Urteilskopf

99 Ib 306

38. Extrait de l'arrêt du 8 juin 1973 dans la cause Sofid SA contre Commission fédérale des banques
Regeste (de):
Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 1. Juli 1966 (AFG).

Tragweite eines Kreisschreibens des Sekretariates der Eidg. Bankenkommission über die Auslegung des Gesetzes (Erw. 3).

Art. 31 Abs. 2 lit. b AFG untersagt nicht, dass für Rechnung eines Immobilienanlagefonds die Aktien einer Immobiliengesellschaft, die ihrerseits Eigentümerin von Aktien einer andern solchen Gesellschaft ist, erworben werden (Erw. 2 und 4).

Immerhin muss das Grundstück mindestens zu zwei Dritteln seines Wertes wirtschaftlich zum Anlagefonds gehören (Erw. 4d).

Regeste (fr):
Loi fédérale sur les fonds de placement, du 1er juillet 1966 (LFP).

Portée d'une circulaire du secrétariat de la Commission fédérale des banques relative à l'interprétation de la loi (consid. 3).

L'art. 31 al. 2 lit. b LFP ne prohibe pas l'acquisition, pour le compte d'un fonds de placement immobilier, des actions d'une société immobilière elle-même propriétaire d'actions d'une autre société immobilière (consid. 2 et 4).

Il est cependant nécessaire que l'immeuble fasse économiquement partie du fond de placement à concurrence des deux tiers de sa valeur au moins (consid. 4d).

Regesto (it):
Legge federale sui fondi d'investimento, del 1o luglio 1966.

Portata di una circolare della segreteria della Commissione federale delle banche relativa all'interpretazione della legge (consid. 3).

L'art. 31 cpv. 2 lett. b LFI non vieta l'acquisto, per conto di un fondo d'investimento immobiliare, delle azioni di una società immobiliare proprietaria d'azioni di un'altra società immobiliare (consid. 2 e 4).

È tuttavia necessario che l'immobile appartenga economicamente per almeno due terzi del suo valore al fondo d'investimento (consid. 4d).

Sachverhalt ab Seite 307

A.- Parfon, Fonds de participations foncières suisses, à Genève (ci-après: Parfon), est un fonds de placement immobilier soumis à la loi fédérale sur les fonds de placement, du 1er juillet 1966 (LFP). Il a pour but l'investissement collectif de capitaux en valeurs foncières suisses et plus spécialement genevoises. Les exercices comptables vont du 1er octobre au 30 septembre de l'année suivante. La direction du fonds est assumée par Sofid SA, à Genève. La Caisse hypothécaire du canton de Genève est banque dépositaire, la Société anonyme fiduciaire suisse, organe de revision. La Rente immobilière SA (ci-après: R.I.) est une société anonyme constituée en 1898. Elle a pour but l'achat, la construction et l'exploitation, ainsi que la vente d'immeubles sis à Genève ou dans les environs. Le capital social est de 6 500 000 fr., divisé en 32 500 actions au porteur de 200 fr. chacune. Elle est propriétaire de 13 immeubles et détient en outre la totalité des actions de neuf sociétés immobilières, dont huit sont propriétaires d'un seul immeuble chacune et la neuvième de deux immeubles. L'exercice comptable va du 1er juillet au 30juin de l'année suivante.

B.- En mai 1972, Sofid SA est entrée en pourparlers pour le compte de Parfon avec la banque Pictet et Cie, à Genève, en vue du rachat de la R.I., dont cette banque détenait une partie des actions et qu'elle administrait. Ces pourparlers ont abouti le 15 septembre 1972 à la conclusion d'une convention par laquelle MM. Pictet et Cie s'engageaient à vendre et Sofid SA à acheter la totalité des actions de la R.I. qui seraient offertes, mais à la condition que la transaction puisse porter au moins sur les 2/3 du capital social; les vendeurs devaient annoncer par écrit à l'acheteuse, jusqu'au 27 septembre 1972 à midi, le nombre des actions offertes, Sofid SA devant de son côté payer le prix convenu jusqu'au 29 septembre 1972 à 11 heures. Le secrétaire de la Chambre des fonds de placement de la

