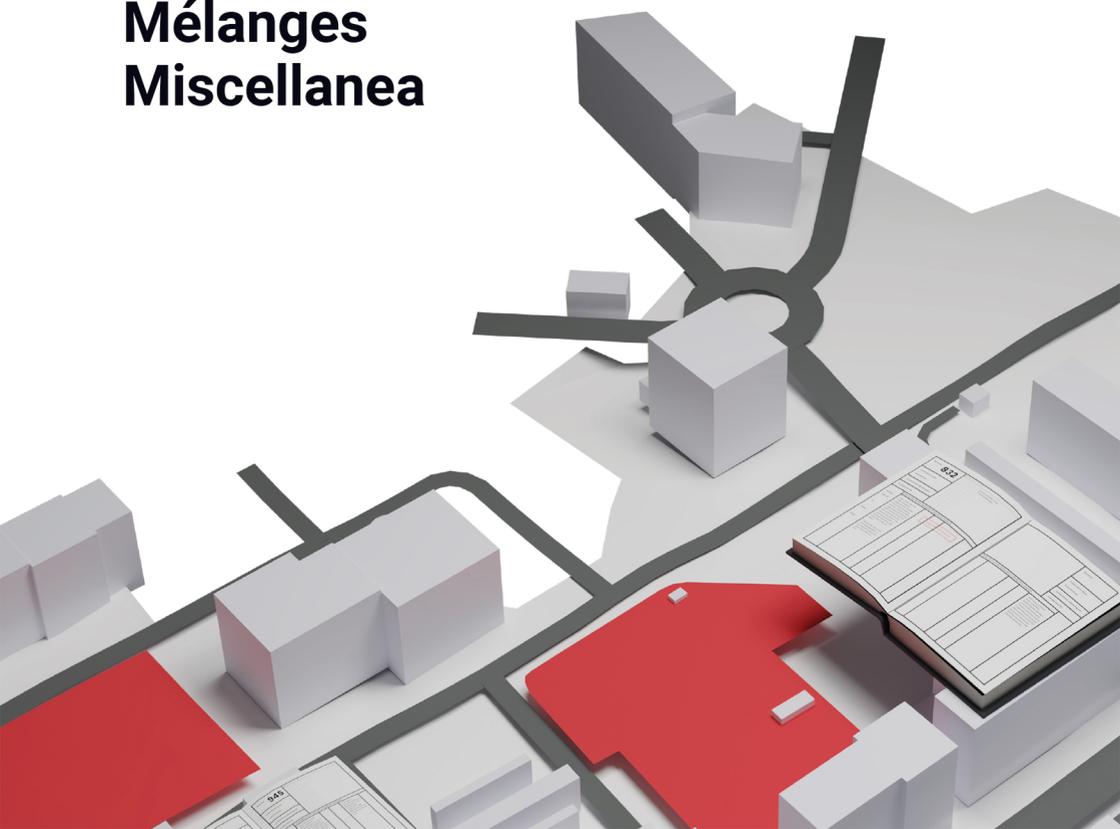




Adrian Mühlematter / Evelyne Seppey /
Philipp Adam / Andrea Gautschi

Festschrift Mélanges Miscellanea



LFAIE : Renvoi du requérant à l'autorité de première instance

Quelques « zones grises »

François Bianchi

Les conservateurs et les officiers publics se trouvent souvent saisis de doutes lorsqu'il s'agit de déterminer si un acquéreur doit être renvoyé ou non devant l'autorité de première instance. Quels constats, attestations ou preuves permettent d'éviter ce renvoi ? Les exigences sont-elles uniformes dans toute la Suisse ? Nous examinerons principalement les cas d'achat par une personne morale, l'acquisition d'un établissement stable, la situation des personnes au bénéfice d'un permis de séjour en Suisse et le financement d'une acquisition. Dans ces domaines, il existe de nombreuses « zones grises ».

Table des matières

1. Le renvoi à l'autorité de première instance	698
1.1. Le système légal.....	698
1.2. Les attestations notariées.....	700
1.2.1. La force probante.....	700
1.2.2. Contenu de la déclaration de l'officier public.....	701
1.3. Les déclarations et les preuves apportées par l'acquéreur	702
1.4. Les charges et les conditions.....	703
2. L'acquisition par une personne morale et l'acquisition de parts d'une personne morale dont le but réel est l'acquisition d'immeubles.....	705
2.1. La personne morale sujet de l'acquisition.....	705
2.2. La personne morale objet de l'acquisition	707

2.3. Les attestations notariales	709
3. Acquisition d'un établissement stable (art. 2 al. 2 litt. a LFAIE)	714
3.1. La notion d'établissement stable	714
3.2. L'acquisition d'un logement en lien avec un établissement stable	716
3.3. L'acquisition d'une surface de réserve.....	718
3.4. Terrains non construits	719
3.5. Le renvoi à l'autorité de première instance	720
4. L'acquisition par un étranger domicilié en Suisse (personne physique).....	721
4.1. La notion de domicile.....	721
4.2. Acquisition avant la prise de domicile.....	723
4.3. Changement de domicile – Droit acquis.....	723
4.4. Le renvoi à l'autorité de première instance	724
4.4.1. L'acquisition d'une résidence principale (art. 2 al. 2 litt. b LFAIE).....	724
4.4.2. L'acquisition par un ressortissant d'un pays membre de l'UE ou de l'AELE au bénéfice d'un permis B.....	726
4.4.3. L'acquisition d'une résidence secondaire par un frontalier.....	727
5. Le financement de l'acquisition.....	728
5.1. Le principe.....	728
5.2. Le financement hypothécaire – Attestations bancaires	730
6. Conclusion	732

1. Le renvoi à l'autorité de première instance

1.1. Le système légal

Après conclusion d'un acte juridique visant au transfert de propriété ou à la constitution d'un autre droit réel en faveur d'une personne à l'étranger au sens de la LFAIE, le notaire doit saisir l'autorité de première instance si « *l'assujettissement au régime de l'autorisation n'est pas d'emblée exclu* » et doit requérir une autorisation ou une décision de

non-assujettissement (art. 17 al. 1 LFAIE¹). La décision est ensuite notifiée aux parties, à la Commune du lieu de situation de l'immeuble et à l'autorité cantonale habilitée à recourir. L'Office fédéral de la justice (OFJ) dispose également d'un droit de recours.

Si le notaire n'a pas entrepris cette démarche et dépose son acte au Registre foncier, le conservateur, s'il ne peut d'emblée exclure que l'acquisition est soumise au régime de l'autorisation, impartit à l'acquéreur un délai de 30 jours pour demander une autorisation ou faire constater le non-assujettissement. L'autorité de première instance procède alors à un examen approfondi de l'assujettissement et administre les preuves (art. 18 al. 1 LFAIE).

Le conservateur du Registre foncier peut renoncer au renvoi à l'autorité si les conditions de fait auxquelles est soumis le non-assujettissement d'un acheteur à la LFAIE sont constatées par un officier public. Il s'agit d'un acte de constatation². L'art. 18 al. 1 et 3 OAIE³ réserve également l'art. 18a OAIE concernant les déclarations de l'acquéreur relatives à l'utilisation de l'immeuble (établissement stable, résidence principale et résidence secondaire) et les preuves qu'il pourrait apporter.

Le pouvoir d'examen du conservateur est limité à ce qu'il peut constater lui-même au vu des pièces et des déclarations de l'acquéreur⁴.

Il y a dès lors lieu de distinguer les attestations notariées (ci-après 2.) des attestations de l'acquéreur et des preuves qu'il peut fournir (ci-après 3.). Dans les paragraphes

¹ Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 16 décembre 1983 (LFAIE; RS 211.412.41).

² MICHEL MOOSER, *Le droit notarial en Suisse*, 2e éd., Berne 2014, n. 450 et n. 752.

³ Ordonnance sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du premier octobre 1984 (OAIE; RS 211.412.411).

⁴ Office fédéral de la Justice, *Acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger – Instructions aux offices du registre foncier* du premier juillet 2009, n. 14.3 (cité : OFJ, Instructions) ; VALÉRIE BODEVIN, *Les « hôtels » en droit public de la construction*, Lex Weber – Lex Koller – LAT, Fribourg 2021 (thèse), n. 600 ; CAMILLE JOYE-YERLY, *Le Registre foncier, Le système, les écritures au grand livre et leurs effets*, Fribourg 2018 (thèse), p. 97 ss. Sur les difficultés à évaluer si un renvoi est nécessaire voir : SIMONE ALBISETTI, *Erwerb von Grundeigentum durch Personen im Ausland*, in: Alfred Koller (édit.), *Der Grundstückskauf*, 3e éd., Berne 2017, p. 398. Il n'y a pas de recours possible contre la décision de renvoi : ATF 101 Ib 441 consid. 1b.

qui suivent, nous examinerons dans quels cas et à quelles conditions ces attestations, déclarations et preuves permettent d'éviter le renvoi à l'autorité de première instance.

Nous donnerons quelques exemples de pratiques cantonales sans en faire le tour de manière systématique ni exhaustive.

1.2. Les attestations notariées

1.2.1. La force probante

Selon l'art. 18 al. 2 OAIE, qui renvoie à l'art. 9 CC, les titres authentiques, par leur présomption d'exactitude, font foi des faits qu'ils constatent, dans la mesure où l'officier public certifie qu'il a vérifié lui-même les faits attestés et lorsque rien ne permet de mettre en doute leur exactitude. L'art. 9 CC tire sa justification de la rigueur exigée par la loi pour l'instrumentation des actes authentiques. Le fondement de cette valeur probante accrue réside dans la compétence et la conscience professionnelles des officiers publics⁵. La force probante de l'acte ne peut porter que sur des faits et non sur leur portée juridique⁶.

Ainsi, au lieu d'exiger une vérité objective, l'ordre juridique se contente d'une procédure de vérification réglementée, précisément la procédure d'authentification. L'acte authentique n'acquiert pas nécessairement une vérité objective, mais il acquiert une foi publique réglementée⁷.

L'art. 18 al. 2 OAIE donne une certaine force probante aux actes authentiques dans la procédure administrative, alors que cet effet ne saurait résulter de l'art. 9 CC⁸. Cette force probante vise aussi bien les constatations faites par l'officier public dans l'acte authentique que les constats faits personnellement par le notaire dans une déclaration séparée⁹.

⁵ PAUL-HENRI STEINAUER, Le titre préliminaire du Code civil et Droit des personnes, in: *Traité de droit privé suisse*, Bâle 2008, n. 720 ; MOOSER (nbp. 2), n. 444a.

⁶ Arrêt du Tribunal Fédéral 2C/219 2015 du 20 novembre 2015, consid. 6.3.

⁷ CHRISTIAN BRÜCKNER, *Schweizerischer Beurkundungsrecht*, Zurich 1993, n. 253.

⁸ MOOSER (nbp. 2), n. 450 ; ALEX DÉPRAZ, *La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé*, Lausanne 2002 (thèse), n. 333.

⁹ Voir STEINAUER (nbp. 5), n. 730, qui ne parle pas directement de l'art. 18 al. 2 OAIE, mais de la distinction entre l'acte authentique et le constat de l'officier public. Voir aussi : MOOSER (nbp. 2), n. 434 ss.

