Urteilskopf

109 Ib 101

15. Arrêt de la IIe Cour de droit public du 25 mars 1983 dans la cause Office fédéral de la justice c. Commission cantonale de recours en matière foncière du canton de Vaud et société Le Daguay AG (recours de droit administratif)
Regeste (de):
Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland; Art. 2 lit. c und e BewB.

Gründung einer Immobiliengesellschaft mit dem Zweck, eine Ferienwohnung in einem Ort zu erwerben, der der Bewilligungssperre unterliegt: Die Tatsache allein, dass weniger als ein Drittel der Aktien sich in ausländischen Händen befindet, genügt nicht, die Gefahr ausländischer Beherrschung auszuschliessen (E. 2c); dazu ist nicht bewiesen, dass die beiden andern Aktionäre der Gesellschaft, die Schweizer sind, nicht bloss treuhänderisch gehandelt haben (E. 2d).

Die Zeichnung von Aktien durch eine Person im Ausland anlässlich der Gründung eine Immobiliengesellschaft oder der Erhöhung ihres Kapitals unterliegt der Bewilligung. Es obliegt dem Handelsregisterführer (oder nach ihm dem Eidgenössischen Amt für das Handelsregister), den Eintrag einer solchen Gesellschaft oder der Erhöhung ihres Gesellschaftskapitals zu verweigern, wenn die erforderliche Bewilligung nicht vorliegt (E. 3).

Regeste (fr):
Acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger; art. 2 lettre c et e AFAIE.

Création d'une société immobilière dans le but d'acquérir un appartement de vacances dans un lieu soumis au blocage des autorisations: le seul fait que moins du tiers des actions se trouve en mains étrangères ne suffit pas pour exclure le risque de domination étrangère (consid. 2c); il n'est pas davantage prouvé que les deux autres actionnaires suisses de la société n'aient pas agi à titre fiduciaire (consid. 2d).

Lors de la fondation ou de l'augmentation de capital d'une société immobilière, la souscription d'actions par une personne à l'étranger est soumise à autorisation. Il appartient au préposé du registre du commerce (à défaut à l'Office fédéral du registre du commerce) de refuser l'inscription d'une telle société ou de l'augmentation de son capital social avant que l'autorisation nécessaire soit accordée (consid. 3).

Regesto (it):
Acquisto di fondi da parte di persone all'estero; art. 2 lettere c ed e DAFE.

Costituzione di una società immobiliare allo scopo di acquistare un appartamento di vacanze in un luogo soggetto al blocco delle autorizzazioni: il solo fatto che meno di un terzo delle azioni si trovi in mani straniere non basta per escludere il rischio di un influsso straniero determinante (consid. 2c); non è inoltre provato che i due altri azionisti, svizzeri, della società non abbiano agito a titolo fiduciario (consid. 2d).

La sottoscrizione di azioni da parte di una persona all'estero, effettuata in occasione della costituzione di una società immobiliare o di un aumento del suo capitale sociale, è soggetta ad autorizzazione. Incombe all'ufficiale del registro di commercio (o, in sua vece, all'ufficio federale del registro di commercio) di rifiutare l'iscrizione di una tale società o dell'aumento del suo capitale sociale laddove manchi la necessaria autorizzazione (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 102

BGE 109 Ib 101 S. 102

Par acte authentique du 21 janvier 1982, Camille Octave Jacquet - ressortissant belge, domicilié à Deurne (Belgique) - et les époux Esther et Heinz Lüthi - de nationalité suisse, domiciliés à Hünibach (canton de Berne) - ont fondé à Berne la société anonyme Le Daguay AG, avec siège social à Hünibach. Son capital social, de 200'000 francs, est divisé en 200 actions nominatives, entièrement libérées. D'après le notaire bernois qui a instrumenté l'acte constitutif, Camille Octave Jacquet avait versé 65'000 francs (soit un peu moins du tiers du capital social); Esther Lüthi avait versé 130'000 francs et son mari 5'000 francs. Selon l'art. 2 de ses statuts, la société Le Daguay AG a pour buts "die