Commission fédérale des banques a adressé le 27 septembre par exprès à Sofid SA une lettre recommandée attirant l'attention de cette société sur le fait qu'en vertu de l'art. 31 al. 2 lit. b LFP. un fonds de placement immobilier ne pouvait pas acquérir les actions d'une société immobilière possédant des immeubles par l'intermédiaire d'une autre société, et que l'achat des actions de la R.I. pour le compte de Parfon constituerait une grave infraction propre à entraîner le retrait de l'autorisation (art. 44 al. 1 LFP). La lettre mentionnait une circulaire du 17 juin 1969 par laquelle le même secrétaire présentait cette interprétation de la loi aux directions et aux institutions de revision des fonds de placement immobiliers. En lui adressant copie de sa lettre à Sofid SA, le secrétaire a enjoint à la Caisse hypothécaire du canton de Genève de ne faire et de n'autoriser aucun paiement par le débit de la fortune de Parfon pour l'achat des actions de la R.I. Ces mesures ont été prises avec l'accord du président de la Commission fédérale des banques. Sofid SA a demandé au secrétariat de ladite commission une entrevue, qui a eu lieu à Berne le 28 septembre 1972 à 10 heures, soit la veille du terme convenu pour l'achat des actions. Elle y a pris divers engagements, dont celui de réaliser la fusion par absorption (art. 748 CO) de la R.I. et des sociétés anonymes dont celle-ci détenait les actions, ainsi que celui de ne pas publier le rapport de gestion de Parfon pour l'exercice 1971/72 avant que cette fusion ne soit réalisée. L'opération convenue avec MM. Pictet et Cie a été exécutée, le secrétariat de la Commission fédérale des banques ayant levé l'embargo signifié à la Caisse hypothécaire du canton de Genève. Peu après, Sofid SA a demandé au professeur Hans Merz, à Berne, un avis de droit sur la portée de l'art. 31 al. 2 lit. b LFP. Le 4 décembre 1972, elle a souscrit un nouvel engagement, aux termes duquel elle s'obligeait de façon irrévocable à exécuter les décisions que prendrait la Commission fédérale des banques, le cas échéant le Tribunal fédéral, en ce qui concerne l'absorption par la R.I. de toutes les sociétés immobilières dont elle détient la totalité des actions, cette absorption devant se réaliser dans les trois mois dès la décision définitive. Après avoir reçu un.mémoire de Sofid SA, la Commission fédérale des banques a rendu le 30 janvier 1973 un prononcé, qui a été notifié le 12 février 1973 et dont le dispositif est le suivant:

”1. Sofid SA, Genève, est tenue de faire le nécessaire pour que, conformément à son engagement du 28 septembre 1972, La Rente Immobilière fusionne au sens de l’article 748 CO avec ses sociétés filiales dans un délai de deux mois; 2. pour le cas où les fusions ne seraient pas réalisées dans le délai imparti, Sofid SA est menacée d’amendes au sens de l’article 50 chiffre 1 alinéas 6 et 8 LFP; ...”
Dans ses considérants, ce prononcé confirme et maintient l’interprétation donnée par le secrétariat à l’art. 31 al. 2 lit. b LFP.

D.- Par acte du 9 mars 1973, Sofid SA a formé un recours de droit administratif contre ce prononcé, dont elle demande l’annulation pure et simple. Le Tribunal fédéral a admis le recours, auquel la Commission fédérale des banques s’opposait.

Erwägungen

Considérant en droit:

2. Le litige porte principalement sur l’interprétation de l’art. 31 LFP, dont la teneur est la suivante: ”Les fonds de placement immobilier sont des fonds de placement dont les avoirs doivent être placés en valeurs immobilières, selon le principe de la répartition des risques. Par valeurs immobilières, la présente loi entend:
a) Les immeubles et leurs accessoires, inscrits au registre foncier au nom de la direction, avec une annotation relevant qu’ils font partie du fonds de placement; b) Les participations à des sociétés immobilières ayant la personnalité juridique ainsi que les créances contre de telles sociétés; le fonds de placement doit comprendre au moins les deux tiers du capital et des voix de ces sociétés immobilières, dont l’objet et le but exclusifs doivent être l’acquisition et la vente, ainsi que la location et le fermage de leurs immeubles. Les fonds de placement mixte sont soumis aux dispositions spéciales concernant les fonds de placement immobilier pour leurs valeurs immobilières.” De l’avis de la Commission fédérale des banques, auquel Sofid SA s’oppose, l’al. 2 lit. b de cette disposition interdirait à un fonds de placement immobilier, tel que Parfon, d’acquérir à titre de placement les actions d’une société immobilière (appelée ci après société mère) qui, comme la R.I., détiendrait la totalité ou la majorité des actions d’autres sociétés immobilières (appelées ci-après sociétés filles) propriétaires d’immeubles. La Commission

intimée déduit des termes ”leurs immeubles” (”eigene Grundstücke”) que les sociétés immobilières dominées par le fonds de placement doivent être propriétaires de leurs immeubles en nom propre, et qu’il ne suffit pas qu’elles en aient la maîtrise par le truchement d’autres sociétés. C’est là une pure question de droit, que le Tribunal fédéral revoit librement (art. 104 lit. a OJ), la loi ne réservant aucunement l’appréciation de l’administration.

