

de la transformation de locaux commerciaux en logements, cette tension entre le régime d'autorisation de la LFAIE et des buts d'intérêt public parfois divergents pourrait encore s'accroître à l'avenir, notamment si la tendance actuelle vers le commerce en ligne et le travail à domicile devait s'accroître et entraîner une réduction du besoin en surfaces commerciales dans les villes frappées par la pénurie de logements.

Malgré ces finalités différentes, le régime d'autorisation de la LFAIE n'exclut à notre avis pas toute prise en compte de l'intérêt public à la création de nouveaux logements en

cas de transformation d'établissements stables en immeubles d'habitation. Ainsi, le motif d'autorisation de l'art. 9 al. 1 let. a LFAIE permet aux étrangers de réaliser des logements à caractère social. En outre, l'autorité LFAIE devrait à notre sens prendre en considération l'intérêt public à la création de logements lorsqu'elle statue sur la révocation d'une charge d'affectation selon l'art. 14 al. 4 LAIE : même si cet intérêt ne constitue pas en tant que tel un motif impérieux de révoquer une charge d'affectation, cette autorité devrait néanmoins en tenir compte dans la pesée des intérêts qu'elle effectue.

Taxe sur la plus-value d'aménagement du territoire (art. 5 LAT) : les méthodes d'évaluation des biens-fonds

La plus-value d'un terrain est en principe évaluée selon la méthode comparative. Il est possible d'utiliser une autre méthode d'estimation en l'absence de valeurs de comparaison suffisantes ou afin de contrôler le résultat issu de la méthode comparative.

Grundsätzlich ist der Mehrwert eines Grundstücks mit der Vergleichsmethode zu ermitteln. Andere Methoden sind statthaft, wenn es darum geht, ein nach der Vergleichsmethode ermitteltes Ergebnis nachzuprüfen, oder wenn Vergleichswerte fehlen.

Arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois du 17 novembre 2020 (TC FR 604 2020 19)

Jean-Baptiste Zufferey, professeur à l'Université de Fribourg et à l'EPFL, président de l'Institut du droit de la construction

Laurent Vago, expert en estimation et courtier breveté, ancien président et membre de la Chambre suisse d'experts en estimation immobilière (CEI)

Alexandra Rayroux, MLaw, titulaire du brevet d'avocat, assistante diplômée à l'Université de Fribourg

l'indice (IBUS). Le propriétaire conteste cette estimation et recourt contre la décision de taxation de la plus-value.

L'arrêt

Dans un premier temps, le Tribunal cantonal rappelle que l'art. 5 al. 1 LAT impose aux cantons de prévoir un régime de compensation ; ce dernier a pour but de tenir équitablement compte des «avantages et inconvénients» majeurs qui résultent de mesures d'aménagement. À Fribourg, les art. 113a ss LATeC/FR reprennent ce régime : la taxe sur la plus-value compense des **avantages majeurs** dus à des mesures d'aménagement. Tel est le cas lorsque la valeur d'une parcelle augmente suite à un changement d'affectation, à savoir lorsque la planification modifie notablement la destination de la zone et la typologie des constructions admises. Ce qui est déterminant pour savoir s'il y a une plus-value est la possibilité effective d'ériger une construction conforme à la nouvelle affectation de la zone. En l'espèce, le Tribunal cantonal retient que le recourant peut bénéficier de la totalité de l'IBUS afférent à sa parcelle, quand bien même les possibilités de l'utiliser pour la construction sont très limitées en

Les faits

(79) L'arrêt concerne une parcelle en nature de pré. Suite à la révision du plan communal d'aménagement local, une partie de cette parcelle (282 m² sur 1065 m²) est désormais affectée à la zone de village. Selon l'autorité cantonale, il s'agit d'un changement d'affectation au sens de la législation cantonale, dès lors assujéti à la taxe sur la plus-value. Dans sa décision, l'autorité fixe le montant de cette taxe d'après l'estimation de la Commission cantonale d'acquisition des immeubles : celle-ci a évalué la nouvelle valeur du terrain selon la méthode des classes de situation. Elle fonde son estimation notamment sur le fait que la partie de la parcelle désormais classée en zone de village bénéficie pleinement de

raison des distances aux limites à respecter. Les 282 m² sont dès lors assujettis à la taxe sur la plus-value.

