Urteilskopf

108 Ib 440

76. Arrêt de la IIe Cour de droit public du 22 décembre 1982 dans la cause AMF Overseas Corporation contre Commission cantonale de recours en matière foncière du canton de Vaud (recours de droit administratif)
Regeste (de):
Erwerb von Grundstücken durch Personen mit Sitz im Ausland. Art. 1 und 2 BewB, Art. 6 BewV: Bewilligungspflicht bei Absorption einer Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft.

Jeder Erwerb von Grundstücken im Sinne von Art. 1 und 2 BewB ist bewilligungspflichtig, gleichgültig, ob er einen Grundbucheintrag verlangt oder nicht (E. 3b).

Von dieser Regel ist auch dann keine Ausnahme zu machen, wenn eine der Bewilligungspflicht unterstellte Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaft durch Fusion im Sinne von Art. 748 OR absorbiert (Art. 6 BewV): Selbst wenn die Fusion keine Veränderung der wirtschaftlichen Zugehörigkeit der betreffenden Grundstücke bewirkt, liegt in einem solchen Vorgang ein bewilligungspflichtiger Erwerb (E. 3d).

Regeste (fr):
Acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger. Art. 1 et 2 AFAIE, art. 6 OAIE: assujettissement à l'autorisation en cas de fusion, par absorption, d'une société mère et de sa filiale.

Toute acquisition d'immeuble, au sens des art. 1 et 2 AFAIE, est soumise à autorisation, quel que soit le mode de transfert, avec ou sans inscription au registre foncier (consid. 3b).

Il n'y a pas lieu de faire une exception à cette règle dans le cas particulier où, comme en l'espèce, une société mère assujettie au régime de l'autorisation absorbe sa filiale lors d'une fusion selon l'art. 748 CO (art. 6 OAIE): lors même que la fusion n'entraîne pas un changement de propriétaire économique, il y a transfert de la propriété des immeubles constituant une acquisition d'immeubles et donc soumis à autorisation (consid. 3d).

Regesto (it):
Acquisto di fondi da parte di persone all'estero. Art. 1 e 2 DAFE, art. 6 OAFE: assoggettamento all'obbligo d'autorizzazione in caso di fusione, mediante assorbimento, tra una società madre e la propria filiale.

Ogni acquisto di fondi, ai sensi degli art. 1 e 2 DAFE, è subordinato ad autorizzazione, prescindendo dal modo di trasferimento, sia che esso abbia luogo con iscrizione nel registro fondiario, sia senza di essa (consid. 3b).

Non va derogato a tale regola nel caso in cui, come nella fattispecie, una società madre soggetta alla disciplina autorizzativa assorba la propria filiale in occasione di una fusione secondo l'art. 748 CO (art. 6 OAFE): anche laddove la fusione non implichi un cambiamento di proprietario sotto il profilo economico, trattasi di un trasferimento della proprietà dei fondi che costituisce un acquisto di fondi ed è quindi soggetto all'obbligo d'autorizzazione (consid. 3d).

Sachverhalt ab Seite 441

Filiale d'une société américaine, AMF Overseas Corporation a, en 1959, créé à son tour une filiale immobilière dont le but statutaire était "l'achat, la vente, la construction, la possession et l'exploitation d'immeubles tant en Suisse qu'à l'étranger". Selon acte authentique du 23 mai 1980, AMF Overseas Corporation a déclaré absorber cette filiale, la société AMF Geneva S.A., par fusion au sens de l'art. 748 CO. Elle en reprenait ainsi tous les actifs et passifs, soit notamment une parcelle sur le territoire de la commune genevoise de Vernier et, sur le territoire de la commune vaudoise de Grens, une parcelle non bâtie no 117 d'une superficie de 21'497 m2, sise en zone communale sans affectation spéciale. L'une des clauses de l'acte authentique disposait que le transfert des immeubles était soumis à l'approbation des autorités compétentes, en application de l'AFAIE. En exécution de cette clause et en vue de l'acquisition des deux parcelles de Vernier et de Grens, la société AMF Overseas Corporation a adressé les requêtes nécessaires aux autorités cantonales, genevoise et vaudoise. Par décision du 29 août 1980, le Département genevois de l'économie publique a autorisé la société requérante à acquérir la parcelle de Vernier, sur laquelle la société AMF Geneva S.A. exploitait un restaurant et une salle de jeu de boules. N'ayant fait l'objet d'aucun recours, cette autorisation est devenue définitive. De son côté, considérant "qu'il s'agit d'une fusion de deux sociétés qui ont toutes deux leur siège à Genève et qui sont toutes deux contrôlées par la même société étrangère", la Commission foncière II (autorité de première instance compétente dans le canton de Vaud en matière d'acquisition d'immeubles par des