La force probante de cette disposition est moins grande que celle de l'art. 9 CC puisqu'un simple doute quant à l'exactitude des faits constatés suffit à renverser cette présomption¹⁰, alors que le moyen principal de mettre en échec la valeur probante accrue prévue à l'art. 9 CC est de prouver que les faits constatés dans le titre public ne sont pas exacts¹¹. En d'autres termes, un simple doute suffit à renverser la présomption d'une attestation notariée au sens de l'art. 18 al. 2 OAIE, alors que pour un acte authentique, l'inexactitude doit faire l'objet de preuves contraires. Le juge est ensuite libre de reconnaître ces autres preuves plutôt que l'acte authentique¹². Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si la dernière partie de l'art. 18 al. 2 OAIE selon laquelle la force probante est déjà supprimée s'il existe des doutes et non seulement si la preuve de l'inexactitude apportée est conforme à la loi¹³.

Ces attestations notariées doivent permettre au conservateur de lever ses doutes quant à l'assujettissement mais il conserve néanmoins tout pouvoir de renvoyer le requérant à l'autorité de première instance. Nous verrons toutefois que tous les cantons n'admettent pas qu'une attestation notariée remplace une décision de l'autorité de première instance.

1.2.2. Contenu de la déclaration de l'officier public

Le constat de l'art. 18 al. 2 OAIE devrait indiquer les méthodes de vérification utilisées. Toutefois, il ne ressort pas du texte légal que tous les documents examinés doivent être mentionnés individuellement dans l'attestation notariée¹⁴. Le cas échéant, les preuves ayant servi à la vérification peuvent être annexées au constat¹⁵.

¹⁰ MOOSER (nbp. 2), n. 450, nbp. 1643. Cf. également : ATF 113 Ib 289; JdT 1989 I, p. 319.

¹¹ STEINAUER (nbp. 5), n. 750, p. 280.

¹² MOOSER (nbp. 2), n. 447, p. 298.

¹³ Arrêt du Tribunal Fédéral 2C/219 2015 du 20 novembre 2015, consid. 6.3.

¹⁴ Confirmé dans l'arrêt précité du Tribunal Fédéral 2C/219 2015 du 20 novembre 2015, consid. 6.2.

¹⁵ URS MÜHLEBACH/HANSPETER GEISSMANN, Lex F. – Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Brugg/Baden 1986, art. 22 BewG n. 7 ; SYLVAIN MARCHAND, La procédure d'instrumentation : droits réels, in: Jürg Schmid (édit.), La procédure d'instrumentation des actes authentiques, Zurich 2007, p. 159. Cf. aussi : Circulaire numéro 3 de l'Inspectorat du registre foncier aux Conservateurs du registre foncier du 23 mai 2005, p. 6. (citée : Circulaire vaudoise).

L'officier public doit pouvoir constater lui-même les faits dont il certifie l'exactitude¹⁶. Cela signifie que la vérification faite par l'officier public ne peut pas se fonder sur des témoignages indirects, tel que par exemple celui d'un administrateur de la société acquéreuse, d'une fiduciaire ou d'un réviseur, même s'il est parfaitement compétent. Dans un tel cas, il n'y aurait même pas de constat authentique¹⁷. Les témoignages des parties n'ont pas de valeur au regard de l'art. 18 OAIE. Cela dit, dans la liste des documents qui doivent être déposés à l'étude du notaire et sur la base desquels ce dernier peut faire son attestation, certains cantons tels que Genève mentionnent tout de même des attestations faites par un actionnaire ou un administrateur¹⁸.

De plus, l'alinéa 3 de l'art. 18 OAIE exclut toute valeur probante aux « *déclarations générales qui contestent uniquement l'existence des conditions de l'assujettissement au régime de l'autorisation ou qui affirment que les conditions pour obtenir l'autorisation sont remplies* »¹⁹.

Il y a également lieu de se référer aux lois cantonales sur le notariat pour déterminer comment ce constat doit être dressé. En droit vaudois par exemple, l'art. 66 LNo²⁰ prévoit que le notaire doit indiquer dans l'acte par quel moyen il s'est assuré du fait qu'il constate (al. 1).

Les attestations notariales concernent principalement les acquisitions faites par des personnes morales. Nous les examinerons au chiffre 2 ci-après.

1.3. Les déclarations et les preuves apportées par l'acquéreur

L'art. 18a OAIE permet au Registre foncier de renoncer au renvoi de l'acquéreur devant l'autorité de première instance lorsqu'il établit certains faits ou/et fait certaines déclarations et/ou produit certains documents.

¹⁶ STEINAUER (nbp. 5), n. 746 et les auteurs et arrêts cités.

¹⁷ Voir aussi : Arrêt du Tribunal Fédéral 2C/219_2015 du 20 novembre 2015, consid. 6.4.

¹⁸ Voir Annexe 17 des attestations LFAIE téléchargeable sur le site du canton de Genève (<https://www.ge.ch/document/directives-cantonales-interpretation>), consulté le 24 juillet 2023. Voir aussi ci-après chiff. II.3.

¹⁹ Voir ATF 113 Ib 289; JdT 1989 I, p. 319.

²⁰ Loi vaudoise sur le notariat du 29 juin 2004 (LNO ; RS VD 178.11).

Le notaire peut authentifier cette déclaration mais il doit uniquement s'assurer de la réalité de cette déclaration. Il ne doit pas s'assurer de la véracité des faits sur lesquels elle repose. Dans ce cas il ne s'agit pas d'une déclaration au sens de l'art. 18 al. 2 OAIE. On pourrait néanmoins reprocher au notaire l'authentification d'une telle déclaration s'il savait ou devait savoir qu'elle n'était pas sérieuse et correcte²¹.

Dès lors, ces déclarations des parties faites devant l'officier public et relatées dans un titre authentique ne bénéficient pas de la force probante accrue de l'art. 9 CC²². Seuls les faits constatés personnellement par le notaire sont considérés comme prouvés. Il répond de leur exactitude²³.

Quant aux preuves qui doivent être apportées par l'acquéreur, elles dépendront du type d'acquisition. Nous y reviendrons.

1.4. Les charges et les conditions

Lorsqu'une autorisation ou une décision de non-assujettissement est délivrée, elle est en principe subordonnée à des conditions ou des charges destinées à assurer que l'immeuble soit affecté au but dont se prévaut l'acquéreur (art. 14 al. 1 LFAIE)²⁴. L'art. 11 al. 2 OAIE établit une liste des charges qui doivent en règle générale être imposées à l'acquéreur et mentionnées au Registre foncier.

Lorsque l'acquisition peut être réalisée sans renvoi à l'autorité de première instance, soit sur la base d'une attestation notariée, soit sur la base d'une déclaration ou de preuves apportées par l'acquéreur, le Tribunal fédéral a toujours considéré que, même en l'absence de charges explicitement prévues, l'acquéreur est durablement tenu d'affecter

²¹ STEINAUER (nbp. 5), n. 746.

²² STEINAUER (nbp. 5), n. 746 ; MOOSER (nbp. 2), n. 437 et n. 445 ; DÉPRAZ (nbp. 8), n. 339. Cf. aussi : ATF 110 II 1; JdT 1984 I, p. 465.

²³ DÉPRAZ (nbp. 8), n. 337, p. 180 et les auteurs cités ; MOOSER (nbp. 2), n. 445.

²⁴ Concernant la différence entre charges et conditions voir ATF 129 II 361, consid. 4.2. Cf. aussi : JEAN-CHRISTOPHE PERRIG, *L'acquisition d'immeubles en Suisse par des personnes à l'étranger, le cas particulier des établissements stables*, Lausanne 1990 (thèse), p. 307.

l'immeuble conformément au but ayant permis l'acquisition²⁵. Il n'est pas nécessaire qu'une mention, laquelle n'a qu'une valeur déclarative, soit inscrite au Registre foncier²⁶.

Dans les cas où l'autorité de première instance n'a pas été saisie sur la base d'une attestation notariée ou des preuves fournies et des déclarations de l'acquéreur, la charge d'affectation est dès lors implicite. L'art. 25 al. 1 LFAIE prévoit la révocation de l'autorisation si la charge n'est pas respectée. Or, à défaut d'autorisation, l'acte d'acquisition est nul (art. 26 LFAIE). On doit donc admettre que le non-respect de la charge implicite entraîne également la nullité de l'acte d'acquisition. L'art. 27 al. 1 LFAIE sanctionne cette situation par l'action en cessation de l'état illicite et le rétablissement de l'état antérieur, sous réserve des cas prévus aux alinéas 2 et 3 de cette disposition.

En matière pénale, les sanctions sont prévues à l'art. 30 LFAIE. Il est admis qu'il s'agit d'un délit continu pour lequel la prescription ne commence pas à courir tant que les agissements coupables n'ont pas cessé. Une telle infraction aurait pour effet de repousser la prescription de l'action civile (art. 27 al. 4 litt. c LFAIE)²⁷.

L'art. 25 al. 1 bis LFAIE²⁸ prévoit que *« l'assujettissement au régime de l'autorisation est constaté d'office ultérieurement lorsque l'acquéreur a fourni à l'autorité compétente, au conservateur du Registre foncier des [...] indications inexactes ou incomplètes sur des faits dont pourraient dépendre cet assujettissement »*.

Il est donc important que le notaire attire particulièrement l'attention de l'acquéreur sur la portée de ses déclarations et des preuves qu'il apporte.

²⁵ ATF 129 II 361 consid. 4.6. ; ATF 104 Ib 141 consid. 3c. ; PERRIG (nbp. 24), p. 322 ; ETIENNE TRANDAFIR, LFAIE : transformations d'immeubles commerciaux en logements, arrêt du Tribunal fédéral du 10 juillet 2020 (2C_639/2019), BR/DC 2021, p. 75 ss.

²⁶ PERRIG (nbp. 24), p. 322 ; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome I: Introduction à l'étude des droits réels, Possession et registre foncier, Dispositions générales sur la propriété, Propriété par étages, 6e éd., Berne 2019, n. 1096 ss.

²⁷ ATF 129 II 361 consid. 8 et les auteurs cités.

²⁸ Introduit en 1997, voir RO 1997, p. 2086.

2. L'acquisition par une personne morale et l'acquisition de parts d'une personne morale dont le but réel est l'acquisition d'immeubles

2.1. La personne morale sujet de l'acquisition

Toute personne morale dont les actionnaires (ou associés) sont des personnes à l'étranger, ayant son siège statutaire en Suisse ou à l'étranger, peut acquérir un bien immobilier exploité en la forme commerciale. En effet, les *établissements stables* sont exclus du champ d'application de la loi – nous y reviendrons sous chiffre 3 ci-après.

En revanche, une personne morale ayant son siège à l'étranger ne peut en aucun cas acquérir un logement ou un immeuble d'habitation comprenant des logements, même si cette société est en mains suisses (art. 5 al. 1 litt. b LFAIE). La loi parle de siège statutaire ou réel à l'étranger²⁹. Dès lors, une société avec siège à l'étranger, même dominée par des Suisses, est soumise à la procédure d'autorisation, ce qui, selon Perrig, n'est pas compatible avec le but poursuivi par la loi³⁰.

A noter que le transfert du siège à l'étranger d'une société possédant un immeuble de logements en Suisse n'est en principe pas possible. Lorsqu'une personne morale transfère son siège de Suisse à l'étranger le renvoi à l'autorité de première instance est obligatoire (art. 18 al. 2 LFAIE).

Si la personne morale a son siège en Suisse, elle ne peut acquérir des immeubles de logements que si elle n'est pas considérée comme une *personne à l'étranger*. Pour que tel

²⁹ Sur la notion de siège réel, voir MÜHLEBACH/GEISSMANN (nbp. 15), art. 5 LFAIE n. 9 ; PERRIG (nbp. 24), p. 23 ss. Sur le renvoi par le Registre du commerce à l'autorité de première instance lors de la constitution d'une nouvelle société anonyme, voir ATF 114 Ib 261. Cf. pour un cas de fusion par absorption entre deux sociétés anonymes : GIORGIO DE BIASIO/SIMONE ALBISETTI, LAFE, giurisprudenza scelta cantonale e federale (1997-2016), Lugano 2017, p. 243 s et sur le transfert de siège à l'étranger voir : SIMONE ALBISETTI/ANDREA PORRINI, Modernizzazione del Registro di commercio : evoluzione legislativa e nuove prassi, RtiD 2021, p. 455 ss et SIMONE ALBISETTI/ANDREA PORRINI, Evoluzione legislativa e modernizzazione del registro di commercio, REPRAX, 2021, p. 320 ss.