3. Le Tribunal fédéral n’est évidemment pas lié par la circulaire du 17 juin 1969, à laquelle se réfère la Commission fédérale des banques. On peut du reste se demander si, sur la question en litige, cette circulaire a une valeur juridique quelconque. Adressée aux directions et aux institutions de revision des fonds de placement immobiliers et signée par le seul secrétaire de la Chambre des fonds de placement, elle avait pour objet principal de rappeler que la période transitoire (art. 53 al. 2 LFP) expirerait le 31 janvier 1970, ce qui était sans

doute de la compétence du secrétariat. Après avoir cité en substance l'art. 31 al. 2 LFP, sans le mentionner, elle ajoutait notamment: "Les actions des sociétés immobilières doivent appartenir directement au fonds de placement, et non par l'intermédiaire d'une société holding ou d'une autre société immobilière." Or, s'il était peutêtre de la compétence de l'autorité de surveillance de préciser ainsi le sens de la loi (art. 42 al. 1 LFP) - sous réserve du contrôle juridictionnel s'exerçant à l'occasion d'un cas d'espèce - il n'appartenait en tout cas pas au secrétaire de le faire, car la Commission fédérale des banques est elle-même autorité de surveillance (art. 40 al. 1 LFP et 42 de l'ordonnance d'exécution - OFP) sans qu'aucune délégation soit prévue. Le secrétariat a certes le pouvoir, en vertu de l'art. 16 al. 2 du règlement du 25 août 1967 concernant l'organisation et l'activité de la Commission fédérale des banques (ROLF 1968 p. 25), de prendre en accord avec le président les mesures d'urgence nécessaires. Mais il n'y avait manifestement aucune urgence à préciser le sens de l'art. 31 al. 2 lit. b LFP. Sur ce point, la circulaire du 17juin 1969 - qui ne fait pas état de l'accord du président - n'exprimait donc que l'opinion personnelle du secrétaire, en attirant l'attention sur l'éventualité d'une interprétation restrictive.

4. a) Selon la décision attaquée, l'art. 31 al. 2 lit. b LFP a de façon parfaitement claire le sens que lui donne la Commission fédérale des banques. Dans son avis de droit, le professeur Merz

BGE 99 Ib 306 S. 311

convient qu'une interprétation purement littérale arriverait en effet au même résultat, tout en concluant qu'il faut s'en écarter pour des motifs historiques aussi bien que téléologiques. En réalité, cette disposition n'a pas clairement le seul sens que la Commission fédérale des banques voudrait lui donner. Devant grammaticalement être rapprochés de l'acquisition, de la vente, de la location et du fermage, les mots "leurs immeubles" - "eigene Grundstücke" - pourraient signifier simplement qu'il ne doit pas s'agir de sociétés immobilières s'occupant accessoirement de courtage et de gérance pour les immeubles d'autrui. Cette interprétation rejoint l'une des préoccupations importantes du législateur et pour ce motif elle doit s'imposer. Dans son Message (FF 1965 III p. 264 ss., not. 307 en bas), le Conseil fédéral disait en effet que "la direction ne doit pas se servir des sociétés immobilières pour exercer un commerce ou une industrie pour le compte des porteurs de parts (p.ex.: commerce professionnel d'immeubles ou exploitation d'un hôtel)". Il faut du reste se montrer d'autant plus prudent, en ce qui concerne l'interprétation purement littérale, que le texte légal est défectueux en la forme: "acquisition ... de leurs immeubles", "Erwerb ... eigener Grundstücke" sont en réalité des non-sens et la terminologie juridique manque de rigueur. b) Il ressort du Message (loc. cit., p. 307) que les auteurs du projet de loi - une commission d'experts - se sont demandés si l'on ne devait pas interdire les placements en actions de sociétés immobilières, étant donné que la propriété de l'immeuble luimême crée la situation la plus simple et la plus claire. On y a renoncé cependant, pour ne pas modifier profondément la situation existante et parce qu'en Suisse romande les immeubles importants appartiennent généralement à des sociétés immobilières. On a estimé en outre que les prescriptions des art. 30 al. 2 lit. b, 31 et 33 du projet (devenus les art. 31 al. 2 lit. b, 32 et 34 de la loi, avec une adjonction pour l'art. 34), ainsi que les prescriptions sur la revision et le contrôle, assureraient toute la clarté désirable, même dans le cas où le fonds aurait en main les actions de sociétés immobilières et non les biens-fonds eux-mêmes. En revanche - et cela n'est pas contesté -, le cas de la société mère, propriétaire des actions d'une société fille, elle-même propriétaire d'immeubles, n'a jamais été évoqué au cours des travaux législatifs. Le professeur Merz en conclut que l'on a voulu admettre sans limite ce qu'il appelle la "possession indirecte