Dans un second temps, l'arrêt se penche sur la «**valeur vénale**» que l'art. 113b al. 2 LATeC/FR utilise pour fixer le montant de cette taxe. Ni la loi, ni le message ne définissent cette notion. En matière d'expropriation, la valeur vénale correspond à la valeur d'une chose sur le marché ou selon le cours des affaires, à savoir le produit qui pourrait être obtenu en cas d'aliénation sur le marché dans des circonstances ordinaires. Elle équivaut ainsi à la valeur de marché; cela est également vrai en droit fiscal, domaine auquel se rattache aussi la taxe sur la plus-value. La valeur vénale se détermine au moyen d'une estimation au cours de laquelle le potentiel constructif maximal du bien-fonds concerné est pris en compte.

Il n'existe pas de méthode d'estimation particulière de la valeur d'un bien-fonds suite à une mesure d'aménagement. Le Tribunal cantonal se réfère aux méthodes utilisées en matière d'expropriation; le choix entre celles-ci dépend du type d'objet. Pour les immeubles non bâtis – c'est le cas en l'espèce – les méthodes d'évaluation adaptées sont en priorité la méthode comparative, puis celle de la valeur résiduelle; la méthode selon les classes de situation n'est en revanche que partiellement appropriée.

La **méthode comparative (ou statistique)** prend en compte les prix convenus lors de ventes d'objets analogues (de même nature et qualité), dans la même région et à la même période; les biens-fonds avec des différences trop importantes ne peuvent pas servir de comparaison. Lorsqu'il existe suffisamment d'objets comparables, les résultats obtenus sont en principe fiables; si tel n'est pas le cas, il convient d'utiliser d'autres méthodes d'évaluation.

La **méthode de la valeur résiduelle** détermine la valeur vénale d'après un calcul rétroactif de la valeur de rendement ou du prix de vente après déduction des investissements. La **méthode de la valeur selon les classes de situation** se fonde «sur le constat que des objets similaires et dans une situation comparable présentent un même rapport entre la valeur du terrain et la valeur de l'ensemble de l'équipement, et entre la valeur du terrain et la valeur de rendement. S'agissant des terrains non bâtis, c'est la valeur d'un terrain raccordé et constructible (parité avec la valeur absolue du terrain) qui est prise en considération». Selon le Tribunal fédéral, cette méthode doit être appliquée avec retenue en matière d'expropriation, car les valeurs de rendement ne sont pas forcément valables sur la durée. Des modifications – même faibles – de ces valeurs peuvent aboutir à de grandes différences entre les résultats. Par ailleurs, l'attribution à une classe de situation repose sur une appréciation subjective; les résultats varient dès lors en fonction de l'estimateur. C'est pourquoi il convient d'utiliser cette méthode uniquement pour contrôler le résultat obtenu d'une autre méthode ou lorsque la méthode comparative n'est pas possible.

En l'espèce, la Commission cantonale n'a pas appliqué la méthode comparative au motif qu'elle n'a pu obtenir d'informations sur les transactions immobilières de la part ni de l'administration fiscale, ni du Registre foncier. Selon le Tribunal cantonal, cette justification ne convainc pas: la Com-

mission aurait pu (et dû) surmonter ces difficultés afin d'obtenir des valeurs comparatives; ni la protection des données, ni le secret fiscal ne s'opposent à leur communication, à condition que ces données soient préalablement caviardées. En outre, la Commission a mal appliqué la méthode des classes de situation. Le Tribunal cantonal admet donc le recours et renvoie l'affaire à la Commission afin qu'elle procède à une nouvelle estimation selon la méthode comparative. Si besoin, elle pourra la conjuguer avec la méthode des classes pour tenir compte des particularités du bien-fonds.