³⁰ PERRIG (nbp. 24), p. 234.

soit le cas, la loi exige que des *personnes à l'étranger* (personnes physiques) au sens de la loi³¹ n'aient pas une position dominante au sein de la société (art. 5 al. 1 litt. c LFAIE).

Une personne à l'étranger a une position dominante lorsque, en raison de l'importance de sa participation financière, de l'étendue de son droit de vote ou pour d'autres raisons, elle peut exercer, seule ou avec d'autres personnes à l'étranger, une influence prépondérante sur l'administration ou la gestion de la société (art. 6 al. 1 LFAIE)³². La loi prévoit une présomption de domination étrangère lorsque l'une des situations suivantes se présente : (1) des personnes à l'étranger possèdent plus d'un tiers du capital de la société ou disposent de plus du tiers des voix à l'assemblée générale ou constituent la majorité des membres du conseil d'administration (ou des bénéficiaires d'une fondation de droit privé) ou (2) ont prêté à la société plus de 30 % de ses fonds étrangers. Ce pourcentage est indiqué par souci de simplification³³. En réalité la loi prévoit un calcul compliqué pour déterminer si le prêteur étranger a une influence sur la société. L'art. 6 al. 2 litt. d LFAIE présume la position dominante si des personnes assujetties « *ont mis à la disposition de la personne morale des fonds remboursables dont la somme excède la moitié de la différence entre l'ensemble des actifs de la personne morale et l'ensemble des dettes contractées par celle-ci auprès de personnes non assujetties au régime de l'autorisation* ». Les fonds remboursables sont les engagements vis-à-vis des actionnaires ou associés et des tiers (emprunts hypothécaires et autres dettes) autres que les fonds propres. Les actifs sont l'ensemble des avoirs sociaux. C'est la valeur vénale qui est déterminante, ce qui signifie que les réserves latentes peuvent être prises en compte³⁴.

³¹ La société peut appartenir à des étrangers non soumis à la loi. Voir OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 32.2.

³² ETIENNE TRANDAFIR, *Lex Koller : acquisitions indirectes, SA, fonds de placement contractuel, SICAV, SCPC, fondation de placement, société immobilière, trust, Fribourg 2019* (thèse), p. 11 ss ; MÜHLEBACH/GEISSMANN (nbp. 15), art. 6 LFAIE n. 4-6 ; PERRIG (nbp. 24), p. 237 ss.

³³ Nous verrons que ce pourcentage doit figurer dans les attestations notariées, en tous les cas dans le canton de Vaud.

³⁴ TRANDAFIR (nbp. 32), n. 40, p. 21 qui donne un exemple : Actifs 300 – Fonds empruntés 200 = Capital 100. Hypothèse 1 : créanciers étrangers selon la loi : 50 cela donne $300 - 150 = 150/2 = 75$, soit créanciers étrangers de 50 inférieurs à 75. La société est présumée non assujettie. Hypothèse 2 : créanciers étrangers selon la loi : 150 cela donne $300 - 50 = 250/2 = 125$, soit créanciers étrangers de 150 supérieurs à 125. La société est présumée assujettie.

Ces présomptions ont pour portée de déterminer le moment du renversement du fardeau de la preuve. Elles sont réfragables, comme toutes les présomptions. Par exemple, la détention de plus d'un tiers du capital ne veut pas nécessairement dire que la société est dominée par des étrangers, notamment si l'actionnariat est très dispersé et qu'il existe un noyau dur suisse³⁵. Ces présomptions ne sont par ailleurs pas exhaustives. Même si aucune des hypothèses citées n'est réalisée, la domination étrangère peut résulter d'autres circonstances³⁶.

Le contrôle peut s'avérer plus difficile lorsque la société qui acquiert est elle-même détenue par une autre société ou si un créancier important est une société. Dans ces cas, le notaire qui établit son constat, dans les cantons où il est admis comme nous le verrons plus loin, devra se procurer tout document permettant de s'assurer que les sociétés actionnaires ou créancières ne sont elles-mêmes pas assujetties à la LFAIE³⁷.

Il convient de préciser que les sociétés cotées auprès d'une bourse en Suisse ne peuvent acquérir un immeuble d'habitation que si des personnes à l'étranger n'ont pas une position dominante, alors même que, comme nous le verrons, l'acquisition de parts de sociétés immobilières cotées auprès d'une bourse en Suisse n'est pas assujettie au régime de l'autorisation (art. 4 al. 1 litt. d LFAIE).

2.2. La personne morale objet de l'acquisition

Lorsqu'une personne à l'étranger souhaite acquérir une ou plusieurs actions d'une société suisse possédant un immeuble, la loi distingue les sociétés dont le but est l'acquisition d'immeubles et dont les actifs sont majoritairement composés d'immeubles (*sociétés immobilières*) des autres sociétés. La question est discutée mais il est en général admis que la société devient immobilière lorsqu'elle possède des immeubles à hauteur d'un tiers de son patrimoine³⁸. Il convient de tenir compte aussi des valeurs immobilières

³⁵ PERRIG (nbp. 24), p. 237 s ; TRANDAFIR (nbp. 32), n. 38.

³⁶ TRANDAFIR (nbp. 32), n. 24.

³⁷ Voir chiff. 3. ci-après.

³⁸ JÜRIG SCHUMACHER/JACQUES TISSOT, Acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger : FAQ à travers quelques nouveautés « Lex Koller », Icone – Institut de consultation notariale, conférence du 24 juin 2005, p. 14 ss; TRANDAFIR (nbp. 32), n. 352 ; SIMONE ALBISSETTI/RIGOZZI ROCCO, La legge sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero e la società immobiliari

indirectes telles que des actions de sociétés immobilières non cotées ou des parts de fonds immobiliers ne faisant pas l'objet d'un marché régulier³⁹.

La limite d'un tiers est indicative, la personne à l'étranger qui souhaiterait acquérir une participation d'une telle société peut prouver que la société poursuit un but commercial, en démontrant par exemple que les revenus de la société proviennent principalement d'une activité commerciale⁴⁰.

Lorsque la société vient d'être créée, le Tribunal fédéral considère qu'il faut se baser sur les statuts de la société et tenter d'établir l'intention réelle des fondateurs. Vont-ils acquérir un immeuble dans un avenir proche⁴¹ ?

Selon l'art. 4 al. 1 litt. e LFAIE, l'acquisition d'une seule action d'une société immobilière est une acquisition d'immeubles et ne peut en principe pas être autorisée (sauf si la société est cotée en bourse). Une personne à l'étranger ne peut donc pas acquérir une seule action d'une société immobilière suisse.

Cette distinction entre les sociétés immobilières et les autres sociétés n'est prévue par la loi que lorsque la société est l'*objet* de l'acquisition (achat d'actions par un étranger) mais non lorsque la société est *sujet* de l'acquisition (achat d'un immeuble par une société suisse dont certains actionnaires sont étrangers). On parle de régime asymétrique⁴². En revanche, la notion de position dominante s'applique à toute personne morale, qu'elle soit ou non considérée comme une société immobilière⁴³. Dès lors que des personnes à l'étranger ont une position dominante dans la société, cette dernière est une personne à l'étranger au sens de la loi.

miste : *hic sunt leones*, RtiD II 2018, p. 404. Cf. aussi les Directives genevoises téléchargeable sous (<https://www.ge.ch/document/directives-cantonaux-interpretation>) consulté le 24 juillet 2023, n. 3.2.2.5. et n. 3.2.3. Cf. aussi : ATF 115 Ib 102.

³⁹ TRANDAFIR (nbp. 32), n. 350 ss ; Office fédéral de la justice, Acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger – Aide-mémoire du premier juillet 2009, p. 6 (cité : OFJ, Aide-mémoire).

⁴⁰ SCHUMACHER/TISSOT (nbp. 38), p. 15 ss ; TRANDAFIR (nbp. 32), n. 354.

⁴¹ Voir ATF 114 Ib 261 consid. 3b ; ATF 109 Ib 95 consid. 4b et 4c.

⁴² Voir MÜHLEBACH/GEISSMANN (nbp. 15), art. 5 BewG n. 12 ; TRANDAFIR (nbp. 32), n. 84 ss.

⁴³ TRANDAFIR (nbp. 32), n. 87.

Cette situation est source de discussions. En effet, il paraît étrange qu'une société dont une personne à l'étranger est actionnaire avant l'achat d'un immeuble (pour autant qu'elle n'ait pas une position dominante) soit autorisée à acheter, alors que l'achat d'une seule action de cette société, après acquisition de l'immeuble (pour autant qu'elle soit qualifiée de société immobilière), ne soit plus possible. Dans un arrêt vaudois du 8 mai 2018⁴⁴, les juges ont relevé qu'une participation de 5,9 % du capital-actions ne conférait pas à l'actionnaire une position dominante au sens de l'art. 6 LFAIE et que, par conséquent, l'achat par cette société immobilière d'un immeuble n'était pas assujettie au régime de l'autorisation. Cette jurisprudence a fait l'objet de controverses⁴⁵. TRANDAFIR préconise de traiter les sociétés immobilières comme des personnes morales ordinaires. Selon lui, les règles générales sur la position dominante s'appliquent⁴⁶. Une clarification législative nous paraît souhaitable. Ce régime asymétrique est source d'incompréhension et aboutit à des résultats peu cohérents.

2.3. Les attestations notariales⁴⁷

Comme nous l'avons vu ci-dessus, pour faciliter le transfert d'un immeuble à des personnes morales et éviter un renvoi systématique à l'autorité de première instance, certains Registres fonciers se basent sur une attestation notariale. En vertu de l'art. 18 al. 3 OAIE, le notaire ne peut pas simplement attester que la société n'est pas assujettie au régime de l'autorisation ou que des personnes à l'étranger ne détiennent pas une position dominante⁴⁸.

Les documents probants sur lesquels se base en principe le notaire sont notamment les suivants : (1) un extrait récent du Registre du Commerce, (2) les derniers statuts de la société, (3) le registre des actions et des ayants droits économiques, avec mention des domiciles et nationalités ainsi que le statut au regard de la police des étrangers des

⁴⁴ Arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 8 mai 2018 : CDAP VD FO.2017.0016.

⁴⁵ ALBISETTI/RIGOZZI (nbp. 38), p. 425 s ; TRANDAFIR (nbp. 32), n. 87.

⁴⁶ TRANDAFIR (nbp. 32), n. 88.

⁴⁷ Nous ne traiterons ici que des attestations pour des sociétés anonymes ou à responsabilité limitée. Il existe également des attestations pour les sociétés cotées en bourse, les sociétés coopératives, les SICAV, les fondations.

⁴⁸ OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 32.37 et n. 37.

actionnaires, (4) le bilan et le compte de pertes et profits les plus récents possibles, (5) la liste des créanciers et (6) en cas de financement par des tiers mention également de leur domicile, leur nationalité et leur statut au regard de la police des étrangers.

Les pratiques diffèrent selon les cantons.