BGE 99 Ib 306 S. 312

de biens-fonds". Le rapport du secrétaire, produit avec la réponse de la Commission, expose quant à lui que l'on n'a pas abordé la question parce que le cas n'est pas usuel en Suisse. Le fait est certainement exact, mais il est alors difficile de soutenir simultanément que, par les mots "leurs immeubles", on entendait régler le problème. En réalité, il faut admettre que ce régime de propriété foncière où interviennent cumulativement deux sociétés anonymes superposées a échappé au législateur, précisément parce qu'il est très peu fréquent. Même des ouvrages récents l'ignorent (cf. par ex. SCHNELL, Rechnungslegung und Prüfung der Wertschriften- und Immobilienanlagefonds, thèse Saint-Gall 1970). Etant admis que par les mots "leurs immeubles" on a entendu viser autre chose (cf. lit. a ci-dessus), il y a silence de la loi sur la question litigieuse et ce silence n'est pas un silence qualifié. c) Dans ces conditions, il s'agit de savoir si la disposition de police en cause (art. 31 al. 2 LFP) doit être considérée comme exhaustive quant aux exigences qu'elle pose pour la participation d'un fonds de placement à une société immobilière, ou si le juge peut, sans se substituer indûment au législateur, compléter ces exigences pour que se réalise pleinement la volonté de celui-ci. On ne se trouve pas dans l'un des domaines - tels la responsabilité de l'Etat, le prélèvement de l'impôt ou les atteintes à la liberté personnelle - où, selon la jurisprudence, cela n'est pas possible (RO 94 I 309-310 consid. 3; IMBODEN, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, 3e éd., n. 241 III). Mais il y faudrait une nécessité (arrêt précité), et il y a lieu de se demander s'il en existe une ici. Par plusieurs de ses arguments, la Commission fédérale des banques semble l'admettre, tandis que le professeur Merz le conteste, relevant que le but général de la loi est de protéger les porteurs de parts et que la propriété "doublement indirecte" de certains immeubles ne compromet d'aucune manière cette protection. Ainsi que cela ressort du Message (p. 307) - et la Commission fédérale des banques y insiste -, l'une des préoccupations dominantes du législateur, en matière de placements immobiliers plus particulièrement, a été d'obtenir des situations simples et claires, afin que le porteur de parts puisse aisément se rendre compte de l'emploi qui a été fait de son argent et de la situation du fonds. Cette préoccupation s'est notamment traduite par

l'art. 34 LFP, qui exige que le rapport de gestion publié contienne des "comptes d'ensemble" (ou comptes consolidés selon l'expression utilisée par le Message et le projet de loi) et que les immeubles soient portés dans le compte de fortune pour leur prix d'achat ou de revient, la valeur vénale et la valeur d'assurance devant en outre figurer dans l'inventaire. Amsi que le relève la décision attaquée, la propriété "doublement indirecte" de certains immeubles est certes de nature à compliquer l'établissement des comptes consolidés, mais elle ne le rend pas impossible. C'est si vrai que, pour Parfon, de tels comptes ont été publiés dans le rapport de gestion pour l'exercice 1971/1972, d'entente et après quelques divergences avec la Commission fédérale des banques; on y voit apparaître les immeubles appartenant à la R.I. et ceux dont sont propriétaires les sociétés immobilières que la R.I. domine. Pour le porteur de parts, la situation semble aussi claire que s'il n'y avait pas propriété "doublement indirecte". Le souci de transparence du législateur est ainsi satisfait. Dans ces conditions, il n'y a pas de raison suffisante pour que le juge complète lui-même la loi par une exigence supplémentaire consistant à interdire en principe la propriété "doublement indirecte" de certains immeubles. Cela pourrait peut-être se justifier en droit désirable, mais ce serait alors au législateur de le prescrire lui-même. On arriverait au même résultat si l'on admettait une véritable lacune dans la loi. Dans cette hypothèse, en effet, le juge devrait poser la règle qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur (art. 1er al. 2 CC). Or, pour les motifs qu'on vient de voir, il n'est nullement certain que le législateur aurait interdit la propriété "doublement indirecte" s'il avait vu le problème. Tout en cherchant à protéger les porteurs de parts, il avait aussi le souci de ne pas restreindre inutilement la liberté d'action des fonds de placement. C'est bien pourquoi il n'a pas permis à l'autorité de surveillance de contrôler l'opportunité des décisions de la direction (art. 42 al. 2 LFP). d) La décision attaquée fait à vrai dire intervenir un motif particulier qui ne manque pas de poids. Si l'on acceptait, dit-elle, que les sociétés immobilières prennent elles-mêmes des participations dans d'autres sociétés du même type, on devrait aussi accepter que ces participations se limitent aux 2/3 du capital, dans quel cas le fonds de placement ne participerait plus que