personnes à l'étranger) a, par décision du 22 août 1980, accordé l'autorisation sollicitée d'acquérir la parcelle de Grens avec "obligation d'utiliser l'immeuble exclusivement pour abriter l'établissement stable d'une entreprise exploitée par l'acquéreur". Toutefois, statuant sur recours de l'Office fédéral de la justice, la Commission cantonale de recours en matière foncière a annulé la décision de la Commission foncière II. Dans cette décision motivée du 8 avril 1981, la Commission a constaté "que le terrain de Grens n'est effectivement pas bâti, que la société AMF Overseas Corporation n'envisage pas d'y construire un bowling ou un restaurant pour le moment, qu'elle n'a donc pas d'intérêt légitime au sens de l'art. 6 al. 2 lettre b AFAIE et que, de plus, le terrain en question ne se trouve pas dans une zone à bâtir au sens de l'art. 7 al. 1 AFAIE, ce qui constitue un motif impératif de refus d'autorisation". En revanche, la Commission cantonale a considéré "que, dans le cas présent, on peut se demander s'il s'agit véritablement d'une acquisition au sens de l'arrêté fédéral, que la société requérante n'ayant pas présenté de requête en contestation d'assujettissement, la Commission n'a pas à trancher cette question, qu'il est loisible à l'intimée de présenter une telle requête à la Commission foncière". Agissant par la voie d'un recours de droit administratif, la société AMF Overseas Corporation demande au Tribunal fédéral d'annuler la décision de la Commission cantonale de recours et, principalement, de dire que le transfert de la parcelle de Grens n'est pas assujetti à l'AFAIE ou, subsidiairement, de dire que ce transfert doit être autorisé en application de l'art. 6 al. 2 lettre b AFAIE. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

Erwägungen

Considérant en droit:

1. a) (pouvoir d'examen du TF).
b) Agissant par l'intermédiaire d'un notaire vaudois, la société AMF Overseas Corporation a, en date du 25 juillet 1980, adressé à la Commission foncière II une requête relative à l'acquisition de la parcelle no 117 de la commune de Grens, sans préciser si elle entendait faire constater le non-assujettissement au régime de

l'autorisation ou si, admettant cet assujettissement, elle demandait l'autorisation d'acquérir l'immeuble. En effet, sous