Dans le canton de Vaud, la Circulaire vaudoise⁴⁹ distingue les sociétés immobilières des autres sociétés : « *il y a présomption de société immobilière chaque fois que le but social n'est pas clairement industriel ou commercial [...] la moindre incertitude déclenche le renvoi à la CF II (autorité de première instance)* ». Le but est déterminant pour cette qualification. Pour les sociétés immobilières, afin d'éviter le renvoi, le notaire doit attester que des personnes non assujetties à la LFAIE détiennent la totalité du capital-actions (social) et sont créancières de fonds remboursables pour plus de 70 %. S'il s'agit d'une société dont le but réel est industriel ou commercial, le notaire doit attester que le but réel ou principal est industriel et commercial et que des personnes non assujetties détiennent plus de 70 % du capital-actions (social), déterminant plus de deux tiers des voix pouvant être exprimées à l'assemblée générale et sont créancières des fonds remboursables pour plus de 70 %. Si ces conditions sont remplies, il y a présomption que des personnes assujetties n'ont pas une position dominante et le Registre foncier ne renvoie pas le dossier à l'autorité de première instance.

Si l'on devait suivre la jurisprudence du Tribunal cantonal vaudois citée plus haut et l'avis de Trandafir, on devrait admettre que le renvoi à l'autorité de première instance n'est pas nécessaire si le notaire produit dans tous les cas la deuxième attestation, que la société soit ou non une société immobilière.

La Circulaire vaudoise n'exige pas d'indiquer les documents sur la base desquels le notaire fait son attestation. Selon l'art. 66 LNo-VD, il semble toutefois que le notaire devrait le faire.

Dans le canton de Genève, l'attestation notariée liste les documents sur la base desquels le notaire établit son constat⁵⁰. Cette liste est assez exhaustive et comprend certains

⁴⁹ Circulaire vaudoise, ch. 3.1.

⁵⁰ Annexe 17 téléchargeable sur la page suivante du canton de Genève (<https://www.ge.ch/document/directives-cantoniales-interpretation>) consulté le 24 juillet 2023.

documents complémentaires qui ne sont pas mentionnés ci-dessus mais qui permettent de s'assurer qu'il n'y a pas d'influence étrangère dans la société. Le notaire doit s'assurer que les bailleurs de fonds finançant l'opération ne sont pas des personnes à l'étranger au sens de la loi (y compris les créanciers). Les administrateurs doivent certifier agir pour leur propre compte exclusivement et non à titre fiduciaire pour des tiers⁵¹. L'attestation ne permet d'éviter le renvoi que si aucune personne à l'étranger au sens de la loi n'est actionnaire ou ne finance l'opération, que la société soit immobilière ou non.

Dans le canton de Fribourg, le notaire indique les documents sur lesquels il s'est basé. Il doit confirmer que tous les actionnaires sont suisses ou au bénéfice d'un permis B UE/AELE ou d'un permis C, qu'ils détiennent les actions pour eux-mêmes et non pour le compte de tiers (pour ce dernier point cette attestation paraît assez difficile à faire pour le notaire qui n'a pas vraiment de moyen de contrôle même s'il peut se baser de bonne foi sur le registre des ayants droits économiques), qu'aucun créancier pouvant être considéré comme ayant une position dominante dont le domicile ou le siège est à l'étranger n'existe dans les comptes de la société. Si la société qui acquiert est détenue par une autre société, les registres fonciers exigent que le notaire produise également une attestation pour cette société. Cette pratique pose des questions sensibles de confidentialité et du respect de l'anonymat de l'actionariat. Dans la mesure où le notaire atteste que la société qui acquiert n'est pas assujettie, il est de sa responsabilité de contrôler si les actionnaires et/ou les créanciers ne sont eux-mêmes pas assujettis.

Dans le canton de Neuchâtel, les attestations notariées sont également admises pour éviter l'envoi à l'autorité de première instance. Elles mentionnent les documents ayant permis au notaire de faire son constat.

Dans le canton du Jura, l'attestation exigée est beaucoup plus simple puisque c'est le représentant de la société acheteuse qui déclare qu'aucune personne soumise à la LFAIE n'occupe une position dominante dans la société et que celle-ci n'agit pas à titre fiduciaire. Le notaire confirme ensuite ces déclarations, après vérification.

⁵¹ Voir Annexe 17 (chiff. 11). Voir aussi art. 13 al. 2 de la Loi genevoise d'application de la LFAIE du 20 juin 1986 (LaLFAIE).

Dans le canton de Berne, il est prévu deux hypothèses⁵²:

(1) Si le notaire a connaissance personnelle des faits, il doit simplement attester qu'il n'existe pas de participation prépondérante des personnes à l'étranger au sens des prescriptions sur l'acquisition d'immeuble par des étrangers dans la société.

(2) Si le notaire n'a pas une connaissance personnelle des faits, il constate:

- a) qu'aucune personne à l'étranger n'est inscrite au Registre du Commerce en tant qu'administrateur de la société ;
- b) que selon confirmation écrite du Conseil d'administration ses membres exercent leurs activités d'administrateurs sans recevoir d'instruction de quiconque à l'étranger ;
- c) que selon le registre des actions de la société, il n'y pas d'actionnaires qui sont considérés comme des personnes à l'étranger ;
- d) que, selon la confirmation écrite du Conseil d'administration, tous les actionnaires ont acquis leurs actions en leur propre nom et pour leur propre compte.

Sur cette base, le notaire certifie qu'il n'existe pas de participation prépondérante dans la société par des personnes à l'étranger au sens des dispositions sur l'acquisition d'immeuble par des personnes à l'étranger. S'il y a des créanciers, le notaire doit aussi constater qu'aucune personne à l'étranger ne figure comme prêteur dans les comptes annuels du dernier exercice écoulé et que selon la déclaration de l'organe de révision de la société n'existe aucune participation prépondérante connue dans la société détenue par des personnes à l'étranger.

Dans la pratique, il semble que les Registres fonciers bernois, si l'attestation du notaire est claire, ne renvoient en principe pas le dossier à l'autorité compétente.

Dans le canton de Thurgovie, qui pratique un notariat d'Etat, le préposé au Registre foncier agit également comme officier public et c'est à lui qu'incombe la responsabilité

⁵² A noter que le Manuel concernant les relations avec les bureaux du registre foncier et la tenue du registre établi par le Bureaux du registre foncier (téléchargeable sous (<https://www.gba.dij.be.ch/fr/start/grundbuch/rechtliches/handbuchinklweisungen.html>)), n. 3.12.5.5. prévoit que : « le bureau du registre foncier peut se fonder sur une attestation du ou de la notaire (acte de constatation) aux termes de laquelle aucune personne à l'étranger n'a, en raison de l'importance de sa participation financière, une position dominante dans la société au sens de la LFAIE ». Une attestation simplifiée de ce type ne répondrait pas aux exigences de l'art. 18 al. 3 OAIE.

du renvoi ou non à l'autorité de première instance sur la base des pièces et attestations qui lui sont produites. Le renvoi est relativement rare. On trouve la même pratique dans le canton de Soleure. Les représentants de la personne morale doivent notamment confirmer que la totalité du capital-actions est détenue par des personnes non assujetties au sens de l'art. 5 LFAIE et doivent attester qu'ils n'ont pas connaissance de circonstances permettant de conclure qu'un actionnaire exerce tout ou partie de ses droits pour le compte de tiers assujettis, qu'aucune personne soumise à autorisation n'exerce une influence dominante sur la société.

A Zurich, canton qui pratique également un notariat d'Etat, si l'acquéreur d'un terrain pour la construction d'une habitation est une société immobilière, la décision est renvoyée à l'autorité de première instance, sauf exception. Les offices du notariat et du Registre foncier décident au cas par cas pour les autres acquisitions par une personne morale sur la base de différents éléments pertinents tels que but et siège de la société, actionnariat, droits de vote et financement.

Le canton du Valais n'admet en principe plus les attestations notariales. L'acquisition par une société doit systématiquement faire l'objet d'un renvoi à l'autorité de première instance. Il en va de même dans le canton des Grisons. Dans ces deux cantons, si la société a obtenu une décision de non-assujettissement dans l'année qui précède ou acquis un autre immeuble grâce à une telle décision dans le même délai, la procédure est simplifiée.

Dans le canton du Tessin, le dossier doit aussi être systématiquement renvoyé à l'autorité de première instance. A noter que cette autorité procède comme la Commission foncière du canton de Vaud en relation avec les sociétés immobilières et ne suit pas la jurisprudence du Tribunal cantonal vaudois citée ci-dessus⁵³.

L'attestation de l'officier public, pour les cantons qui l'admettent, doit en principe être complétée par une déclaration du représentant de la personne morale qu'il n'agit pas à titre fiduciaire pour une personne à l'étranger. A noter que certains cantons exigent que des attestations de tiers tels que les administrateurs, la fiduciaire de la société ou son organe de révision servent de base à l'attestation du notaire et qu'elles figurent dans cette attestation. Nous avons vu que la vérification de l'officier public ne peut

⁵³ ALBISETTI/RIGOZZI (nbp. 38), pp. 421-422 et p. 431 mentionnant les documents que doit fournir la personne morale.

en principe pas se fonder sur des témoignages indirects. Ces attestations ne peuvent dès lors être qu'un complément ou une confirmation des faits dont le notaire a pu s'assurer lui-même de la véracité. Le mentionner dans l'attestation n'affecte à notre avis pas le constat.

Il convient de rappeler ici que lors de l'examen de la position dominante, il y a lieu de tenir compte d'éventuelles détentions fiduciaires d'actions par des personnes non assujetties pour le compte de personnes à l'étranger. Une telle détention peut toutefois passer inaperçue. L'officier public qui rédige l'attestation devra être attentif à d'éventuels indices qui pourraient laisser penser à une détention fiduciaire pour un personne à l'étranger et, en cas de doute, renvoyer le requérant à l'autorité de première instance.

Lorsqu'une société nouvellement créée acquiert un immeuble, il n'est pas possible de se baser sur les derniers comptes de la société pour rédiger l'attestation notariale. Dans cette hypothèse, il conviendra de déterminer le mode de financement de l'acquisition et de rédiger l'attestation en conséquence.

Ce bref tour d'horizon de quelques cantons montre qu'il existe bien deux pratiques, non seulement liées au type notariat, d'Etat ou indépendant, mais principalement aux cantons qui admettent les attestations notariées et les cantons qui prévoient presque systématiquement le renvoi à l'autorité de première instance. Pour les cantons qui admettent les attestations notariées, les pratiques sont assez uniformes. Dès lors, les registres fonciers de ces cantons devraient admettre les attestations de notaires extérieures au canton même si la formulation de leur constat est parfois sensiblement différente.

3. Acquisition d'un établissement stable (art. 2 al. 2 litt. a LFAIE)

3.1. La notion d'établissement stable

Selon l'art. 2 al. 2 litt. a LFAIE, si l'immeuble sert d'établissement stable, l'autorisation n'est pas nécessaire. Le propriétaire ne doit pas obligatoirement exercer lui-même l'activité commerciale ou économique. L'immeuble peut être loué ou affermé et peut

dès lors être acquis comme pur placement de capitaux. L'exception est valable également pour la constitution de droits d'emption et de préemption, d'usufruit ou pour le financement d'une telle acquisition (notamment création de cédules hypothécaires)⁵⁴.

Le texte légal, mais plus précisément l'Aide-mémoire de l'OFJ, parlent d'activités commerciales et économiques, fabriques, dépôt et entrepôts, bureaux, centre commerciaux, magasins de vente, hôtels, restaurants, ateliers d'artisanat, cabinets médicaux, locaux pour l'exercice de professions libérales⁵⁵. La définition de l'établissement stable laisse toutefois, comme nous le verrons ci-après, une certaine marge d'appréciation. Il est dès lors parfois nécessaire de requérir de l'autorité de première instance une décision de non-assujettissement au régime de l'autorisation.