pour 4/9 au capital du 2e échelon. Plus la chaîne serait longue, plus l'investissement du fonds de placement dans les immeubles qui sont au bout de la chaîne serait réduit. Pour empêcher une telle situation, qui serait certainement contraire au sens de la loi, il suffit cependant d'exiger que, compte tenu de la plus ou moins grande importance des participations successives, le fonds de placement soit économiquement propriétaire pour les 2/3 au moins de l'immeuble lui-même. S'il ne détient donc que les 2/3 des actions et des voix de la société mère, il faudrait que celle-ci domine à 100% les sociétés filles, ou inversement. En l'espèce, il n'y a pas de difficultés, de ce point de vue, puisque la R.I. détient toutes les actions des sociétés immobilières qu'elle domine, tout en étant elle-même à près de 95% en main de Parfon. e) Rappelant que, selon le Message, le législateur a admis la "propriété indirecte" pour tenir compte de ce qui était déjà usuel en Suisse romande, la Commission fédérale des banques pense agir dans l'esprit de la loi en ne tolérant pas la propriété doublement indirecte, vu que celle-ci n'est pas usuelle, même en Suisse romande. On ne saurait cependant retenir cet argument, car l'idée du législateur n'est déterminante que dans la mesure où elle s'est manifestée dans le texte même de la loi, ce qui n'est pas le cas sur ce point. f) La décision attaquée tire enfin argument d'une comparaison entre les art. 16 et 17 OFP, en constatant que dans le plan comptable qu'elle prescrit la seconde de ces deux dispositions prévoit pour le fonds de placement lui-même une rubrique "participation à des sociétés immobilières", alors que l'art. 16 ne le prévoit pas pour les sociétés immobilières contrôlées, ce qui signifierait selon la Commission fédérale des banques que cellesci ne peuvent pas acquérir de telles participations. Mais cela n'est pas déterminant du tout, car, comme celui de la loi, le silence de l'ordonnance d'exécution tient selon toute vraisemblance au fait que la question avait échappé. Au demeurant, les art. 16 et 17 OFP n'ont ni pour objet ni pour but de dire ce que les fonds de placement immobiliers peuvent acquérir. g) La recourante fait valoir qu'en exigeant la fusion entre la R.I. et les sociétés immobilières dominées par celle-ci, l'autorité de surveillance expose Parfon à de lourdes conséquences fiscales au détriment des porteurs de parts. Ainsi que le dit la décision

attaquée, cela ne peut jouer aucun rôle, s'il s'agit de faire respecter les exigences de la loi (RO 95 I 489 in fine). Mais si, comme en l'espèce, celle-ci doit être interprétée, des considérations de ce genre pourraient intervenir dans la recherche d'une interprétation raisonnable. Toutefois, les considérations fiscales de la recourante ne sont que très partiellement convaincantes, ainsi que le signale avec raison la Commission. Il y a aussi de sérieux inconvénients de cet ordre à laisser subsister la superposition de deux sociétés immobilières, qui entraîne trois impositions successives des rendements obtenus (RO 94 I 585; arrêt Rotstab Immobilien AG, du 10 novembre 1972). h) On aboutit ainsi à la conclusion que l'achat des actions de la R.I. par la recourante pour le compte de Parfon n'était pas contraire à l'art. 31 al. 2 lit. b LFP.