Enfin, le Tribunal cantonal rejette la demande du recourant d'ordonner une **expertise** par un membre de la Chambre suisse d'experts en estimation immobilière (CEI) et un «promoteur reconnu»: selon le Tribunal cantonal, la valeur vénale obtenue en appliquant les méthodes d'estimation dans l'ordre exposé constitue un résultat suffisamment objectif.

Le commentaire

1. L'expertise

D'un point de vue formel: le droit d'être entendu comprend la garantie pour l'administré à ce qu'il soit donné suite à son offre de preuves si elle est pertinente et de nature à influencer l'issue du litige. Le tribunal peut renoncer à une mesure d'instruction lorsque les preuves déjà administrées lui ont permis de forger sa conviction et qu'il a la certitude qu'elle ne pourrait pas l'amener à modifier son opinion¹. Un tel refus ne viole le droit d'être entendu que si l'appréciation anticipée de la preuve proposée est entachée d'arbitraire². En tant que moyen de preuve, l'expertise bénéficie de cette garantie. Le refus d'ordonner une expertise est une décision incidente; un recours immédiat n'est possible que si elle est susceptible de causer un préjudice irréparable (dommage de nature juridique; cf. not. art. 93 al. 1 let. a LTF)³. Cela n'est en principe pas le cas⁴: seule la décision finale permet de déterminer si le résultat de l'appréciation anticipée du tribunal est arbitraire.

D'un point de vue matériel: le Registre foncier a accès aux prix des ventes de terrain pour deux raisons: (1) il est chargé de prélever les droits de mutation; (2) il reçoit les actes notariés dont le prix de vente constitue un élément essentiel. L'autorité fiscale, quant à elle, est compétente en matière d'impôt sur le gain immobilier; la connaissance du prix de vente est nécessaire pour déterminer cet impôt. Comme le rappelle le Tribunal cantonal, ces deux autorités doivent respecter la protection des données; de plus, l'autorité fiscale est soumise au secret fiscal. Il en découle l'obligation de caviarder ces données avant de les transmettre à l'autorité compétente pour estimer la plus-value. L'ampleur de ce travail ne justifie pas de renoncer à les lui communiquer. Il

¹ ATF 145 I 167, cons. 4.1.

² Arrêt du Tribunal fédéral 1C_341/2019 du 24 août 2020, cons. 3.1.2.

³ ATF 134 III 188, cons. 2.1 et 2.2.

⁴ ATF 141 IV 284, cons. 2.2.

appartient aux cantons de s'organiser de telle sorte que le régime de l'art. 5 LAT – et par conséquent la procédure d'estimation de la plus-value – soit effectivement concrétisé.

2. Les méthodes d'évaluation

La **méthode comparative** (ou « par comparaison ») est la meilleure qui soit lorsqu'il s'agit d'estimer la valeur vénale d'un bien immobilier; c'est donc avec raison que le Tribunal cantonal impose à l'autorité de taxation de privilégier cette méthode. Cela pour autant néanmoins qu'elle respecte au moins trois conditions: (1) le bien de référence doit être identique au bien à estimer; (2) la date de la transaction à laquelle la comparaison se réfère doit être récente; (3) dite transaction doit avoir eu lieu dans les conditions d'un marché parfait.

La **méthode d'évaluation hédoniste** est un procédé de détermination de valeurs de comparaison: les caractéristiques et prix d'achat de milliers de transactions immobilières réellement effectuées sont comparés au regard d'un certain nombre de critères sélectionnés par des opérateurs. Ces données sont collectées essentiellement par les entreprises de crédits hypothécaires et sont traitées au moyen de procédés statistiques. Cette approche statistique a « disrupté » les approches « traditionnelles » de la valeur (valeur intrinsèque et/ou valeur de rendement) en traitant l'évaluation immobilière d'une façon totalement différente de ce qui était connu. Il existe aujourd'hui diverses applications en ligne, qui utilisent l'estimation hédoniste; elles sont à disposition gratuitement sur les sites de la plupart des agences immobilières, car cela leur permet de récolter des données sur de potentiels clients.

