre, le droit de préemption ne peut pas jouer sur les *immeubles* d'ores et *déjà détenus par une société*. En effet, en cas de **cession de l'intégralité des actions de cette société** au profit d'une personne, cette personne n'acquiert pas en tant que telle la propriété de l'immeuble qui reste détenu par la société. Toutefois, en tant que détentrice de toutes les actions/parts de la société, elle a de fait la mainmise sur cet immeuble.

Cela étant, lorsque cette opération concerne une société qui a pour seul actif un immeuble, une cession de l'intégralité des actions de cette société pourrait faire l'objet d'une requalification fiscale par les autorités fiscales.

Il pourrait être insérée une disposition supplémentaire en ce sens dans le projet de loi:

„*Toute cession de l'intégralité des parts d'une société ayant pour seul actif un immeuble est assimilée dans le cadre du présent titre à une aliénation à titre onéreux de cet immeuble.*“.

Se pose toutefois un problème pratique: un tel transfert ne passe pas devant le notaire, de sorte que les pouvoirs préemptant ne seront pas informés de cette cession, de telle sorte que cette disposition ne figure actuellement pas dans le projet de loi.

- 2.7. Les **aliénations „familiales“** et les **opérations de partage** sont exclues du champ d'application de droit de préemption. Les transmissions de droit entre une mère et son fils ne seront pas soumises au droit de préemption. La question de savoir s'il y a ou non indivision nous semble partant sans incidence.

Article 8

Le texte n'impose nullement que l'**identité de l'acquéreur** potentiel soit transmise. Il est libre au notaire de ne pas la transmettre.

Articles 8 à 12

A partir du moment où un compromis ou un projet d'acte d'aliénation est conclu, il y a de la part du propriétaire manifestation d'une volonté certaine de transmettre la propriété de son bien et transmission d'une offre.

Si l'un ou l'autre pouvoir préemptant décide d'exercer son droit de préemption, il manifeste son accord quant à cette offre.

Le propriétaire ne peut plus se retirer de l'acte initial sans risquer une demande en exécution forcée ou en dédommagement de la part de „l'acquéreur“ initial (sur base d'une responsabilité contractuelle ou précontractuelle lorsque la validité même de l'opération envisagée est soumise à la rédaction d'un acte authentique). De plus, le propriétaire se heurte aux mêmes dangers face au pouvoir préemptant.

Les auteurs du projet ont en effet entendu ne pas allouer *expressis verbis* un **droit de rétractation** au propriétaire du bien. L'absence de droit de rétractation du propriétaire peut toutefois faire l'objet d'une mention spécifique.

Un alinéa serait alors à ajouter *in fine* à l'article 11 en ce sens:

„Dans l'hypothèse où le cédant ne signe pas l'acte authentique requis, le pouvoir préemptant concerné est en droit de demander judiciairement, conformément au droit commun, l'exécution forcée de l'opération d'aliénation ou la condamnation du cédant au paiement de dommages et intérêts.“

Il convient encore de souligner que les droits de préemption institués par la loi seront exercés dans l'intérêt général.

Emphytéose et superficie

Les reproches de la Chambre des Notaires portent essentiellement sur le fait que le projet de loi n'entend pas maintenir le **caractère supplétif** des dispositions anciennes.

Il est à remarquer que la Chambre des Notaires pose elle-même le problème, en en donnant un exemple concret dans le cadre de son examen de l'article 636-6 (page 15 de l'avis).

Le droit d'emphytéose concède à l'emphytéote des prérogatives sur l'immeuble qui sont celles d'un propriétaire. Il en va là de l'essence même de ce droit. Or, sous l'égide de l'ancienne loi, les dispositions permettant à l'emphytéote d'aliéner ou d'hypothéquer son droit sont supplétives. Si un droit d'emphytéose a été conclu, et stipule interdire ces possibilités, le risque de requalification de l'accord est manifeste, les prérogatives de l'emphytéote s'apparentant alors davantage à celles d'un locataire. Dans cette hypothèse, les parties n'ont en effet manifestement pas voulu respecter l'essence même du droit d'emphytéose.

L'ancienne législation avait l'inconvénient manifeste de laisser croire qu'on peut conclure une emphytéose sans en respecter les principes de base. Or, de telles opérations seront requalifiées.

Le projet de loi entend partant imposer le respect des fondements du droit d'emphytéose (ou de superficie) par des **dépôts impératives**. Le texte est maintenant plus clair. Le projet de loi maintient toutefois une large souplesse là où elle s'avère nécessaire.

Tierce opposition – Prescription

La Chambre des Notaires soulève quelques questions juridiques sur l'éventualité d'une tierce opposition après l'exercice du droit de préemption, sur la notion de prescription/forclusion sans les soutenir par un ou plusieurs exemples concrets, de sorte qu'à ce stade, il est difficile d'appréhender leur bien-fondé dans la pratique. Il serait souhaitable de solliciter des précisions de la part de la Chambre des Notaires sur ces questions soulevées.