Le Tribunal fédéral n'a par exemple pas admis qu'un immeuble abritant en majeure partie des services administratifs étatiques soit considéré comme un établissement stable⁵⁶. Les Juges ont rappelé que le but de la disposition légale était de favoriser l'essor de nouvelles entreprises de production ou de services. Il faut qu'une activité économique soit exercée dans l'immeuble concerné, « autrement dit des activités ressortissant soit à la production industrielle, soit au commerce des produits et services, à quoi s'ajoutent l'artisanat et les professions libérales »⁵⁷. L'objectif du texte légal n'est pas de n'assujettir à autorisation que les acquisitions d'immeubles affectés au logement, sinon « *il aurait suffi de prévoir que la loi fédérale ne s'appliquait qu'à ce type d'immeubles* »⁵⁸. Le Tribunal précise toutefois qu'une activité publique qui pourrait être effectuée par une entreprise privée, tels que les services industriels d'une collectivité publique, pourrait être considérée comme une activité à caractère commercial.

⁵⁴ OFJ, Aide-Mémoire (nbp. 39), p. 5; Voir PERRIG (nbp. 24), p. 261 ss ; BODEVIN (nbp. 4), n. 22 ss.

⁵⁵ OFJ, Aide-Mémoire (nbp. 39), p. 5.

⁵⁶ Arrêt du Tribunal Fédéral 2A.428/1999 du 28 janvier 2000.

⁵⁷ Consid. 3d et les références citées.

⁵⁸ Consid. 3e.

3.2. L'acquisition d'un logement en lien avec un établissement stable

L'art. 3 OAIE précise qu'il n'y a pas établissement stable si l'immeuble est affecté à la construction ou à la location, à titre professionnel, de logements qui ne font pas partie d'un hôtel ou d'un apparthôtel. Si un immeuble est utilisé à des fins résidentielles et qu'une certaine offre de prestations hôtelières n'est pas garantie, celui-ci n'est pas considéré comme faisant partie d'un hôtel ou d'un apparthôtel⁵⁹.

Aucun motif d'autorisation ne permet de telles acquisitions de logements, sous réserve de trois exceptions⁶⁰ :

(1) Des logements peuvent être exceptionnellement acquis avec l'établissement stable lorsqu'ils sont nécessaires à l'activité de l'entreprise, pour un concierge ou technicien, si une présence permanente ou quasi permanente est indispensable à proximité de l'entreprise⁶¹. A mon sens, dans un tel cas, le conservateur du Registre foncier a une certaine compétence si l'affectation du logement est clairement établie. La jurisprudence montre toutefois que certains cas sont plus problématiques.

Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur le cas d'un investisseur étranger qui souhaitait acquérir un immeuble destiné à la construction de logements pour le personnel d'un hôtel situé dans la même commune⁶². Dans cet arrêt, les juges ont considéré que la notion d'établissement stable devait être comprise de manière restrictive, celle-ci ne visant que les immeubles qui servent directement à l'activité économique d'une entreprise ou d'une profession libérale. L'activité économique doit être exercée dans l'immeuble concerné⁶³. En l'espèce, il ne s'agissait pas d'une acquisition simultanée, mais plutôt de

⁵⁹ Sur l'art. 3 OAIE voir BODEVIN (nbp. 4), n. 243 et n. 397 ss. Cf. aussi : ATF 106 Ib 209.

⁶⁰ Concernant ces exceptions en matière hôtelière, voir BODEVIN (nbp. 4), n. 246. A noter qu'il y a encore une quatrième exception : logements à caractère social prévu à l'art. 9 al. 1 litt. a LFAIE, voir à ce sujet : TRANDAFIR (nbp. 25), p. 76.

⁶¹ OFJ, Aide Mémoire (nbp. 39), p. 5 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 2A.103/2003 du 8 juillet 2003 cons. 3.3.2.; RNR 80/1999, p. 283 ss ; SIMONE ALBISETTI/GIORGIO DE BISIO, LAFE giurisprudenza scelta cantonale e federale (1997–2016), Lugano 2017, p. 136.

⁶² ATF 147 II 281 (arrêt du Tribunal Fédéral 2C_589/2020 du 22 mars 2021).

⁶³ Arrêt du Tribunal Fédéral 2A.428/1999 du 23 juin 1999 consid. 3d.

l'acquisition isolée d'un immeuble devant servir à des fins résidentielles. Le Tribunal fédéral a rappelé qu'en pratique, sont autorisés à être acquis simultanément les logements qui sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise. Dans le cas d'espèce, même s'il s'agissait d'appartements prévus pour un personnel d'hôtel, ils devaient servir une fonction de logements et ne pouvaient donc pas constituer un établissement stable. Dans ce contexte, le Tribunal n'a pas examiné si les logements étaient nécessaires à l'exploitation. Les difficultés à trouver des logements sur le marché locatif régional n'y changent rien⁶⁴.

Dans un autre cas, une société suisse soumise à la LFAIE en raison de son actionnariat étranger au sens de la loi souhaitait agrandir un immeuble commercial dont elle était propriétaire par la création de logements afin de profiter des possibilités de surélévation du bâtiment⁶⁵. Le Tribunal fédéral a considéré que les dispositions de la LFAIE « resteraient lettre morte s'il était possible de procéder, après l'achat, à des travaux augmentant la surface habitable d'un immeuble soumis au régime de l'autorisation, sans demander au préalable une (nouvelle) autorisation. Cette solution est du reste la seule à même de garantir le respect du but principal de la LFAIE, qui est de prévenir l'emprise étrangère sur le sol suisse »⁶⁶. Le fait qu'il n'y ait aucun transfert de propriété n'y change rien. Ce qui est déterminant c'est l'augmentation de la surface habitable du bâtiment de la recourante, par l'ajout de logements, ce qui constitue justement une situation visée par la LFAIE. On ne saurait admettre que la construction de nouveaux logements sorte du champ d'application de cette loi lorsqu'elle intervient sur un bien-fonds appartenant à une personne étrangère.

(2) L'art. 2 al. 3 LFAIE permet l'acquisition *simultanée* de logements imposés par les prescriptions relatives aux quotas de logements⁶⁷. Trandafir donne l'exemple d'un pro-

⁶⁴ Le TF a notamment précisé que la nécessité de maintenir les restrictions contre les investissements étrangers dans des immeubles d'habitation a récemment été rappelé et que des assouplissements en la matière ont été refusés à maintes reprises (Message additionnel concernant l'abrogation de la LFAIE, FF 2013, p. 8135, p. 8139 ss.).

⁶⁵ Arrêt du Tribunal Fédéral 2C_639/2019 du 10 juillet 2019.

⁶⁶ Voir art. 1 LFAIE. Cf. aussi : Arrêt du Tribunal Fédéral 2C_808/2018 du 12 avril 2019 consid. 3.2.2 et les références citées.

⁶⁷ Voir ATF 147 II 281 résumé ci-après sur la notion d'acquisition simultanée. Voir aussi l'arrêt du Tribunal Fédéral 2A.103/2003 du 8 juillet 2003 où l'acquisition de logements était plus motivée

priétaire étranger souhaitant agrandir des surfaces commerciales existantes, mais se voyant dans l'obligation d'affecter une partie des surfaces supplémentaires à l'habitation en vertu de dispositions de droit public⁶⁸. L'examen d'une telle situation ne peut certainement se faire que par l'autorité de première instance. Il peut en effet être délicat de déterminer dans quelle mesure l'usage en tant qu'établissements stables prévaut celui de logements⁶⁹. La loi ne fixe pas de méthode de calcul.

(3) Des logements peuvent être exceptionnellement acquis *en même temps* que les surfaces commerciales lorsque le logement ne peut pratiquement pas être séparé de l'immeuble commercial ou qu'exiger une telle séparation serait disproportionné⁷⁰. Le conservateur ne renverra le dossier à l'autorité compétente qu'en cas de doute.

3.3. L'acquisition d'une surface de réserve

La surface de l'immeuble ne doit pas être supérieure à ce qu'exige son affectation (art. 12 litt. a LFAIE). L'acquisition et la conservation de terrain à bâtir, même en zone industrielle constitue un pur placement de capitaux prohibé (art. 12 litt. a LFAIE)⁷¹.

L'acquisition d'une surface de réserve destinée à l'extension de l'entreprise est toutefois admise si elle ne dépasse pas un tiers de la surface totale (art. 18a al. 1 litt. c OAIE). Selon l'Aide-mémoire de l'OFJ, « cela signifie qu'environ deux tiers de la surface soit déjà construite ou doit l'être à court terme, c'est-à-dire dans un délai d'à peu près une année et qu'un tiers environ puisse être conservé, non-bâti et inutilisé pour une extension à moyen terme ». Si la surface dépasse ce tiers, il conviendra en principe d'obtenir

par des commodités pratiques que par la nécessité de l'exploitation de l'établissement stable. Voir BODEVIN (nbp. 4), n. 246 sur les quotas de logements.

⁶⁸ TRANDAFIR (nbp. 25), p. 75 ss. On peut se poser dans ce cas la question de la simultanéité prévue à l'art. 2 al. 3 LFAIE. Selon TRANDAFIR (nbp. 25), p. 77, Le TF traite la transformation comme une nouvelle acquisition. Cela doit se limiter selon lui aux situations où l'acquisition initiale n'a pas fait l'objet d'une décision de non-assujettissement. Selon nous, on peut dès lors admettre cette simultanéité.

⁶⁹ Voir à ce sujet : ALBISETTI (nbp. 4), p. 382 s.

⁷⁰ Voir les exemples de OFJ, Aide-mémoire (nbp. 39), p. 5 s et OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 41.3. Cf. aussi : BODEVIN (nbp. 4), n. 246 nbp. 640.

⁷¹ OFJ, Aide-mémoire (nbp. 39), p.6 et OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 41.2.

une décision de l'autorité de première instance⁷². Dans des cas particuliers la surface de réserve pourrait être d'une demie. Par ailleurs, si ce surplus doit être utilisé pour une extension envisagée qui doit être réalisée à moyen terme⁷³, il est envisageable de procéder comme en matière de terrain non construit en zone à bâtir (voir ci-après).

3.4. Terrains non construits

En cas d'acquisition d'un terrain non construit en zone à bâtir en tant qu'établissement stable, l'acheteur doit déclarer qu'une construction y sera érigée pour l'exercice d'une activité économique (art. 18a al. 1 litt. b OAIE). Selon l'Aide-mémoire de l'OFJ, l'acheteur doit démontrer qu'il entreprendra la construction dans un délai d'une année⁷⁴.

Un terrain peut aussi servir d'établissement stable d'une autre manière, par exemple comme emplacement de stockage, de places de parc ou de chemin d'accès⁷⁵. Toujours selon l'Aide-mémoire, des parcelles comprenant des constructions vacantes, qui ne servent plus à l'exercice d'une activité économique, doivent être considérés comme des terrains non bâtis.

La Cour administrative du Tribunal cantonal du canton du Jura a récemment considéré qu'une forêt à elle seule ne peut représenter un établissement stable. Les juges laissent entendre qu'une telle affectation pourrait être admissible si la forêt servait à une activité économique ou artisanale. La simple déclaration d'intention de l'acquéreur de l'exploiter à des fins touristiques, de l'entretenir, même sous l'angle du développement durable ou écologique ne constitue pas un projet d'exploitation commerciale, faute de quoi toute forêt devrait être considérée comme un établissement stable simplement en prenant en compte son entretien normal et durable⁷⁶.