BGE 108 Ib 440 S. 443

ch. 54 du formulaire de "requête pour personne morale", la société AMF Overseas Corporation avait mentionné ce qui suit: "54. Motifs allégués pour échapper au régime de l'autorisation ou pour obtenir une autorisation: Fusion des deux sociétés, comme mentionné sur les pièces produites avec les présentes." Pratiquement, cela signifie que la requérante laissait à l'autorité de première instance le soin d'examiner si le transfert de la parcelle de Grens par suite de la fusion était soumis à autorisation et, en cas de réponse positive à cette première question, de lui délivrer l'autorisation nécessaire. Contrairement à l'opinion exprimée par la Commission cantonale de recours, tant dans la décision entreprise que dans ses observations du 14 octobre 1981, on ne peut pas dire que la société AMF Overseas Corporation, du seul fait qu'elle n'avait pas formellement présenté une requête en non-assujettissement, doit être considérée comme ayant seulement demandé l'autorisation d'acquérir l'immeuble. c) Il est vrai que la Commission foncière II a décidé d'autoriser - à certaines conditions et avec des charges - le transfert de la propriété de la parcelle litigieuse. L'autorité de première instance a ainsi clairement - bien que de manière implicite - admis l'assujettissement en vertu des art. 1, 2 lettre c et 3 lettre c AFAIE. Mais, comme elle obtenait l'autorisation, la société AMF Overseas Corporation n'avait en réalité aucune raison d'attaquer cette décision. Elle ne se privait cependant pas pour autant de la possibilité - en cas de recours - de contester devant les instances supérieures l'assujettissement au régime de l'autorisation. D'ailleurs, c'est précisément ce qu'elle a fait puisque, en réponse au recours de l'Office fédéral de la justice, elle a pris des conclusions formelles en ce sens. Ces conclusions n'étaient pas irrecevables et la Commission cantonale de recours ne les a pas considérées comme telles. Dans ces conditions, l'autorité intimée ne pouvait pas se dispenser de statuer sur cette question. En principe, lorsqu'elle est saisie d'une requête en autorisation ou d'un recours dirigé contre l'octroi d'une autorisation, l'autorité compétente en matière d'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger a le devoir d'examiner d'office non seulement si l'autorisation doit être accordée, mais déjà si une telle autorisation est nécessaire (ATF 104 Ib 143 consid. 1), dans la mesure tout au moins où, dans la procédure en cours, l'assujettissement au régime de l'autorisation n'a pas été

BGE 108 Ib 440 S. 444

définitivement admis par les parties. C'est donc à tort que la Commission cantonale de recours a expressément laissé à la société AMF Overseas Corporation le soin de présenter une éventuelle requête en non-assujettissement à la Commission foncière II "qui aura à examiner si l'opération en question doit ou non être assimilée à une acquisition d'immeuble, vu les circonstances particulières de l'espèce". La Commission de recours devait elle-même statuer sur les conclusions de la société requérante ou, le cas échéant, renvoyer le dossier à l'autorité de première instance pour lui permettre de se prononcer sur cette question préjudicielle de l'assujettissement. d) Ainsi, contrairement à l'opinion soutenue par l'Office fédéral de la justice, la recourante ne saurait être considérée comme déchue de son droit de contester le principe même de l'assujettissement puisque, dans sa requête à la Commission foncière II, elle n'avait pas limité expressément sa demande au seul octroi d'une autorisation. Les conclusions principales du présent recours ne sont donc pas en contradiction avec la requête présentée à l'autorité de première instance: on ne saurait dès lors les déclarer irrecevables.

2. Selon le principe fondamental énoncé à l'art. 1er AFAIE, toute acquisition d'immeuble sis en Suisse, faite

par une personne à l'étranger, est subordonnée à l'assentiment de l'autorité cantonale compétente. Autrement dit, une autorisation est nécessaire lorsque deux conditions - l'une objective et l'autre subjective - se trouvent réunies: il faut, d'une part, qu'une personne physique ou morale entende acquérir - ou acquière - le droit de propriété ou des droits analogues (énumérés à l'art. 2 AFAIE) sur un immeuble sis en Suisse et, d'autre part, que cette personne soit considérée (selon les dispositions des art. 3 à 5 AFAIE) comme domiciliée à l'étranger. Or, en l'espèce, la société recourante reconnaît expressément être une filiale d'une société américaine, American Machine and Foundry (AMF), dont le siège social est à New York. Bien qu'elle soit inscrite au registre du commerce de Genève où elle a son siège social, la société recourante, AMF Overseas Corporation, est donc, saus aucun doute, assujettie au régime de l'autorisation en vertu de l'art. 3 lettre c AFAIE. La condition subjective est réalisée; cela n'est contesté par personne. En revanche, la question est litigieuse de savoir si la condition objective se trouve, elle aussi, réalisée.

