Urteilskopf

114 Ib 261

40. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public du 16 décembre 1988 en la cause H. et consorts c. Genève, Tribunal administratif et préposé au registre du commerce (recours de droit administratif)
Regeste (de):
Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland.

1. Gemäss Art. 18 Abs. 1 und 2 BewG ("Lex Friedrich") darf der Handelsregisterführer die Eintragung einer Gesellschaft nur vornehmen, wenn die Bewilligungspflicht ohne weiteres ausgeschlossen ist (E. 2).

In allen übrigen Fällen muss der Handelsregisterführer die Erwerber an die erstinstanzliche Bewilligungsbehörde verweisen, die allein für den Entscheid über die Bewilligungspflicht oder gegebenenfalls für die Bewilligung zuständig ist (E. 3).

2. Fehlt es an einem Ort des Grundstücks im Sinne von Art. 15 Abs. 2 BewG, so ist die zuständige Behörde diejenige des Ortes, wo die Gesellschaft ihren Sitz hat (E. 4).

Regeste (fr):
Acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger.

1. Selon l'art. 18 al. 1 et 2 LFAIE, le préposé au registre du commerce ne peut procéder à l'inscription d'une société que si, d'emblée, l'assujettissement au régime de l'autorisation est exclu (consid. 2).

Dans tous les autres cas, le préposé doit renvoyer les requérants à agir devant l'autorité de première instance en matière d'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, seule compétente pour se prononcer sur le non-assujettissement ou, le cas échéant, sur une autorisation (consid. 3).

2. A défaut de lieu de situation d'un immeuble au sens de l'art. 15 al. 2 LFAIE, l'autorité compétente est celle du lieu où la société a son siège social (consid. 4).

Regesto (it):
Acquisto di fondi da parte di persone all'estero.

1. Secondo l'art. 18 cpv. 1 e 2 LAFE, l'ufficiale del registro di commercio può procedere all'iscrizione di una società soltanto se l'obbligo di autorizzazione è escluso a priori (consid. 2).

In tutti gli altri casi, l'ufficiale del registro di commercio deve rinviare i richiedenti all'autorità di prima istanza in materia di acquisto di fondi da parte di persone all'estero, sola competente a decidere sull'obbligo d'autorizzazione, o, se del caso, sull'autorizzazione medesima (consid. 3).

2. In mancanza di luogo di situazione del fondo ai sensi dell'art. 15 cpv. 2 LAFE, è competente l'autorità del luogo in cui la società ha la propria sede (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 262

Par acte authentique du 8 avril 1986, Me H. et Me G., tous deux avocats à Genève, ainsi que Mme F., Allemande d'origine, domiciliée à Genève, ont constitué la société UF... S.A. Les fondateurs ont pris eux-mêmes les 50 actions au porteur de 1'000 francs chacune formant le capital social, soit Me H.: 12 actions, Me G.: 13 actions et Mme F.: 25 actions. L'art. 3 des statuts définit le but de la société de la façon suivante: "La société a pour but, tant pour son propre compte que pour le compte de tiers, seule ou en participations, de réaliser directement ou indirectement, tant en Suisse qu'à l'étranger, toutes opérations financières, immobilières, commerciales ou industrielles. Elle pourra notamment acheter, détenir, vendre, gérer et administrer tous immeubles, comptes, brevets, marques, actions, parts en participations dans d'autres sociétés quels qu'en soient le but et la nature.
Elle pourra également apporter son assistance et ses conseils à des tiers pour la réalisation de telles opérations. Dans le cadre de son but social tel que ci-dessus défini, elle pourra tant utiliser ses propres ressources financières que recourir à tous emprunts, emprunts participatifs ou comptes de tiers et, plus généralement, toutes opérations se rattachant directement ou indirectement à son but social tel que ci-dessus défini."
Les fondateurs, nommés administrateurs de la société, ont également signé deux déclarations: l'une concernant l'absence de reprise de biens et d'apports en nature et l'autre relative à l'absence de reprise de biens immobiliers en Suisse, précisant qu'il "n'y a pas lieu d'admettre, au vu de l'ensemble des circonstances, que la société acquerra des immeubles en Suisse dans un avenir prévisible". Le 23 juin 1986, le préposé au registre du commerce du canton de Genève a informé le notaire qu'il tenait en suspens la réquisition d'inscription de la société UF... S.A., jusqu'à production d'une décision du Département de l'économie publique sur l'assujettissement ou non de l'acte du 8 avril 1986 au régime de l'autorisation. Partant, il a imparti au notaire un délai de 30 jours pour entreprendre cette démarche, à défaut de quoi la réquisition serait écartée. Le 25 juillet 1986, le notaire a certifié au préposé avoir attiré l'attention des administrateurs, actionnaires et fondateurs de la société sur les dispositions de la "Lex Friedrich". Ceux-ci avaient alors spontanément déclaré que "tant le respect de l'ordre