Ces données apportent des réponses à la question de la valeur d'un bien, pour autant qu'il s'agisse de biens d'usage courant et que l'exactitude des données ait été contrôlée; c'est là que le bât blesse, quand bien même certains outils se vendent comme les plus précis du marché: l'introduction des données dans le programme utilisé par un opérateur incapable de juger de leur qualité compromet fatalement la fiabilité du résultat; qui plus est si l'opérateur est intéressé dans l'opération de la vente ou de l'achat du bien qu'il doit estimer.

Pour ce qui est de **l'évaluation par notation de la situation**, une distinction s'impose:

1. Si la parcelle à estimer est « nue »: une approche par notation du terrain est pratique, mais souvent réductrice, comme l'illustrent les deux exemples suivants: (1) suivant les circonstances, il y a lieu de tenir compte d'éventuelles contraintes géologiques et/ou hydrologiques qui pourraient imposer des travaux spéciaux. Le résultat de la valeur du terrain obtenue par notation correspond à la valeur d'un terrain « prêt à construire », en pourcent de la valeur de l'ensemble du bien considéré; or, si des travaux spéciaux sont nécessaires pour que le terrain soit constructible (tels que des fondations spéciales), le coût de ces travaux doit être déduit de la valeur du terrain « prêt à construire ». Peu importe le fait que l'étude géotechnique

ne serait mise en œuvre qu'après l'obtention de l'autorisation de construire. (2) L'habitabilité et la fonctionnalité du futur bâtiment ne dépendent pas de son coût de construction; exprimé en langage courant, on peut construire quelque chose de « mal fichu » et cher, ou inversement. La valeur par notation peine à exprimer cette réalité, alors que la valeur vénale en témoignera.

2. Si la parcelle est construite, la situation est compliquée, car on manque singulièrement d'exemples probants pour expliciter le calcul de la plus-value, en particulier quelle base de calcul retenir. Les deux scénarios que voici montrent que les questions à résoudre pour appliquer la méthode par notation de la situation sont nombreuses, avec en plus au final la difficulté de devoir déterminer quel scénario retenir pour fixer la valeur de la plus-value: (1) faut-il prendre en compte la valeur du bâtiment qui se trouve sur la parcelle à évaluer? Ce bâtiment sera-t-il conservé ou démolé? La plus-value doit-elle être calculée par comparaison avec la valeur future du terrain et à quel prix pour ce dernier? Faut-il déduire les frais de mise en valeur et les autres taxes, voire des risques de construction et/ou de promotion, en tout ou en partie? (2) Si la comparaison sur la base de la surface de plancher est déterminante, comment calculer la surface existante? Faut-il se fonder sur la surface à bâtir autorisée par la nouvelle planification à l'origine de la plus-value alléguée par l'autorité? À quels prix pour les deux? À nouveau, faut-il déduire les frais de mise en valeur et les autres taxes, voire les risques liés à la promotion immobilière?

La valeur d'un terrain s'établit sur la base de la qualité de sa localisation, des avantages et inconvénients qu'elle offre ainsi que de la capacité constructive attachée à ce terrain. Cette capacité peut être utilisée partiellement ou totalement ou encore faire l'objet d'une garantie de la situation acquise lorsqu'il s'agit d'un immeuble dont la construction est antérieure à la légalisation du plan d'affectation considéré. La valeur de ce terrain peut être estimée par **la détermination de l'incidence foncière**. Cette dernière représente la part imputable au terrain équipé dans le bilan prévisionnel d'une opération de construction immobilière; elle s'exprime en CHF/m² de surface de plancher déterminante (SPd), voire par m² d'une autre surface « utile » (locative par exemple).