3. De manière implicite, l'autorité de première instance l'avait admis, puisqu'elle a décidé d'accorder l'autorisation et, tout en exprimant quelque doute à ce sujet, la Commission cantonale de recours et l'Office fédéral de la justice l'admettent aussi. Par contre, après avoir déclaré, dans le contrat de fusion, que le transfert de la propriété de la parcelle de Grens - résultant de la fusion - était soumis à autorisation, la société recourante soutient maintenant le contraire. a) En droit suisse, la fusion implique la reprise, par la société absorbante, de tout le patrimoine (actifs et passifs) de la société absorbée. Il s'agit là d'un transfert universel, analogue à celui que connaît le droit des successions. La société absorbante succède à la société absorbée, tant activement que passivement, comme l'héritier succède au de cujus. Elle acquiert tous les droits et toutes les obligations qui sont transférés du seul fait de la fusion, sans que des formalités particulières soient nécessaires à la transmission de chaque droit ou obligation en particulier. C'est ainsi que, pour le transfert d'immeubles, l'inscription au registre foncier n'a qu'une valeur déclarative conformément à l'art. 656 al. 2 CC (voir ROBERT PATRY, Précis de droit suisse des sociétés, vol. II p. 288; WOLFHART BÜRGI, Zürcher Kommentar, Vorbemerkungen zu den Art. 748-750 OR, n. 18; FRITZ VON STEIGER, Le droit des sociétés anonymes en Suisse, p. 384 et 386; ANDRÉ CUENDET, La fusion par absorption, en particulier le contrat de fusion dans le droit suisse de la société anonyme, thèse Lausanne 1973, p. 38 ss).
Ainsi, par l'exécution du contrat de fusion et indépendamment de toute inscription au registre foncier, la société absorbante, AMF Overseas Corporation, a acquis le droit de propriété sur deux immeubles, situés dans les communes genevoise de Vernier et vaudoise de Grens, qui appartenaient à la société absorbée, la société immobilière AMF Geneva S.A. Il y a donc bien eu acquisition d'immeubles au sens de l'art. 1er AFAIE. b) Il est vrai que, sans le dire clairement, la recourante semble vouloir soutenir qu'en cas de fusion par absorption, le transfert - à titre universel - de la propriété d'immeubles faisant partie du patrimoine de la société absorbée ne saurait être assimilé à une acquisition immobilière soumise à autorisation selon l'art. 1er AFAIE. En particulier, dans ses observations du 14 janvier 1981, la société AMF Overseas Corporation a insisté, devant la Commission cantonale de recours en matière foncière, sur la différence qu'elle tenait pour essentielle entre le transfert à titre

universel résultant d'une fusion par absorption et la cession, à titre particulier, de biens faisant partie d'un patrimoine ou d'une entreprise. Mais cet argument est dénué de pertinence. Contrairement à ce que le Conseil fédéral avait prévu dans son projet présenté le 15 novembre 1960 (voir FF 1960 II p. 1253 ss), l'arrêté fédéral sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger soumet à autorisation non pas les contrats ayant pour objet le transfert de la propriété foncière, mais le transfert lui-même du droit de propriété sur un immeuble sis en Suisse ou d'autres droits, réels ou personnels, permettant à l'acquéreur d'atteindre un but économique