juridique des pays concernés que leur éthique professionnelle les amèneraient en toute circonstance à agir en conformité des lois applicables dans les pays concernés". Par décision du 8 août 1986, le préposé au registre du commerce a écarté la réquisition d'inscription de la société, au motif qu'aucune demande d'autorisation n'avait été présentée au Département de l'économie publique dans le délai imparti. En application de l'art. 18 al. 3 de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE; RS 211.412.41), les fondateurs ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif du canton de Genève. Ils faisaient notamment valoir que tous les motifs d'autorisation, de refus ou de non-assujettissement ne pouvaient se référer qu'à des immeubles déterminés. Il était ainsi évident qu'au moment où la société voudrait acquérir un immeuble en Suisse, elle ferait soit constater son non-assujettissement au régime de l'autorisation, soit requerrait une telle autorisation.
Par arrêt du 4 février 1987, le Tribunal administratif a rejeté le recours et confirmé la décision attaquée. Il a retenu en bref que l'un des buts réels et principaux de la société UF... S.A. portait bien sur des opérations immobilières; par ailleurs, Mme F. devait être considérée comme une personne à l'étranger qui s'est portée acquéreur d'un droit de propriété sur une part d'une personne morale dont le but réel est l'acquisition d'immeubles (art. 4 al. 1 lettre e LFAIE). Dans ces conditions, le préposé a suivi à juste titre la procédure prévue par l'art. 18 al. 1 LFAIE. Les administrateurs de la société ont formé un recours de droit administratif contre cette décision, tendant à ce que le Tribunal fédéral ordonne l'inscription au registre du commerce de la société UF... S.A. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

Erwägungen

Extrait des considérants;

1. a) L'autorité cantonale de recours compétente pour se prononcer sur la décision d'écarter une réquisition prise par le préposé au registre du commerce (art. 18 al. 3 LFAIE) est, dans le canton de Genève, le Tribunal administratif (art. 10 de la loi genevoise du 20 juin 1986 d'application de la LFAIE, entrée en vigueur le 2 mars 1986; ancien art. 13 du règlement provisoire d'application de la LFAIE). Formé en temps utile contre la décision rendue par cette autorité et fondée sur des normes de droit

public fédéral (art. 5 PA), le présent recours est recevable au regard des dispositions générales des art. 97 ss OJ, comme aussi en vertu des dispositions particulières de l'art. 21 al. 1 lettre a et al. 2 LFAIE.

2. Les recourants prétendent qu'en leur qualité de fondateurs, ils avaient le droit d'obtenir l'inscription de la société au registre du commerce (art. 640 et 641 CO) et que l'application des art. 4 lettre e et 18 al. 2 LFAIE constituent, dans leur cas, une violation du droit fédéral. En principe, les recourants ont raison de dire que, dans le système du droit suisse des sociétés, le préposé au registre du commerce n'a qu'un pouvoir de contrôle limité et ne peut refuser l'inscription d'une société anonyme qu'en cas de violation manifeste d'une disposition impérative de la loi, soit, en l'occurrence, d'une disposition du code des obligations sur les sociétés anonymes et sur le registre du commerce. Ils oublient toutefois que, dans le domaine de l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, le législateur a fixé de manière précise la procédure d'inscription des sociétés soumises au régime de l'autorisation. En effet, l'obligation de contrôle du préposé au registre du commerce lors des fondations et des augmentations de capital de sociétés immobilières a été introduite par l'arrêté fédéral sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger du 21 mars 1973, en complément des art. 936 ss CO et 21 de l'ordonnance sur le registre du commerce (voir Message du Conseil fédéral du 25 octobre 1972 ad art. 12 du projet; FF 1972 II p. 1260/1261). Le renvoi du requérant devant l'autorité de première instance était alors prévu lorsque le préposé ne pouvait exclure avec certitude l'assujettissement au régime de l'autorisation (art. 21 al. 3 aAFAIE: RO 1974 p. 90; art. 22 al. 2 aOAIE: RO 1974 p. 104). Cette obligation de contrôle a été reprise dans la nouvelle loi. à l'art. 18 LFAIE (voir Message du Conseil fédéral du 16 septembre 1981 ad art. 15 du projet; FF 1981 III p. 602). Lors de la procédure d'inscription d'une société immobilière au registre du commerce les règles prescrites à l'art. 18 LFAIE s'ajoutent ainsi aux obligations de contrôle auxquelles le préposé doit satisfaire en vertu de l'art. 940 CO. Partant, celui-ci ne peut procéder à l'inscription d'une société que si, d'emblée, l'assujettissement au régime de l'autorisation est exclu; en revanche, dès qu'il a un doute, le préposé a l'obligation de