Les immeubles affectés à l'exploitation agricole ou viticole doivent être traités comme un établissement stable⁷⁷.

⁷² OFJ, Aide-mémoire (nbp. 39), p. 6.

⁷³ OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 41.2. parlent de deux ans.

⁷⁴ OFJ, Aide-mémoire (nbp. 39), p. 6.

⁷⁵ OFJ, Aide-mémoire (nbp. 39), p. 6.

⁷⁶ Arrêt du Tribunal cantonal jurassien : ADM 52/2019 du 6 février 2020.

⁷⁷ OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 41.3 ; Circulaire vaudoise, ch. 5.1. Voir aussi : DE BIASIO/ALBISETTI (nbp. 61), p. 132 et les jurisprudences citées ; ETIENNE TRANDAFIR, LDFR, LFAIE et LPE : acquisitions indirectes d'immeubles, Not@lex 2020, p. 85 ss.

3.5. Le renvoi à l'autorité de première instance

Si l'on se base sur l'art. 18a al. 1 OAIE et les instructions de l'OFJ aux offices du Registre foncier, l'acte juridique concernant un établissement stable ne fait en principe pas l'objet d'un renvoi à l'autorité de première instance uniquement sur la base de déclarations de l'acquéreur ou/et de preuves produites par l'acquéreur. Naturellement, l'art. 18 LFAIE reste applicable et le conservateur peut toujours exiger de l'acquéreur qu'il obtienne une décision de non-assujettissement de l'autorité de première instance.

Concernant un immeuble construit, l'acquéreur doit prouver qu'il sera exclusivement affecté à une activité économique (art. 18a al. 1 litt. a OAIE). Il s'agit principalement de démontrer qu'il ne comprend pas de logements⁷⁸. Il doit également prouver que deux tiers au moins de la surface totale sert à l'exercice de cette activité (art. 18a al. 1 litt. c). Pour la surface de réserve, l'acquéreur doit déclarer qu'il n'y construira pas de logements. Les moyens de preuve sont notamment la justification de l'appartenance à une zone, une attestation de la commune, la production de plans ou d'une autorisation de construire⁷⁹.

S'il s'agit d'un terrain non construit ou si la surface de réserve dépasse le tiers de la surface totale, l'acquéreur doit déclarer qu'une construction y sera érigée pour l'exercice d'une activité économique dans un délai d'une année et qu'il ne construira pas de logement. Selon nous, dans ces cas, l'acquéreur devra aussi démontrer que la zone dans laquelle se trouve l'immeuble permet la construction de bâtiments pour l'exercice de cette activité. Les instructions de l'OFJ ne listent pas l'acquisition de terrain non construit comme relevant de la compétence du Registre foncier. Dès lors, il y a lieu d'admettre que pour ce type d'acquisition, le dossier est en principe renvoyé systématiquement à l'autorité de première instance⁸⁰.

L'inscription au Registre foncier sans renvoi à l'autorité de première instance se fonde ici principalement sur des déclarations et des preuves apportées par l'acquéreur (art. 18a al. 1 OAIE)⁸¹. Une attestation ou un constat de l'officier public n'est dès lors

⁷⁸ OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 42.11.

⁷⁹ OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 42.12.

⁸⁰ OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 42.1 ss.

⁸¹ OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 42.

en principe pas nécessaire⁸². Il résulte toutefois de la pratique de certains cantons que l'attestation du notaire facilite l'inscription. Dans certains cas, le notaire constate que l'immeuble est à usage purement commercial, que l'acheteur n'effectue pas un placement de capitaux prohibé, qu'aucun logement n'est acquis ou construit en même temps et que la surface n'est pas plus grande que ne l'exige l'affectation conformément à l'art. 12 litt. b LFAIE, que le terrain acquis ne dépasse pas la surface de réserve. Le notaire peut aussi décrire l'immeuble en indiquant comment sont utilisés les locaux. Il peut se référer à un permis de construire entré en force ou tout autre document probant. Le notaire, s'il constate ces faits, doit les avoir vérifiés lui-même⁸³. Mais, compte tenu de la portée de l'attestation notariée, l'officier public devra faire preuve de prudence et soumettre le dossier à l'autorité de première instance en cas de moindre doute sur l'assujettissement.

Si l'autorité de première instance n'est pas requise de se prononcer sur le non-assujettissement, et n'a dès lors pas la possibilité d'imposer des charges qui seront mentionnées au Registre foncier, ces charges seront implicites comme nous l'avons relevé ci-dessus.

4. L'acquisition par un étranger domicilié en Suisse (personne physique)

4.1. La notion de domicile

En vertu de l'art. 2 al. 2 litt. b LFAIE, l'autorisation n'est pas nécessaire si l'immeuble sert de résidence principale à l'acquéreur, au lieu de son domicile légal et effectif. Cette règle ne concerne que les personnes à l'étranger au sens de la loi, soit les ressortissants d'états non-membres de l'Union européenne ou de l'AELE (ci-après : ressortissant d'un

⁸² A noter que, dans le canton de Berne, outre l'attestation de l'acquéreur, le notaire constate que, sur la base de l'état locatif, l'immeuble a un usage strictement commercial, que la société n'effectue pas de placement de capitaux prohibé au sens de l'art. 12 al. 1 litt. a LFAIE, qu'aucun logement n'est acquis ou construit simultanément et que la surface n'est pas supérieure à ce qu'exige son affectation, que le terrain acquis n'excède pas la surface de réserve pour une extension à moyen terme de l'entreprise.

⁸³ BODEVIN (nbp. 4), n. 603.

état tiers)⁸⁴. Elle ne concerne pas les titulaires de permis d'établissement C qui ne sont pas considérées comme des personnes à l'étranger.

Selon la définition négative de l'art. 5 al. 1 litt. a LFAIE et l'art. 2 OAIE, les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne ou de l'AELE ne sont pas considérées comme des personnes à l'étranger s'ils ont leur domicile en Suisse au sens des art. 23, 24 al. 1, 25 et 26 du Code civil (CC). Les alinéas 2 et 3 de l'art. 2 OAIE donnent des précisions sur le domicile légalement constitué⁸⁵.

Le premier cas est une exception à l'assujettissement, le deuxième résulte de la définition légale d'une personne à l'étranger mais dans les deux cas, la notion de domicile est centrale.

La notion de domicile, au sens de l'art. 23 CC, comporte deux éléments : la résidence (présence physique dans un lieu) et l'intention de s'établir (élément subjectif). Cette exigence doit impliquer la volonté manifestée de faire d'un lieu déterminé le centre de ses activités et de ses intérêts vitaux, ce que la jurisprudence résume par « centre de vie ». La volonté intime de l'intéressé n'est à elle seule pas déterminante. Elle doit être confirmée par l'intention manifestée objectivement, par des faits extérieurs à l'homme et reconnaissable pour des tiers⁸⁶. Une autorisation de séjour de la police des étrangers et une attestation de résidence communale ne sont pas suffisantes⁸⁷.

La notion de durée a une importance⁸⁸ mais cela ne suppose pas que l'étranger entende s'établir pour toujours. Le Tribunal fédéral a rappelé que « l'élément objectif n'implique pas nécessairement que le séjour ait déjà duré un certain temps ; si la condition objec-

⁸⁴ Les ressortissants britanniques au bénéfice d'un permis B délivré avant le 31 décembre 2020 ne sont pas considérés comme des personnes à l'étranger. Ceux qui ont obtenu leur permis après cette date sont considérés comme des ressortissants d'un état tiers et ne peuvent acquérir qu'une résidence principale (voir FF 2020, p. 7667).

⁸⁵ Concernant le type de permis permettant de créer un domicile, voir : OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 31.12 ; Circulaire vaudoise, Annexe 1.

⁸⁶ Voir FRANÇOIS BIANCHI, Acquisition d'un bien immobilier en Suisse par un ressortissant étranger sans activité lucrative, Not@lex 2010, p. 34 s.

⁸⁷ OFJ, Aide-mémoire (nbp. 39), p. 3 et OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 31.12. Voir notamment à ce sujet : ATF 136 II 405. Sur le domicile séparé des conjoints et d'un étudiant permis B : DE BIASIO/ALBISETTI (nbp. 61), p. 142 ss.

tive est remplie par ailleurs. Ce n'est pas la durée de séjour qui est décisive mais bien la perspective d'une telle durée ». Pour Tissot, en relation avec les accords bilatéraux, la durée du séjour constitue incontestablement un indice du domicile mais la Suisse n'a pas introduit de délai de carence dans les accords conclus et « il serait difficilement compatible avec ces accords de refuser systématiquement la reconnaissance d'un domicile à un requérant parce qu'il n'a pas encore passé un certain temps en Suisse et pourrait s'en aller avant un délai déterminé »⁸⁸.

4.2. Acquisition avant la prise de domicile

L'achat d'un terrain à bâtir par un ressortissant d'un état tiers au bénéfice d'un permis de séjour B est admissible lorsque la construction d'une résidence principale est entreprise dans un délai d'un an. Pour éviter le renvoi à l'autorité de première instance, l'acquéreur doit établir qu'il est au bénéfice d'un permis de construire entré en force, que l'immeuble est situé dans une zone permettant la construction d'une maison individuelle et que les travaux commenceront dans le délai d'une année⁸⁹.

Une telle acquisition par un ressortissant de l'UE ou de l'AELE n'est pas soumise à autorisation. Le domicile légal et effectif en Suisse est suffisant.

Si l'acquéreur étranger n'est pas encore domicilié en Suisse au moment de l'acquisition mais souhaite s'y installer une fois les travaux de construction terminés, seule l'autorité de première instance est compétente. Si elle admet une telle acquisition, elle assortira sa décision de charges permettant le respect des exigences légales⁹⁰.

4.3. Changement de domicile – Droit acquis

Lorsque l'acquéreur ressortissant d'un état tiers propriétaire d'une résidence principale change de domicile, soit pour retourner dans son pays d'origine, soit pour prendre un

⁸⁸ JACQUES TISSOT, Questions choisies en matière de LFAIE, RNRF 87/2006, p. 71.

⁸⁹ OFJ, Aide-mémoire (nbp. 39), p. 4 et OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 52.16.

⁹⁰ Obligation d'obtenir un permis permettant de prendre domicile, obligation de construire, etc. La question est toutefois discutée en doctrine. Admise par FELIX SCHÖBI, Das Bundesgesetz über den Grundstückerwerb durch Personen im Ausland, in : Alfred Koller (édit.), Der Grundstückskauf, 2e éd., Berne 2001, p. 417. Plus réservés: TISSOT (nbp. 88), p. 72 ; ALBISETTI (nbp. 4), p. 373 ss qui cite une décision tessinoise qui ne l'a pas accepté.

autre domicile en Suisse, il est admis qu'il n'est pas tenu de revendre son logement qu'il pourra utiliser pour lui-même comme résidence secondaire ou le louer à des tiers. Il peut même acquérir une nouvelle résidence principale à son nouveau domicile⁹¹. Ce nouvel achat peut en principe se faire sans renvoi à l'autorité de première instance.

Quant au propriétaire titulaire d'un permis B UE/AELE, s'il quitte la Suisse, il n'a aucune obligation d'aliéner son immeuble. Il est au bénéfice d'un droit acquis garanti notamment par l'art. 25 Annexe 1-ALCP al. 1⁹².

L'abus de droit est réservé s'il apparaît que l'acquéreur n'avait pas, dès le début, l'intention d'habiter personnellement le logement à long terme⁹³. Les sanctions de l'art. 27 LFAIE sont applicables dans de tels cas.

