

# **BGE 114 IB 261 vom 16. Dezember 1988**

Bundesgericht (BGE), 1988-12-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_114 IB 261](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_114_IB_261)

FR: BGE 114 IB 261 du 16 décembre 1988

IT: BGE 114 IB 261 del 16 dicembre 1988

## **Regeste**

Regeste Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland. 1. Gemäss Art. 18 Abs. 1 und 2 BewG ("Lex Friedrich") darf der Handelsregisterführer die Eintragung einer Gesellschaft nur vornehmen, wenn die Bewilligungspflicht ohne weiteres ausgeschlossen ist (E. 2). In allen übrigen Fällen muss der Handelsregisterführer die Erwerber an die erstinstanzliche Bewilligungsbehörde verweisen, die allein für den Entscheid über die Bewilligungspflicht oder gegebenenfalls für die Bewilligung zuständig ist (E. 3). 2. Fehlt es an einem Ort des Grundstücks im Sinne von Art. 15 Abs. 2 BewG, so ist die zuständige Behörde diejenige des Ortes, wo die Gesellschaft ihren Sitz hat (E. 4).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) L'autorité cantonale de recours compétente pour se prononcer sur la décision d'écartier une réquisition prise par le préposé au registre du commerce ( art. 18 al. 3 LFAIE ) est, dans le canton de Genève, le Tribunal administratif (art. 10 de la loi genevoise du 20 juin 1986 d'application de la LFAIE, entrée en vigueur le 2 mars 1986; ancien art. 13 du règlement provisoire d'application de la LFAIE). Formé en temps utile contre la décision rendue par cette autorité et fondée sur des normes de droit BGE 114 Ib 261 S. 264 public fédéral ( art. 5 PA ), le présent recours est recevable au regard des dispositions générales des art. 97 ss OJ , comme aussi en vertu des dispositions particulières de l' art. 21 al. 1 lettre a et al. 2 LFAIE .

### **E. 2**

Les recourants prétendent qu'en leur qualité de fondateurs, ils avaient le droit d'obtenir l'inscription de la société au registre du commerce ( art. 640 et 641 CO ) et que l'application des art. 4 lettre e et 18 al. 2 LFAIE constituent, dans leur cas, une violation du droit fédéral. En principe, les recourants ont raison de dire que, dans le système du droit suisse des sociétés, le préposé au registre du commerce n'a qu'un pouvoir de contrôle limité et ne peut refuser l'inscription d'une société anonyme qu'en cas de violation manifeste d'une disposition impérative de la loi, soit, en l'occurrence, d'une disposition du code des obligations sur les sociétés anonymes et sur le registre du commerce. Ils oublient toutefois que, dans le domaine de l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, le législateur a fixé de manière précise la procédure d'inscription des sociétés soumises au régime de l'autorisation. En effet, l'obligation de contrôle du préposé au registre du commerce lors des fondations et des augmentations de capital de sociétés immobilières a été introduite par l'arrêté fédéral sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger du 21 mars 1973, en complément des art. 936 ss CO et 21 de l'ordonnance sur le registre du commerce (voir Message du Conseil fédéral du 25 octobre 1972 ad art. 12 du projet; FF 1972 II p. 1260/1261). Le renvoi du requérant devant l'autorité de première instance était alors prévu lorsque le préposé ne pouvait exclure avec certitude

l'assujettissement au régime de l'autorisation (art. 21 al. 3 aAFAIE: RO 1974 p. 90; art. 22 al. 2 aOAIE : RO 1974 p. 104). Cette obligation de contrôle a été reprise dans la nouvelle loi. à l' art. 18 LFAIE (voir Message du Conseil fédéral du 16 septembre 1981 ad art. 15 du projet; FF 1981 III p. 602). Lors de la procédure d'inscription d'une société immobilière au registre du commerce les règles prescrites à l' art. 18 LFAIE s'ajoutent ainsi aux obligations de contrôle auxquelles le préposé doit satisfaire en vertu de l' art. 940 CO . Partant, celui-ci ne peut procéder à l'inscription d'une société que si, d'emblée, l'assujettissement au régime de l'autorisation est exclu; en revanche, dès qu'il a un doute, le préposé a l'obligation de BGE 114 Ib 261 S. 265 suspendre la procédure d'inscription afin de permettre aux requérants de demander, dans le délai de 30 jours, à l'autorité de première instance - compétente en matière d'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger - soit la constatation du non-assujettissement, soit l'autorisation; lorsque cette demande n'est pas faite dans le délai, le préposé a alors l'obligation de refuser l'inscription. Dans le cas particulier, comme les requérants ne se sont pas adressés en temps utile au Département cantonal de l'économie publique, cela signifie que la question posée au Tribunal fédéral n'est pas de savoir si les conditions d'assujettissement sont ou non remplies, mais bien de savoir si, d'emblée, l'assujettissement est exclu.