analogue. Dans le système de l'arrêté fédéral, toute acquisition d'immeuble (au sens des art. 1 et 2 AFAIE) est soumise à autorisation, quel que soit le mode de transfert, par inscription au registre foncier (selon le principe énoncé à l'art. 656 al. 1 CC) ou sans inscription (selon l'art. 656 al. 2 CC). C'est ainsi que le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de soumettre à autorisation l'acquisition d'un immeuble réalisée par un adjudicataire étranger au cours d'enchères publiques (voir l'art. 11 al. 2 in fine AFAIE; ATF 102 Ib 133; voir aussi le Message du Conseil fédéral du 16 septembre 1981, FF 1981 III p. 603) comme aussi l'acquisition d'un immeuble réalisée dans la dévolution d'une succession par un héritier institué qui, comme tout héritier (ATF 101 II 226 consid. 5a), acquiert de plein droit l'universalité de la succession dès qu'elle est ouverte (art. 560 CC; ATF 101 Ib 381 consid. 1a). Logiquement, il en va de même en cas de fusion de sociétés (au sens propre du terme, selon les art. 748 ou 749 CO). Il n'y a aucune raison de faire une exception à la règle générale énoncée à l'art. 1er AFAIE en faveur d'une société qui, dans le cadre d'une fusion, fait à titre universel l'acquisition d'immeubles ayant appartenu à la société qu'elle absorbe. L'application de cette règle générale est d'ailleurs expressément prévue à l'art. 6 OAIE. c) Dans ses observations adressées à la Commission cantonale de recours en matière foncière et dans son mémoire de recours au Tribunal fédéral, la société AMF Overseas Corporation fait cependant valoir, à titre principal, que l'art. 6 OAIE ne vise pas les fusions de sociétés (au sens des art. 748 ou 749 CO) mais seulement ce qu'elle appelle les "fusions d'entreprises" (selon l'art. 181 CO). A titre subsidiaire et pour le cas où l'art. 6 OAIE serait déclaré applicable aux fusions de sociétés, la recourante

invoque la prétendue illégalité de cette disposition réglementaire. Mais ces deux moyens sont manifestement mal fondés. Le terme de fusion (en allemand: die Fusion) n'apparaît ni dans la note marginale, ni dans le texte de l'art. 181 CO où il est question de reprise (Übernahme) d'un patrimoine ou d'une entreprise, c'est-à-dire d'un transfert à titre singulier des divers éléments de ce patrimoine ou de cette entreprise; de plus, les auteurs n'emploient jamais ce terme de fusion dans leurs commentaires de cet article (voir OSER ET SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar ad Art. 181 OR; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, p. 606 ss; EUGEN BUCHER, Schweiz. Obligationenrecht, Allg. Teil, p. 536 ss; VON TUHR/ESCHER, Allg. Teil des Schweiz. Obligationenrechts, par. 99 VII p. 395 ss). On ne saurait dès lors soutenir sérieusement que la mention entre parenthèses de l'art. 181 CO dans le texte de l'art. 6 OAIE se rapporte non seulement aux reprises de patrimoine ou d'entreprise (selon l'art. 181 CO) mais aussi à une sorte de "fusion" - opérant un transfert à titre singulier - autre que celle prévue aux art. 748 ou 749 CO. Que l'on se réfère au texte français ou allemand de l'art. 6 OAIE, il appert au contraire que le Conseil fédéral a voulu simplement constater que la fusion de sociétés (selon les art. 748 ou 749 CO) est une acquisition d'immeuble soumise à autorisation en vertu de l'art. 1er AFAIE. Ce faisant, il n'a d'ailleurs pas créé un cas nouveau d'acquisition d'immeuble, mais simplement confirmé une règle allant de soi. Dès lors, c'est à tort que la recourante lui reproche d'avoir introduit dans son ordonnance une disposition non conforme à l'AFAIE.
d) Dans la fusion de sociétés (au sens propre du terme, selon l'art. 748 CO), l'acquisition par la société absorbante d'un immeuble faisant partie du patrimoine de la société absorbée doit donc être considérée, en principe, comme une acquisition d'immeuble soumise à autorisation, au sens de l'art. 1er AFAIE. Toutefois, la question peut se poser de savoir s'il y a lieu de faire une exception à cette règle dans le cas particulier où, comme en l'espèce, une société mère absorbe sa filiale. Il convient, en effet, de remarquer que, pour résoudre le problème de l'assujettissement au régime de l'autorisation, le législateur fédéral tient compte de la situation économique. Ainsi, selon l'art. 2 lettre e AFAIE, il assimile à une acquisition d'immeuble, soumise à autorisation, l'acquisition de droits - autres que le droit de propriété sur un immeuble - qui permettent