suspendre la procédure d'inscription afin de permettre aux requérants de demander, dans le délai de 30 jours, à l'autorité de première instance - compétente en matière d'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger - soit la constatation du non-assujettissement, soit l'autorisation; lorsque cette demande n'est pas faite dans le délai, le préposé a alors l'obligation de refuser l'inscription. Dans le cas particulier, comme les

requérants ne se sont pas adressés en temps utile au Département cantonal de l'économie publique, cela signifie que la question posée au Tribunal fédéral n'est pas de savoir si les conditions d'assujettissement sont ou non remplies, mais bien de savoir si, d'emblée, l'assujettissement est exclu.

3. a) En l'espèce, les recourants ne contestent pas qu'ils agissent à titre fiduciaire, ainsi que le prévoit l'acte authentique du 8 avril 1986. Ils ne démontrent pas davantage que Mme F., Allemande d'origine détenant la moitié des actions de la société, serait titulaire d'un permis d'établissement en Suisse et donc non assujettie au régime de l'autorisation (art. 2 al. 1 OAIE). Toute leur argumentation repose sur le fait que la société UF... S.A. ne saurait être considérée comme une société immobilière, dès l'instant où elle n'a pas l'intention d'acquérir des immeubles en Suisse dans un avenir prévisible. b) La nouvelle loi a introduit une réglementation plus stricte sur les sociétés immobilières (voir KRAUSKOPF et MAITRE, L'acquisition par des personnes à l'étranger, in Droit de la construction 1986/1, p. 4); elle distingue entre les personnes morales qui sont propriétaires d'immeubles, soit les sociétés immobilières au sens large dont les actifs comprennent pour plus d'un tiers des immeubles en Suisse (art. 4 al. 1 lettre d LFAIE), et les personnes morales dont le but réel est l'acquisition d'immeubles, soit les sociétés immobilières au sens étroit (art. 4 al. 1 lettre e LFAIE).
Dans ce dernier cas, le but réel d'une société qui vient d'être fondée ne peut évidemment pas se déterminer à partir du bilan ou du compte d'exploitation. Il doit donc s'établir en premier lieu d'après les statuts de la société. Lorsqu'il paraît toutefois que le but statutaire peut masquer le but effectif, il importe de rechercher l'intention véritable des fondateurs et de procéder à toutes les investigations nécessaires à cette fin. Une société sera ainsi considérée comme immobilière lorsque les fondateurs ont la ferme