BGE 109 Ib 101 S. 103

Herstellung, Verwaltung, Vermietung und Vermittlung von Ferienwohnungen". Conformément à la clause de reprise de biens (Sachübernahme) figurant à l'art. 3a de ses statuts, elle a acheté, pour le prix de 495'000 francs, les droits de propriété par étage sur un appartement de 6 pièces, d'une superficie de 166,2 m2, et sur une place de garage dans l'immeuble "Résidence Le Daguay" à Rougemont (Vaud). Le 19 mars 1982, la Commission foncière II a admis la requête en contestation de l'assujettissement présentée par la société Le Daguay AG et décidé que l'acquisition de l'appartement de vacances à Rougemont n'était pas soumis à autorisation. Par décision du 29 juillet 1982, la Commission cantonale de recours en matière foncière du canton de Vaud, tout en reconnaissant le non-assujettissement de la société au régime de l'autorisation, a admis partiellement le recours du Département vaudois de l'agriculture, de l'industrie et du commerce et complété la décision de la Commission foncière II en faisant inscrire au registre foncier la charge supplémentaire suivante: "obligation pour la société de requérir une nouvelle décision de constatation de non-assujettissement avant chaque modification des rapports de financement ou de participation pouvant justifier l'assujettissement." Agissant en temps utile par la voie du recours de droit administratif, l'Office fédéral de la justice demande au Tribunal fédéral d'annuler la décision de la Commission de recours en matière foncière, de constater que la souscription de 65 actions Le Daguay AG par Camille Octave Jacquet était soumise à autorisation, d'interdire en l'état à la société Le Daguay AG d'acquérir l'appartement de Rougemont et de renvoyer le dossier à l'autorité de première instance pour examiner la question de l'intérêt légitime à l'acquisition. Le Tribunal fédéral a admis le recours et annulé la décision attaquée pour les motifs suivants:

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. Avant d'examiner le moyen principal de recours invoqué par l'Office fédéral de la justice, il apparaît nécessaire de vérifier tout d'abord si les autorités de première instance et de recours ont eu raison - contre l'avis du Département vaudois de l'agriculture, de l'industrie et du commerce - d'écarter, avec une vraisemblance suffisante, le risque de domination étrangère et d'admettre ainsi la

requête en contestation d'assujettissement que la société Le Daguay AG avait présentée le 5 février 1982. C'est là une question préjudicielle que le Tribunal fédéral examine d'office (ATF 106 Ib 69 consid. 2, ATF 104 Ib 143 consid. 1). a) Selon la jurisprudence, une société anonyme qui, comme la société intimée, a son siège en Suisse est assujettie au régime de l'autorisation si elle est soumise - dans les conditions que l'art. 5 de l'ordonnance sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger du 21 décembre 1973 (OAIE; RS 211.412.411) précise - à l'influence prépondérante d'une ou de plusieurs personnes domiciliées à l'étranger (art. 3 lettre c de l'arrêté fédéral sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger du 23 mars 1961 - AFAIE; RS 211.412.41). Tel est le cas lorsque, à défaut d'une participation financière étrangère prépondérante, la société agit pour le compte de personnes à l'étranger ou encore lorsque l'acquisition d'immeubles qu'elle désire réaliser est financée, dans une mesure qui excède les normes usuelles en matière civile ou commerciale, par des personnes domiciliées à l'étranger (art. 2 lettre e AFAIE, 4 OAIE; voir notamment ATF 106 Ib 203 consid. 2a). Il incombe aux autorités compétentes de s'assurer chaque fois que l'on ne se trouve pas dans l'un de ces cas d'assujettissement.
b) Aux termes de l'art. 23 OAIE, les autorités constatent les faits d'office (al. 1); elles ne peuvent se baser que sur des allégués qu'elles ont vérifiés et dont elles ont, le cas échéant, administré les preuves (al. 2); des déclarations générales qui se bornent à contester l'existence des conditions de l'assujettissement au régime de l'autorisation n'ont aucune valeur probante (al. 5). Il s'agit là de règles essentielles dont le Tribunal fédéral a toujours exigé une stricte observation de la part des autorités cantonales, spécialement - mais pas exclusivement - lorsqu'il y a un risque de domination étrangère ou d'acte fiduciaire. Selon la jurisprudence, il faut vérifier notamment si les Suisses désignés comme actionnaires disposent réellement de leurs actions et ne sont pas des actionnaires fiduciaires. Dès qu'un doute subsiste, ces actionnaires suisses doivent alors prouver qu'ils dominent effectivement la société anonyme et ont acquis les actions de leurs propres deniers; même s'ils rapportent cette preuve, ils doivent encore préciser l'origine des fonds nécessaires au financement de l'opération immobilière (achat du terrain et, le cas échéant, construction d'un bâtiment), afin de démontrer qu'il ne s'agit pas