à l'acquéreur d'atteindre un but analogue. De même, selon l'art. 3 lettre c AFAIE, une personne morale ou une société ayant son siège en Suisse - donc, en principe, considérée comme domiciliée en Suisse - est assujettie au régime de l'autorisation si elle est économiquement dominée par des personnes à l'étranger. Pratiquement, cela signifie que la notion de propriété économique joue un rôle important dans le cadre de la législation sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger. Or, de ce point de vue, il faut bien reconnaître que, dans le cas particulier, avant comme après la fusion, c'est la même personne à l'étranger - la société American Machine and Foundry à New York - qui doit être considérée comme le propriétaire économique de l'immeuble litigieux, sis à Grens. L'absorption de la société AMF Geneva S.A. par sa mère, la société AMF Overseas Corporation n'a fait que supprimer un intermédiaire entre la société américaine et l'immeuble lui-même. Il n'y a donc pas eu de changement de propriétaire économique de sorte que l'on pourrait être tenté de nier, dans ce cas particulier, l'existence d'une acquisition d'immeuble au sens de l'art. 1er AFAIE.
Récemment, le Tribunal fédéral a cependant rappelé que le droit positif suisse ignore la notion de groupe de sociétés (ATF 108 Ib 37 consid. 4c). Dans la mesure où, ainsi formulée, cette affirmation peut paraître trop absolue, il convient de la nuancer en ce sens que le droit écrit suisse ne reconnaît ni ne définit officiellement la notion de groupe de sociétés, sous réserve de quelques exceptions que l'on peut trouver plus particulièrement en droit fiscal (voir notamment l'art. 59 AIN). Ce qui est en tout cas certain en l'espèce, c'est que la société AMF Geneva S.A. n'est pas, en droit suisse, un simple établissement, ni même une succursale de la recourante. Elle a été créée en tant que société anonyme indépendante de la société AMF Overseas Corporation dont elle est la filiale. On ne peut donc pas nier que, par suite de fusion, la propriété des immeubles (de Vernier et de Grens) a été transférée d'une personne - la société immobilière AMF Geneva S.A. - à une autre personne - la société AMF Overseas Corporation. Or, un tel transfert du droit de propriété constitue précisément une acquisition d'immeuble; en vertu de l'art. 1er AFAIE, il doit donc logiquement être soumis à autorisation (voir, dans une affaire un peu semblable, une décision de la Commission de recours du canton de Zurich, du 17 décembre 1963, in Revue suisse du notariat et du registre foncier, ZBGR vol. 45/1964 p. 137 ss).

Dans le contrat de fusion, le mandataire de la recourante avait d'ailleurs expressément admis l'assujettissement au régime de l'autorisation. En l'admettant à leur tour, les autorités cantonales ont fait une application stricte mais correcte de l'art. 1er AFAIE. Il ne saurait donc être question de leur reprocher la violation d'une norme de droit public fédéral.

4. Dans la mesure où le transfert du droit de propriété sur l'immeuble litigieux doit être considéré comme une acquisition d'immeuble soumise à autorisation, le recours doit être rejeté car il est évident que la société AMF Overseas Corporation ne peut pas obtenir une autorisation. Elle n'a certes pas absorbé sa filiale dans le but de tourner la loi, ni pour effectuer un placement de capitaux; en revanche, il faut constater, d'abord, que l'immeuble ne se trouve pas dans une zone de construction au sens du droit fédéral, de sorte que l'octroi d'une autorisation est exclu en vertu de l'art. 7 al. 1 lettre a AFAIE et, ensuite, que la parcelle n'étant pas bâtie (et ne pouvant l'être), elle ne saurait servir à abriter un établissement stable; de ce fait, la recourante ne peut donc pas justifier d'un intérêt légitime au sens de l'art. 6 al. 2 lettre b AFAIE (ATF 106 Ib 291 consid. 4c). A défaut d'être autorisée à acquérir l'immeuble sis sur le territoire de la commune de Grens, la société AMF Overseas Corporation ne peut pas être inscrite au Registre foncier à la place d'AMF Geneva S.A. Il n'appartient pas au Tribunal fédéral de dire si la recourante doit annuler la fusion et faire vivre à nouveau AMF Geneva S.A., ou si elle doit vendre l'immeuble (ATF 101 Ib 381 ss consid. 2).