La méthode de **la valeur par réversion** (on dit aussi **valeur résiduelle** et méthode d'estimation à rebours ou méthode du promoteur) consiste à imaginer un projet fictif et plausible (adapté à la demande pour cet endroit et qui utilise « au mieux » les capacités constructives de la parcelle). Cette méthode est un moyen de contrôle dimensionnel de l'incidence foncière, qui indique directement la valeur du terrain. L'approche peut se baser sur le produit de la vente pour un usage propre (par appartement ou pour la maison toute entière), voire sur le rendement conforme au marché attendu d'un objet conçu pour cela (logement collectif, industrie, artisanat, etc.). De ce produit, on déduit ensuite le coût de construction estimatif pour le standard de construction adapté au marché visé, les frais, les marges et bénéfices, les

risques et les aménagements extérieurs. Le résultat du calcul correspond à la valeur résiduelle du terrain ; sa concordance avec la valeur déterminée par l'incidence foncière est un recoupement souvent utile. Deux caveat cependant : (1) cette approche s'avère judicieuse si le terrain est vierge de construction ; (2) afin d'apprécier la fiabilité de ce modèle, sa sensibilité devrait être systématiquement testée en faisant varier les paramètres qui ont conduit au résultat.

En conclusion, il faut admettre que les méthodes ne sont pas la panacée en elles-mêmes, mais que la connaissance du marché est une donnée incontournable d'une bonne évaluation ; c'est en effet la valeur de marché qui est l'objectif recherché. En conséquence, l'autorité ne doit pas seulement savoir comment appliquer une des méthodes, mais pourquoi elle retient l'approche privilégiée, voire ces approches. Dans chacune d'elles, l'autorité doit être à même de déterminer quels ajustements sont nécessaires pour que le résultat soit conforme à la valeur recherchée ; encore une fois : la valeur

de marché. Il est possible de bien construire sans connaître le marché ; on peut être un excellent vendeur sans connaître une méthode qui justifie le prix demandé ; appliquer une méthode scrupuleusement et scolairement, mais sans connaître le marché, revient à conduire une voiture les yeux bandés.

Dans la perspective de l'art. 5 LAT et de la taxation des plus-values, on peut se poser deux questions sur la base des considérations qui précèdent : (1) est-il vraiment possible d'estimer ces plus-values sans le recours à des experts quotidiennement en contact avec le marché immobilier ? (2) Les juridictions administratives qui doivent contrôler la validité des taxations semblent décidées à vérifier que la méthode d'évaluation appliquée est la bonne ; il faut saluer cette volonté : le contrôle en légalité englobe aussi celui de l'excès ou abus du pouvoir d'appréciation. Par contre, une fois la boîte à outils ouverte, il faut encore choisir le bon et c'est un métier ; verra-t-on une augmentation des missions d'expertise au niveau des tribunaux administratifs ?

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Aufdrängungsschutz in der Geschäftsführung ohne Auftrag

Philipp Klaus

2020 | 360 Seiten | broschiert
978-3-7255-8242-6 | CHF 89.00
Band 411

Ob und wie das Recht Personen vor unerwünschten Einmischungen durch Dritte schützt, sind Kernfragen einer auf Privatautonomie beruhenden Zivilrechtsordnung. Diese Freiburger Dissertation beschäftigt sich mit einem wichtigen, bislang jedoch nur wenig beachteten Teilaspekt dieser Thematik. Sie untersucht, wie dieser Aufdrängungsschutz im gesetzlichen Schuldverhältnis der (echten) Geschäftsführung ohne Auftrag ausgestaltet ist und wie er darin wirkt.

Anhand von realen Fallbeispielen aus der Gerichtspraxis und eines Vergleichs mit dem deutschen Recht erschliesst sie die Materie und versucht so gleichzeitig, die Dogmatik der (echten) Geschäftsführung ohne Auftrag in einem modernen Verständnis zu durchdringen.

Jetzt bestellen unter www.schulthess.com



**UNI
FR**
UNIVERSITÉ DE Fribourg
UNIVERSITÄT FREIBURG

Schulthess §