d'une opération fiduciaire au sens des art. 2 lettres e AFAIE et 4 OAIE. Certes, l'étendue des investigations auxquelles l'autorité doit procéder dépend pour beaucoup des circonstances de chaque cas particulier. Dans de nombreuses affaires, cette autorité peut se contenter de vérifier les explications données, mais il en est d'autres où, malgré les explications et les pièces fournies, le doute subsiste, de sorte que des investigations plus complètes apparaissent nécessaires (ATF 106 Ib 203 consid. 2a et 204 consid. 2b). c) Le 19 janvier 1982, la Caisse d'épargne et de prêts de Lyss a confirmé au notaire chargé d'instrumenter l'acte de fondation de la société Le Daguay AG que Camille Jacquet avait versé 65'000 francs, Esther et Heinz Lüthi respectivement 130'000 et 5'000 francs, sur le compte de cette société en formation ("Aktieneinzahlungskonto"). Ainsi, d'un point de vue purement formel, celui des trois fondateurs qui, en raison de son domicile à l'étranger, était assujetti au régime de l'autorisation, a souscrit et libéré en espèces un peu moins du tiers (32,5%) des actions. On ne saurait donc présumer l'existence d'une domination étrangère (art. 5 al. 1 OAIE). Toutefois, l'expérience des affaires montre que la participation au capital social n'est pas le seul moyen de s'assurer le contrôle d'une société; il en est d'autres, dont l'efficacité est assez généralement reconnue sur le plan économique, sinon juridique (ATF 101 Ib 391 consid. 4a et les références citées). Dès lors, le seul fait que moins du tiers des actions se trouve en mains étrangères ne suffit pas pour exclure le risque de domination étrangère. Or, en l'espèce, ce risque paraît d'autant plus sérieux que Camille Octave Jacquet a souscrit 65 actions soit seulement deux actions de moins que le tiers. En outre, si vraiment il n'entendait pas exercer une influence prépondérante, on voit mal pourquoi Camille Octave Jacquet a obtenu la présidence du conseil d'administration, alors qu'il réside à l'étranger et

ne peut donc pas participer activement à la gestion. d) En fait, la société Le Daguay AG est une pure société immobilière, propriétaire d'un appartement de vacances dans un lieu soumis au blocage des autorisations (voir l'annexe 2 à l'ordonnance du 10 novembre 1976 - OAITE -, RS 211.412.413 p. 25). On peut donc se demander si elle n'a pas été créée - avec la complicité des époux Lüthi - dans le but illicite de permettre à une personne domiciliée à l'étranger d'éluder l'interdiction légale d'acquérir un appartement de vacances en un lieu où la propriété