4.4. Le renvoi à l'autorité de première instance

4.4.1. L'acquisition d'une résidence principale (art. 2 al. 2 litt. b LFAIE)

Il convient tout d'abord de rappeler que l'achat d'une résidence principale par un ressortissant d'un état tiers au bénéfice d'un permis de séjour B ne peut se faire qu'en nom propre (art. 8 OAIE). Même si l'acquéreur est seul actionnaire et seul bailleur de fonds d'une société dont le siège est en Suisse, il ne peut en aucun cas faire cet achat au nom de cette société. Cette limite ne concerne pas les ressortissants des états de l'UE ou de l'AELE.

Selon l'art. 18a al. 2 litt. b OAIE, le Registre foncier renonce au renvoi à l'autorité de première instance si la surface de l'immeuble ne dépasse pas 3000 mètres carrés et moyennant production par l'acquéreur d'une autorisation valable de séjour permettant de créer un domicile (permis B) ou un autre droit (art. 5 al. 3 OAIE). Le Registre foncier

⁹¹ OFJ, Aide-Mémoire (nbp. 39), p. 4.

⁹² Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681); BIANCHI, Not@lex, 2010, p. 32.

⁹³ SIMONE ALBISETTI, *Facta lex inventa fraus* : la raffinatezza della frode alla lege, RtiD I 2018, p. 383.

peut émettre des doutes et exiger des pièces telles qu'une attestation de la commune, une description de l'immeuble, les plans ou autres preuves⁹⁴.

Au-delà de 3000 mètres carrés, la question de savoir s'il s'agit d'un placement de capitaux est de la compétence de l'autorité de première instance. Le conservateur du Registre foncier a toutefois la faculté de ne pas renvoyer le dossier à l'autorité de première instance s'il apparaît d'emblée qu'un morcellement serait inopportun ou si l'acquéreur établit son besoin d'un surplus de surface (écuries, places de stationnement, piscine)⁹⁵. En pratique, en tous les cas dans le canton de Vaud, le Conservateur renverra en principe systématiquement le requérant à l'autorité de première instance si la surface est supérieure à 3000 mètres carrés⁹⁶.

La surface de plancher habitable n'est pas limitée comme en matière d'acquisition d'une résidence secondaire ou d'un logement de vacances (art. 10 OAIE), mais il doit s'agir d'une entité unique de logement⁹⁷. L'acquéreur doit en outre déclarer par écrit qu'il utilisera l'immeuble comme résidence principale exclusivement pour lui-même et sa famille, qu'il ne le louera pas, même partiellement, et n'y créera pas d'autres logements⁹⁸. Comme en matière d'établissement stable, il faut admettre que l'acquisition est subordonnée à des charges implicites.

En Valais, en cas de doutes du Registre foncier, le Conservateur doit en principe renvoyer le dossier à l'autorité de première instance. A Zurich, une déclaration est exigée ainsi que des informations prouvant le domicile telles que durée de l'activité professionnelle ininterrompue en Suisse avec indication de l'employeur, durée de location d'un logement en Suisse à usage personnel, véhicule immatriculé, enfants scolarisés en Suisse.

⁹⁴ OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 52.12.

⁹⁵ OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 52.15.

⁹⁶ L'autorité pourra autoriser un dépassement de la surface sur la base de motifs tant objectifs que subjectifs telles que la situation et la configuration de la parcelle qui la rendent pratiquement inapte à une utilisation économique, impossibilité de morceler le terrain, difficulté d'accès, ainsi que l'absence d'indice de volonté de placement de capital en Suisse etc. Voir notamment l'arrêt du Tribunal Fédéral 2A.84/2003 du 23 juin 2003.

⁹⁷ OFJ, Aide-Mémoire (nbp. 39), p. 4.

⁹⁸ OFJ, Aide-Mémoire (nbp. 39), p. 4 et OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 52.15.

Lors de l'acquisition d'un terrain à bâtir, il n'y a pas de renvoi à l'autorité de première instance pour autant que l'acquéreur démontre au moyen d'une autorisation de construire passée en force que l'immeuble est situé dans une zone permettant la construction d'une maison individuelle et s'il déclare par écrit (outre les autres déclarations) qu'il débutera la construction dans un délai d'une année⁹⁹.

4.4.2. L'acquisition par un ressortissant d'un pays membre de l'UE ou de l'AELE au bénéfice d'un permis B

Les ressortissants d'un pays membre de l'UE ou de l'AELE au bénéfice d'un permis B ne sont pas assujettis au régime de l'autorisation. Le notaire ne fait pas d'attestation mais doit s'assurer que l'acheteur est bien titulaire du permis de séjour B.

Dans le canton de Vaud, une déclaration de l'acheteur selon laquelle qu'il s'est constitué en Suisse un domicile légal et effectif et qu'il y a transféré le centre de ses intérêts et de ses activités doit figurer dans l'acte ou dans un document annexe. Par ailleurs, le notaire doit le rendre attentif à la notion de domicile en droit suisse et aux conséquences civiles et pénales en cas de déclaration inexacte. Dans tous les cas, le notaire devra s'assurer que l'acquéreur est titulaire d'un permis le dispensant du régime de l'autorisation et son attestation dans l'acte fera foi.

A Genève, l'acquéreur doit en plus attester qu'il n'agit pas à titre fiduciaire, d'ordre et pour le compte de personnes à l'étranger. En cas d'acte notarié, les déclarations figureront dans l'acte¹⁰⁰.

En Valais, l'inscription peut avoir lieu sans renvoi à l'autorité de première instance moyennant production d'une déclaration du service des contributions selon laquelle l'acquéreur est assujéti de manière illimitée en Suisse et qu'il y a son domicile fiscal principal (rattachement personnel) et une déclaration sur l'honneur par laquelle l'acquéreur atteste être domicilié en Suisse.

⁹⁹ OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 52.16.

¹⁰⁰ Voir Annexe 24 des attestations LFAIE téléchargeable sur le site du canton de Genève (<https://www.ge.ch/document/directives-cantoniales-interpretation>) consulté le 24 juillet 2023.

A Fribourg, le notaire, sur la base d'une attestation de l'acquéreur et d'au moins trois documents probants, atteste du domicile et du non-assujettissement de l'acquéreur au régime de l'autorisation.

Dans les autres cantons romands, dans les cantons de Berne et Thurgovie par exemple, les déclarations exigées de l'acquéreur sont proches de celles du canton de Vaud.

Dans le canton du Tessin, les documents suivants doivent être soumis au conservateur : déclaration de domicile effectif en Suisse, permis de séjour B de l'UE/AELE, certificat de l'Office du contrôle des habitants attestant de la résidence en Suisse, certificat du bureau des impôts attestant de l'assujettissement illimité à l'impôt, document prouvant le départ de l'étranger, documents relatifs à l'affiliation à la caisse d'assurance maladie suisse, contrat de location du lieu de résidence actuel en Suisse, contrat de travail en Suisse. Les mêmes documents sont en principe exigés du conjoint de l'acquéreur même s'il n'achète pas le bien immobilier. Pour les enfants mineurs de l'acquéreur : permis de séjour B de l'UE/AELE, preuve de scolarisation en Suisse¹⁰¹.

La pratique du canton des Grisons semble plus stricte dans la mesure où un renvoi à l'autorité de première instance ne peut être évitée que si l'acquéreur est arrivé il y a plus d'un an et a annoncé son départ à son lieu d'origine ou a déjà fait l'objet d'un contrôle (par ex. il est déjà propriétaire d'une résidence principale ailleurs) ou s'il est connu du Conservateur du registre foncier ou exerce, de manière avérée, une activité qui requiert sa présence permanente (hôtelier local, directeur d'hôpital, curé de village etc.) ou encore si l'acquéreur peut prouver qu'il dispose d'un contrat de travail à durée indéterminée ou à long terme à 100 % ou s'il s'agit d'une famille avec des enfants mineurs, l'acquéreur doit apporter la preuve de la scolarisation des enfants dans l'école du lieu de résidence¹⁰².

4.4.3. L'acquisition d'une résidence secondaire par un frontalier

L'acquisition d'une résidence secondaire par un frontalier dans la région de son lieu de travail représente une exception à l'assujettissement en vertu de l'art. 7 al. 1 litt. j LFAIE.

¹⁰¹ Voir notamment les différents formulaires mis en place dans le canton du Tessin (<https://www4.ti.ch/di/dg/sr/sportello/formulari-lafe/>) consulté le 24 juillet 2023.

¹⁰² Voir notamment les formulaires établis aux Grisons (<https://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/dvs/giha/lexkoller/Seiten/Formulare-Lex.aspx>) consulté le 24 juillet 2023.

Rappelons que le Tribunal fédéral a interprété largement la notion de frontalier. Il a admis qu'un ressortissant britannique travaillant à Verbier pour sa propre société qu'il venait de constituer soit considéré comme un frontalier (un *pendulaire international*)¹⁰³.

En vertu de l'art. 18a al. 3 litt. a OAIE, une telle acquisition n'est pas soumise à l'autorité de première instance si l'acquéreur produit une autorisation frontalière UE/AELE valable¹⁰⁴, déclare par écrit qu'il acquiert l'immeuble comme résidence secondaire et si la surface de l'immeuble ne dépasse pas 1000 mètres carrés. L'immeuble ne devra également comprendre qu'un seul logement et l'acquéreur devra déclarer, comme pour une acquisition de résidence principale par un ressortissant d'un état tiers, qu'il utilisera le logement pour lui-même et qu'il ne le louera pas.

Selon les Instructions de l'OFJ¹⁰⁵, le principe reste néanmoins pour ce type d'acquisition le renvoi à l'autorité de première instance.

5. Le financement de l'acquisition

5.1. Le principe

La notion d'*acquisition d'immeubles* (art. 4 LFAIE) recouvre également d'autres droits qui confèrent à leur titulaire une position analogue à celle du propriétaire d'un immeuble (litt. g)¹⁰⁶. La notion d'acquisition de tels droits englobe tous les actes juridiques qui confèrent à leur titulaire une maîtrise de fait sur un immeuble. L'aspect économique est déterminant et les divers accords forment un tout qu'il convient d'apprécier en se fondant sur les faits et non sur la volonté des parties¹⁰⁷. Selon l'art. 2 al. 2 litt. b OAIE, un créancier peut se trouver dans une position analogue à celle du propriétaire (et débiteur) lorsque ce propriétaire est placé vis-à-vis du créancier dans un *rapport de*

¹⁰³ ATF 135 II 128. Cf aussi : commentaire de ALBISETTI (nbp. 93), p. 386.

¹⁰⁴ Également admis pour les ressortissants britanniques au bénéfice d'un permis B délivré avant le 31 décembre 2020 (FF 2020, p. 7667).

¹⁰⁵ OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 68.

¹⁰⁶ Nous parlerons dans cette contribution d'« *autres droits analogues* ».

¹⁰⁷ Notamment, sous l'empire de l'AFAIE : ATF 105 Ib 323.

*dépendance*¹⁰⁸ en raison des accords intervenus, du montant des crédits octroyés ou de sa situation financière (ces conditions étant alternatives et non cumulatives)¹⁰⁹. Cette disposition vise à éviter que le créancier puisse se comporter comme le propriétaire du fonds, profitant de la faiblesse économique du propriétaire et débiteur ou, plus directement, de la dépendance économique de celui-ci à son égard¹¹⁰.