intention d'acquérir des biens-fonds quand bien même, au moment de la fondation, la réalisation des projets envisagés n'est pas encore certaine, mais qu'il faut admettre. au vu de toutes les circonstances, que la société acquerra des immeubles dans un avenir prévisible et qu'elle a été fondée dans ce but (ATF 109 Ib 99 /100) consid. 4c). c) Il est vrai qu'en l'espèce, rien ne permet d'affirmer que les recourants vont acquérir des immeubles en Suisse dans un proche avenir, même si la déclaration qu'ils produisent à cet égard n'a aucune valeur probante (art. 18 al. 3 OAIE; ATF 113 Ib 294 consid. 4c). Dans cette situation, il fallait analyser concrètement tous les éléments qui sont à la base du projet de fondation de la société. Toutefois, dans la procédure adoptée par le législateur à l'art. 18 LFAIE, seules les autorités chargées de l'application de la loi sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger pouvaient procéder à cet examen. Le préposé au registre du commerce n'en avait pas le pouvoir, de sorte qu'il appartenait aux requérants d'adresser, dans le délai que le préposé leur avait imparti, une demande de non-assujettissement à l'autorité de première instance, c'est-à-dire au Département genevois de l'économie publique. En réalité, le préposé au registre du commerce ne pouvait que suivre la procédure prévue à l'art. 18 LFAIE: il devait tout simplement constater, dans le cas de la société UF... S.A., que la réalisation d'opérations immobilières n'était pas exclue dès lors qu'elle représente l'un des buts statutaires de la société qui, selon l'art. 3 de ses statuts, pourra "acheter, détenir, vendre, gérer et administrer tous immeubles, comptes, brevets, marques, actions, parts ou participations dans d'autres sociétés quels qu'en soient le but et la nature".
Il apparaît ainsi clairement que le préposé au registre du commerce ne pouvait pas d'emblée exclure tout risque que la société UF... S.A. soit une société immobilière au sens de l'art. 4 al. 1 lettre e LFAIE. A cela s'ajoute que l'acte constitutif de la société prévoit clairement que les fondateurs agissent à titre fiduciaire et qu'au moment de l'inscription, le doute portait tant sur la participation de l'un des actionnaires fiduciaires, de nationalité allemande, détenant la moitié des actions, que sur la participation subséquente d'autres personnes à l'étranger. La position dominante de personnes à l'étranger, au sens de l'art. 5 al. 1 lettre c LFAIE, n'est donc nullement exclue.

d) Dans ces conditions, les recourants n'avaient aucun droit à ce que leur société soit inscrite d'emblée au registre du commerce. Comme ils ne se sont pas adressés en temps utile à l'autorité cantonale de première instance, seule compétente pour se prononcer, après enquête, sur l'assujettissement au régime de l'autorisation, ni le Tribunal administratif, ni le Tribunal fédéral n'ont à trancher la question - assez délicate - de savoir si les conditions (objectives et subjectives) de l'assujettissement sont ou non remplies.

4. Il est vrai que, se référant à l'art. 15 al. 2 LFAIE, les recourants soutiennent qu'à défaut d'immeuble à acquérir, aucune autorité de première instance n'était compétente ratione loci. Ce grief, qui n'a pas été examiné par le Tribunal administratif, n'est toutefois pas fondé. Selon l'art. 15 al. 2 LFAIE, l'autorité de première instance compétente est celle du lieu de situation de l'immeuble, lorsqu'il s'agit de l'acquisition d'un immeuble, ou celle du lieu où se trouve la part prépondérante des immeubles appartenant à une personne morale ou à une société sans personnalité juridique, lorsqu'il s'agit de l'acquisition de parts de cette personne morale ou de la participation à cette société sans personnalité juridique. Autrement dit, le législateur a clairement désigné le for compétent dans tous les cas où il s'agit de l'acquisition - directe ou indirecte - d'immeubles déterminés. En revanche, il n'a pas désigné le for compétent lorsque, comme en l'espèce, l'immeuble ou les immeubles que la société anonyme a pour but statutaire d'acquérir ne sont pas connus. Dans cette hypothèse, l'art. 15 al. 2 LFAIE ne peut évidemment pas trouver son application. Il ressort cependant clairement de l'art. 18 LFAIE que les fondateurs de la société, dont le but réel est l'acquisition d'immeubles, doivent pouvoir s'adresser à une autorité de première instance pour obtenir une décision de non-assujettissement. La loi contient donc une lacune qu'il appartient au juge de combler, conformément à l'art. 1 al. 2 CC (ATF 112 Ib 46 consid. 4a, ATF 108 Ib 82 consid. 4b). Or, à défaut de lieu de situation de l'immeuble, le seul point de rattachement possible est celui du lieu ou la société a son siège social. Ainsi, le préposé au registre du commerce de Genève a invité à juste titre les recourants à agir, dans le délai de 30 jours, devant le Département genevois de l'économie publique, autorité de première instance compétente en raison du lieu où la société a son siège social.