foncière en mains étrangères a pris des proportions considérables (art. 7 al. 1 lettre b AFAIE). Sur la base des pièces figurant au dossier, il est actuellement impossible d'écarter l'hypothèse que les époux Lüthi soient des actionnaires fiduciaires, agissant en réalité pour le compte de Camille Octave Jacquet ou d'une autre personne domiciliée à l'étranger. Il ne faut pas oublier, en effet, que les époux Lüthi ont été incapables de prouver l'origine des fonds versés en libération de leurs actions. Ils n'ont même pas produit les avis de transfert de ces fonds, d'un compte leur appartenant au compte de consignation à la Caisse d'épargne et de prêts de Lyss. De plus, ils n'ont pas rapporté la preuve qu'en janvier 1982 ils disposaient effectivement de liquidités suffisantes pour payer, l'un 5'000 francs et l'autre 130'000 francs. Heinz Lüthi s'est contenté de produire une photocopie de sa déclaration fiscale 1981-1982, d'où il ressort qu'au 1er janvier 1981 il avait des dépôts, auprès des Caisses d'épargne et de prêts de Koppigen et Kirchberg, pour une somme d'environ 35'000 francs et qu'à cette époque sa fortune se montait à 42'686 fr. 20 au total; il est donc vraisemblable - mais pas certain - qu'en janvier 1982 (soit une année plus tard) il disposait encore des 5'000 francs nécessaires à la libération de ses cinq actions. Quant à Esther Lüthi, elle n'a en réalité fourni aucun document relatif à l'état de sa fortune personnelle ou au montant des liquidités qu'elle pouvait avoir en janvier 1982. Elle a simplement produit quelques avis de versements, effectués en novembre et décembre 1979 sur un compte qui semble lui avoir appartenu, mais ces avis ne donnent aucune indication précise de la provenance réelle de ces fonds; de plus, elle a communiqué une photocopie d'un bordereau de taxation en Belgique, mais - contrairement à l'avis exprimé par l'autorité intimée - ce bordereau ne donne aucun renseignement sur l'état de la fortune d'Esther Lüthi en 1978; il s'agit en effet uniquement de la taxation, faite en 1979, du revenu réalisé en 1978. e) Il apparaît ainsi clairement que le risque de domination étrangère et d'opération fiduciaire ne pouvait pas être écarté sans que l'on ait exigé des époux Lüthi des preuves formelles, qu'ils auraient pu aisément se procurer s'ils avaient effectivement payé de leurs propres deniers les sommes de 5'000 et de 130'000 francs, représentant la valeur d'émission de leurs actions. En estimant pouvoir, en l'état actuel de la répartition des actions, écarter une influence financière étangère prépondérante

sans avoir procédé aux investigations nécessaires, la Commission cantonale de recours en matière foncière a donc violé les règles de l'art. 23 OAIE (en relation avec les art. 2 lettre e et 3 lettre c AFAIE, ou 4 et 5 OAIE). Déjà pour cette première raison, sa décision de non-assujettissement doit être annulée.

3. De son côté, l'Office fédéral de la justice prétend qu'en raison de son domicile à l'étranger, Camille Octave Jacquet ne pouvait participer à la fondation de la société Le Daguay AG sans en avoir reçu l'autorisation. a) L'art. 2 lettre c AFAIE soumet à autorisation l'acquisition, par une personne à l'étranger, d'une ou de plusieurs parts d'une société "immobilière"; il importe peu que cette acquisition soit originaire ou dérivée. Ainsi, pour les personnes ayant leur domicile ou leur siège à l'étranger, la participation à la constitution ou à l'augmentation

du capital d'une société immobilière est soumise à l'assentiment préalable de l'autorité compétente (art. 19 OAIE). D'après la jurisprudence, ce n'est pas la constitution ou l'augmentation du capital social - comme telles - qui sont soumises à autorisation, mais bien la souscription d'actions par des personnes à l'étranger, même si celles-ci n'entendent pas s'assurer le contrôle de la société. Par ailleurs, l'acquisition d'un immeuble liée à cette constitution ou augmentation de capital est, elle aussi, soumise à autorisation (ATF 106 Ib 69 consid. 2a, ATF 100 Ib 478 consid. 3). En cas de fondation (ou d'augmentation de capital) d'une société immobilière, l'autorité compétente du lieu de situation des immeubles a donc le devoir de rechercher, d'office, s'il se trouve, parmi les souscripteurs, des personnes assujetties au régime de l'autorisation (ATF 106 Ib 70 consid. 2a). Il appartient également au préposé du registre du commerce de procéder à ce contrôle avant de décider l'inscription de la société immobilière (art. 22 OAIE).
b) Selon l'art. 1er al. 1 OAIE, une société est réputée "immobilière" lorsque, au moment de l'acquisition de parts, ses actifs sont constitués principalement par des droits sur des immeubles en Suisse. Ce qui compte toutefois, c'est que la société ait pour but principal d'acquérir un ou plusieurs immeubles sis en Suisse et qu'ainsi "son patrimoine (une fois constitué) consiste entièrement ou principalement en immeubles" (art. 2 lettre c AFAIE). En cas de constitution ou d'augmentation de capital, il n'est donc pas nécessaire - pour que le souscripteur étranger doive