Dans la présente contribution, nous n'analyserons que la situation du créancier hypothécaire, soit les conditions d'inscription au Registre foncier d'un gage immobilier en sa faveur sans renvoi à l'autorité de première instance. Nous n'examinerons pas la situation de la personne à l'étranger qui prête à l'acquéreur un montant sans garantie hypothécaire ni celle de la personne qui acquiert un immeuble pour le compte de personnes à l'étranger (art. 5 al. 1 litt. d LFAIE). La distinction entre les situations visées par l'art. 1 al. 2 litt. b OAIIE et celles de l'art. 5 al. 1 litt. d LFAIE n'est d'ailleurs pas toujours facile à faire¹¹¹.

Nous n'approfondirons pas non plus la question délicate d'éventuelles sûretés accordées par un tiers considéré comme un étranger au sens de la loi. Il peut s'agir du conjoint du débiteur acquéreur, si par exemple l'acquéreur est suisse et son conjoint étranger, ou d'un ami étranger qui se porte caution ou codébiteur du débiteur acquéreur. Suivant le type de sûretés, l'opération pourrait être soumise à la LFAIE si elles engendrent un rapport de dépendance effectif entre les parties¹¹². Le Registre foncier ne disposera certainement pas des informations lui permettant de réaliser que de telles sûretés existent. Quant au notaire, s'il a connaissance d'une telle situation il devra être prudent et, cas échéant, saisir l'autorité de première instance.

¹⁰⁸ Sur cette notion FRANÇOIS BIANCHI/SARAH GROS, Financement d'un bien immobilier par une personne à l'étranger : Quelques réflexions – confusions ? – autour d'un arrêt récent du Tribunal fédéral, Not@lex 2017, p. 62 ss.

¹⁰⁹ Cf. MÜHLEBACH/GEISSMANN (nbp. 15), art. 4 LFAIE n. 72.

¹¹⁰ BIANCHI/GROS (nbp. 108), p. 61. Voir aussi : Arrêt du Tribunal Fédéral 2C_118/2009 du 15 septembre 2009 consid. 4.1 ; ATF 107 Ib 12, consid. 4.

¹¹¹ Voir à ce sujet BIANCHI/GROS (nbp. 108), p. 67 ss.

¹¹² Sur cette question, voir FRÉDÉRIC BÉTRISEY/CHARLES GSCHWIND, LFAIE et crédits hypothécaires Conséquences insoupçonnées d'une norme de lutte contre la spéculation immobilière: GesKR 2020, p. 129 ; BIANCHI/GROS (nbp. 108), p. 64. Cf. aussi : Arrêt du Tribunal Fédéral 2C/219 2015 du 20 novembre 2015, consid. 7.5.1.

5.2. Le financement hypothécaire – Attestations bancaires

Un prêt hypothécaire à une personne non soumise à la LFAIE par une personne soumise à la LFAIE peut être accordé par une banque ou une assurance étrangère autorisée à pratiquer en Suisse ou non, par une banque ou par un privé considéré comme une personne à l'étranger au sens de la loi.

Selon les instructions de l'OFJ¹¹³, lorsque le crédit hypothécaire est octroyé par une banque ou une assurance étrangère¹¹⁴, le Registre foncier peut procéder à l'inscription du gage si le crédit est inférieur à 80 %¹¹⁵.

Si le crédit est supérieur à la limite de 80 %, l'office du Registre foncier devrait en principe (aussi) procéder directement à l'inscription de l'acquisition et à la constitution des droits de gage en faveur de la banque ou de l'assurance étrangère (ou dominée par des personnes à l'étranger), pour autant que la banque atteste par écrit qu'elle « *accorde le prêt en son nom propre et pour son propre compte, qu'elle n'agit pas à titre fiduciaire pour une personne à l'étranger et qu'elle n'a pas reçu, ni ne doit encore recevoir, de sûretés réelles ou personnelles de la part de personnes à l'étranger* »¹¹⁶.

L'OFJ ne fait pas de distinction entre les banques ou assurances étrangères autorisées à pratiquer en Suisse et celles qui ne le sont pas. Cette distinction est néanmoins très importante en cas de défaut de paiement du débiteur. L'art. 8 al. 1 litt d. LFAIE prévoit en effet qu'une acquisition peut être autorisée lorsque l'immeuble doit être affecté à

¹¹³ OFJ, Instructions (nbp. 4), n. 77.

¹¹⁴ Voir la liste des représentations autorisées de banques et négociants étrangers sur le site de la FINMA (<https://www.finma.ch/fr/finma-public/etablissements-personnes-et-produits-autorises/>) consulté le 24 juillet 2023.

¹¹⁵ Cf. notamment TISSOT (nbp. 88), p. 79 et SCHUMACHER/TISSOT (nbp. 38), p. 29, qui le préconisent pour les personnes à l'étranger (famille, particulier ou banque non autorisée en Suisse) dès que le seuil de 80 % est dépassé et relève qu'il n'y a pas d'objection à une pratique plus prudente.

¹¹⁶ L'Association suisse des banquiers avait mis à disposition de ses membres, par circulaire no 6355 du 11 mars 1986, une formule-type pour ce type d'attestation ; si cette formule n'est bien sûr pas obligatoire, une attestation individuelle pourrait en reprendre le contenu. Cf. aussi TISSOT, RNRF 2006, p. 79. En Valais, un formulaire de ce type nommé « attestation bancaire » est disponible sur le site cantonal (https://www.vs.ch/web/srfg/acquisition_etrangers). On trouve la même attestation à Genève, Annexe 22.

la couverture de créances garanties par gage de banques ou d'assurances étrangères *autorisées à pratiquer en Suisse*, lors d'exécution forcée.

La limite de 80 % peut être dépassée dans la mesure où il n'y a pas de rapport de dépendance, à plus forte raison si la situation du débiteur est « *solide* » (ce qui est aussi présumé lorsqu'une banque prête au-delà de 80 %) ¹¹⁷.

Il est tout de même important de garder à l'idée qu'un prêt inférieur à 80 % de la valeur de l'immeuble pourrait s'avérer problématique, si comme nous l'avons relevé ci-dessus, un rapport de dépendance est avéré entre les parties ou si une banque suisse ne l'aurait pas accordé dans des conditions similaires ¹¹⁸. Schumacher/Tissot préconisent un renvoi à l'autorité de première instance dès que le seuil de 80 % est dépassé mais relèvent qu'il n'y a pas d'objection à une pratique plus prudente ¹¹⁹. L'ANV dans ses communications du 30 mars 2017 précise ainsi que si les droits de gage immobilier excèdent le 80 % de la valeur vénale, l'autorité de première instance doit dans tous les cas être saisie ¹²⁰.

L'OFJ ne donne pas de directives pour les cas où une personne privée étrangère (famille ou particulier) accorde le prêt. Dans ces hypothèses, en cas de doute seul un renvoi à l'autorité de première instance permettra l'inscription du gage immobilier.

Selon les directives genevoises, c'est la valeur du gage telle qu'elle figure sur la cédule hypothécaire qui sera prise en compte pour déterminer si le seuil critique de 80 % est atteint et ceci même si le montant du prêt est en réalité inférieur. Elles prévoient également que, « *pour le calcul du pourcentage maximum autorisé, il est tenu compte des éventuels gages de rang inférieur* » ¹²¹. La question d'un financement par plusieurs créanciers disposant de garanties en rangs différents globalement supérieures à 80 % est particulièrement délicate. Pour Bétrisey, si, examiné individuellement, aucun créancier

¹¹⁷ Selon la direction du Registre foncier du Canton de Vaud, UBS, Crédit Suisse, les banques cantonales et les Banques Raiffeisen ne sont pas visées.

¹¹⁸ BÉTRISEY/GSCHWIND (nbp. 112), p. 129. Cf. aussi : ATF 107 Ib 12 consid. 4.

¹¹⁹ TISSOT (nbp. 88), p. 79.

¹²⁰ Voir les communications de l'Association des notaires vaudois (ANV) du 30 mars 2017 p. 14 ss.

¹²¹ Cf. aux directives genevoises d'interprétation concernant la LFAIE (2021) (<https://www.ge.ch/document/directives-cantonales-interpretation>), chap. 3.2.9.1, p. 18 s. Voir aussi les annexes 22 et 23. Il en va de même dans le canton de Vaud.

ne se trouve dans une position de force excessive envers le débiteur et que les créanciers sont indépendants les uns des autres (ainsi que du débiteur), l'opération n'est pas nécessairement soumise à la LFAIE¹²². Dans ces hypothèses, un renvoi à l'autorité de première instance est indispensable.

Le seuil limite de 80 % se réfère à la valeur vénale du bien immobilier¹²³. S'il est facile de déterminer cette valeur lors de l'acquisition, il est plus difficile de le faire lors de la création d'un nouveau titre hypothécaire, alors que la valeur de l'immeuble n'est pas nécessairement connue. Une investigation plus approfondie peut alors s'avérer nécessaire (demande d'une expertise, évaluation faite par la banque, montant des travaux qui doivent être entrepris).

6. Conclusion

Ce tour d'horizon démontre une fois de plus les difficultés auxquelles les conservateurs et les officiers publics sont confrontés dans l'application de la LFAIE. Il en ressort une certaine frustration de ne pas pouvoir établir des lignes claires permettant de savoir avec certitude, dans chaque situation, si l'acquéreur doit ou non être renvoyé à l'autorité de première instance. Ces doutes seront plus fréquents dans les cas d'acquisitions par une personne morale. Certains cantons ont résolu la question en exigeant systématiquement le renvoi. C'est une solution « confortable » pour le praticien mais elle représente néanmoins un frein à la bonne exécution des transactions. La souplesse accordée par d'autres cantons permet de faciliter la transaction lorsque la société n'est clairement pas dominée par des personnes à l'étranger. Les acquisitions d'établissements stables ne posent pas de problèmes particuliers. Certaines situations sont limites mais la marge de manœuvre des Registres fonciers est plus grande. Quant à l'achat par des personnes au bénéfice d'un permis de séjour, elle demande quelques contrôles afin de s'assurer de la réalité du domicile et de prévenir les fraudes à la loi mais la réalisation de la transaction se fonde principalement sur les attestations de l'acquéreur. On voit

¹²² BETRISEY/GSCHWIND (nbp. 112), p. 128 s.

¹²³ Cf. aussi sur cette notion : MARC BERNHEIM, *Die Finanzierung von Grundstückkäufen durch Personen im Ausland*, Zurich 1993, p. 109 ss et p. 117 s BETRISEY/GSCHWIND (nbp. 112), p. 128. Cf. également : Communication de l'ANV du 30 mars 2017.

là aussi que certains cantons sont plus stricts. Enfin, le financement de l'acquisition peut s'avérer problématique. Dans ce domaine, les critères permettant de savoir si l'on se trouve dans une situation conférant au créancier une position analogue à celle d'un propriétaire sont toutefois assez clairs¹²⁴.

¹²⁴ Je remercie vivement : Me Simone Albisetti, Capo Sezione dei registri presso Repubblica e Cantone Ticino, à qui je dois toutes les informations sur les pratiques des registres fonciers du Tessin et de plusieurs cantons suisses alémaniques ainsi que toutes les personnes qu'il a contactées et qui ont eu la gentillesse de répondre ; Me Dominic Staible du Notariatinspektorat des Kantons Zürich ; mes confrères notaires membres du réseau Uninot Me Béatrice Masson Giroud à Martigny (ainsi que M. François Chastonay juriste au SJRF qui a eu la gentillesse de lui donner des informations complémentaires), Me Vanessa Chieppa au Locle, Me Raphaëlle Giroud à Fribourg, Me Etienne Jeandin à Genève, Me Vincent Cattin à Saignelégier et Me Olivier Reinhardt à Berne qui m'ont donné des informations sur les pratiques de leurs cantons respectifs ; mon associée Me Sarah Gros pour son aide aux recherches et à la rédaction ainsi que ses nombreuses relectures.