### **E. 3**

a) En l'espèce, les recourants ne contestent pas qu'ils agissent à titre fiduciaire, ainsi que le prévoit l'acte authentique du 8 avril 1986. Ils ne démontrent pas davantage que Mme F., Allemande d'origine détenant la moitié des actions de la société, serait titulaire d'un permis d'établissement en Suisse et donc non assujettie au régime de l'autorisation ( art. 2 al. 1 OAIE ). Toute leur argumentation repose sur le fait que la société UF... S.A. ne saurait être considérée comme une société immobilière, dès l'instant où elle n'a pas l'intention d'acquérir des immeubles en Suisse dans un avenir prévisible. b) La nouvelle loi a introduit une réglementation plus stricte sur les sociétés immobilières (voir KRAUSKOPF et MAITRE, L'acquisition par des personnes à l'étranger, in Droit de la construction 1986/1, p. 4); elle distingue entre les personnes morales qui sont propriétaires d'immeubles, soit les sociétés immobilières au sens large dont les actifs comprennent pour plus d'un tiers des immeubles en Suisse (art. 4 al. 1 lettre d LFAIE), et les personnes morales dont le but réel est l'acquisition d'immeubles, soit les sociétés immobilières au sens étroit (art. 4 al. 1 lettre e LFAIE). Dans ce dernier cas, le but réel d'une société qui vient d'être fondée ne peut évidemment pas se déterminer à partir du bilan ou du compte d'exploitation. Il doit donc s'établir en premier lieu d'après les statuts de la société. Lorsqu'il paraît toutefois que le but statutaire peut masquer le but effectif, il importe de rechercher l'intention véritable des fondateurs et de procéder à toutes les investigations nécessaires à cette fin. Une société sera ainsi considérée comme immobilière lorsque les fondateurs ont la ferme BGE 114 Ib 261 S. 266 intention d'acquérir des biens-fonds quand bien même, au moment de la fondation, la réalisation des projets envisagés n'est pas encore certaine, mais qu'il faut admettre. au vu de toutes les circonstances, que la société acquerra des immeubles dans un avenir prévisible et qu'elle a été fondée dans ce but ( ATF 109 Ib 99 /100) consid. 4c). c) Il est vrai qu'en l'espèce, rien ne permet d'affirmer que les recourants vont acquérir des immeubles en Suisse dans un proche avenir, même si la déclaration qu'ils produisent à cet égard n'a aucune valeur probante ( art. 18 al. 3 OAIE ; ATF 113 Ib 294 consid. 4c). Dans cette situation, il fallait analyser concrètement tous les éléments qui sont à la base du projet de fondation de la société. Toutefois, dans la procédure adoptée par le législateur à l' art. 18 LFAIE , seules les autorités chargées de l'application de la loi sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à

l'étranger pouvaient procéder à cet examen. Le préposé au registre du commerce n'en avait pas le pouvoir, de sorte qu'il appartenait aux requérants d'adresser, dans le délai que le préposé leur avait imparti, une demande de non-assujettissement à l'autorité de première instance, c'est-à-dire au Département genevois de l'économie publique. En réalité, le préposé au registre du commerce ne pouvait que suivre la procédure prévue à l'art. 18 LFAIE : il devait tout simplement constater, dans le cas de la société UF... S.A., que la réalisation d'opérations immobilières n'était pas exclue dès lors qu'elle représente l'un des buts statutaires de la société qui, selon l'art. 3 de ses statuts, pourra "acheter, détenir, vendre, gérer et administrer tous immeubles, comptes, brevets, marques, actions, parts ou participations dans d'autres sociétés quels qu'en soient le but et la nature". Il apparaît ainsi clairement que le préposé au registre du commerce ne pouvait pas d'emblée exclure tout risque que la société UF... S.A. soit une société immobilière au sens de l'art. 4 al. 1 lettre e LFAIE. A cela s'ajoute que l'acte constitutif de la société prévoit clairement que les fondateurs agissent à titre fiduciaire et qu'au moment de l'inscription, le doute portait tant sur la participation de l'un des actionnaires fiduciaires, de nationalité allemande, détenant la moitié des actions, que sur la participation subséquente d'autres personnes à l'étranger. La position dominante de personnes à l'étranger, au sens de l'art. 5 al. 1 lettre c LFAIE, n'est donc nullement exclue. BGE 114 Ib 261 S. 267 d) Dans ces conditions, les recourants n'avaient aucun droit à ce que leur société soit inscrite d'emblée au registre du commerce. Comme ils ne se sont pas adressés en temps utile à l'autorité cantonale de première instance, seule compétente pour se prononcer, après enquête, sur l'assujettissement au régime de l'autorisation, ni le Tribunal administratif, ni le Tribunal fédéral n'ont à trancher la question - assez délicate - de savoir si les conditions (objectives et subjectives) de l'assujettissement sont ou non remplies.

#### **E. 4**

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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.