demander une autorisation - que ce nouveau capital soit libéré par un apport en immeuble; il suffit que ces fonds soient destinés à permettre l'achat d'un ou plusieurs immeubles. Il est vrai qu'en 1972, le Conseil national avait rejeté la proposition de soumettre à autorisation toute fondation de "société immobilière", principalement parce qu'une définition claire de cette notion faisait défaut et aussi parce que, de toute façon, la fondation par apport en nature était soumise à autorisation (voir Bull.sten. CN 1972, p. 2221 à 2223). Cependant, le Tribunal fédéral a jugé récemment que l'on ne pouvait pas déduire de cette décision du Conseil national la conclusion que seule la fondation par apport en nature ou avec une reprise de biens - et non pas la fondation par apport en espèces - tombait sous le coup de la loi. Certes, au cours des débats, le Conseil national a fait, à deux reprises, la distinction entre ces deux sortes de fondation de société ("Sacheinlagegründung" ou "Sachübernahmegründung" d'une part et "Bargründung" d'autre part), mais cette distinction n'apparaît pas dans le texte légal. Les deux rapporteurs ont d'ailleurs donné l'assurance expresse que toute participation étrangère à la création d'une société serait soumise à autorisation si, après sa fondation, cette société acquiert un ou plusieurs immeubles en Suisse. L'essentiel est donc, même en l'absence d'une clause statutaire d'apport en nature ou de reprise de biens, que l'on puisse d'emblée reconnaître qu'une grande partie des fonds sociaux sera, à court terme, placée en immeubles (voir arrêt du 4 février 1983 dans la cause OFJ c. Kappeli Buchs AG, consid. 4b publié ci-devant. c) En l'espèce, les statuts de la société Le Daguay AG disposent que le but social est d'acquérir et de gérer des immeubles; en outre et surtout, ils contiennent une clause de reprise de biens, relative précisément à l'appartement de vacances sis à Rougemont. Par ailleurs, l'acte constitutif de la société Le Daguay AG mentionne que Camille Octave Jacquet, ressortissant belge domicilié en Belgique, a participé à la fondation de la société en souscrivant 65 actions. Dans ces conditions, il est assez surprenant que ni le notaire, ni le préposé du registre du commerce, ni l'Office fédéral du registre du commerce n'aient pas d'emblée constaté que la société Le Daguay AG ne pouvait pas être inscrite au registre du commerce - ni acquérir la personnalité juridique selon l'art. 643 CO - aussi longtemps que ce souscripteur étranger n'aurait pas reçu

l'autorisation nécessaire. En vertu de l'art. 22 al. 1 OAIE, le préposé du registre du commerce (ou, à défaut, l'Office fédéral du registre du commerce) aurait dû écarter la réquisition d'inscription, dès lors que l'assujettissement au régime de l'autorisation était d'ores et déjà établi par les pièces produites en annexe à la réquisition; ou, si les autorités du registre du commerce avaient quelque doute quant à cet assujettissement, elles devaient au moins suspendre la procédure d'inscription et renvoyer Camille Octave Jacquet devant les autorités vaudoises pour demander l'autorisation nécessaire (art. 22 al. 2 OAIE). Il n'est cependant pas possible d'annuler maintenant l'inscription de la société Le Daguay AG sur le registre du commerce, même si elle a été faite en violation manifeste des dispositions de droit fédéral sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger. d) En admettant le non-assujettissement de Camille Octave Jacquet au régime de l'autorisation, l'autorité cantonale a ignoré les règles des art. 2 lettre c AFAIE, 1er et 2 OAIE. Pour cette seconde raison, sa décision doit donc être annulée.