



Brian Mayenfisch

MLaw, avocat
Étude 100 Legal, Genève – Sion – Dubaï
brian.mayenfisch@100-legal.com

Lex Koller

LFAIE – L’acquisition d’immeubles résidentiels et commerciaux par des personnes à l’étranger: Revue générale de la Lex Koller (1^{re} partie)

La LFAIE ou Lex Koller s’applique lorsqu’une «personne à l’étranger» (au sens entendu par cette loi) est impliquée dans une opération immobilière en Suisse. Le présent article décrit le fonctionnement général de la Lex Koller, en s’appuyant sur la jurisprudence fédérale récente, la doctrine et les directives fédérales applicables.

Cette première partie est consacrée aux règles déterminant l’application de la Lex Koller, ainsi qu’aux motifs d’exception permettant d’acquérir un immeuble sans devoir obtenir une autorisation correspondante. La deuxième partie décrit les règles applicables en matière d’octroi de l’autorisation, puis s’intéresse aux autorités compétentes, aux décisions rendues par celles-ci, ainsi qu’à la procédure de recours, et traite enfin de la question des différentes sanctions rendues dans le cadre d’infractions à la LFAIE.

1. Généralités

La loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l’acquisition d’immeubles par des personnes à l’étranger (LFAIE ou **Lex Koller**, anciennement Lex Friedrich) a pour but de prévenir l’emprise étrangère sur le sol suisse (art. 1 LFAIE).

Son exécution est avant tout précisée par l’ordonnance du 1^{er} octobre 1984 sur l’acquisition d’immeubles par des personnes à l’étranger (OAIE). Les cantons et, dans certains cas, les communes édictent en outre les règles sur les sujets dont la compétence leur échoit¹.

Le fonctionnement de la Lex Koller peut être schématisé comme suit:

- La LFAIE s’applique lorsqu’une **personne à l’étranger** (au sens de l’art. 5 LFAIE) (condition subjective; infra 2.1) entend **acquérir un immeuble assujéti** en Suisse (condition objective; infra 2.2 et 2.3);
- L’acquéreur sera dans ce cas assujéti à la Lex Koller et devra obtenir une **autorisation** en vue de l’opération immobilière, laquelle ne sera octroyée par l’autorité compétente qu’à des conditions strictes (art. 8 ss LFAIE; 2^e partie, 1);
- En revanche, aucune autorisation ne sera nécessaire si la personne à l’étranger peut se prévaloir d’un cas **«d’exception au régime de l’autorisation»** (art. 2 al. 2 LFAIE; art. 7 LFAIE

[infra 3 ss]), par exemple car l’immeuble peut être qualifié d’établissement stable (infra 3.1). Cependant, il se peut que l’acquéreur doive requérir une **décision constatant le non-assujétissement au régime de l’autorisation**, s’il existe des doutes quant à l’application ou non dudit régime (art. 17 al. 1 LFAIE, art. 15 al. 1 OAIE [2^e partie, 2.2.1]).

Notons que l’étranger résidant ou travaillant en Suisse est en principe au bénéfice d’un titre de séjour, qui indique le type d’autorisation dont il est titulaire. Les principaux titres concernés par la Lex Koller sont les permis B (autorisation de séjour), L (autorisation de séjour de courte durée),

C (autorisation d'établissement) et G (autorisation frontalière)².

Le mécanisme de la Lex Koller est décrit dans les chapitres suivants, en se référant tant à la jurisprudence récente rendue en la matière qu'aux directives fédérales édictées en vue de l'application pratique de la LFAIE³.

Le lecteur gardera à l'esprit que le présent article ne traite pas des autres lois ou réglementations qui peuvent s'appliquer en parallèle de la Lex Koller, en particulier la loi fédérale sur les résidences secondaires du 20 mars 2015 (**Lex Weber**) dont l'importance pratique n'est pas à négliger⁴.

2. Les trois conditions d'application de la Lex Koller

2.1 La «personne à l'étranger»

L'accès à la propriété sur le sol suisse est restreint en ce qui concerne les personnes «à l'étranger», lesquelles sont définies à l'art. 5 LFAIE.

Les Suisses (y compris les double-nationaux), qu'ils soient ou non domiciliés à l'étranger, ne sont pas soumis à la Lex Koller, bien qu'ils puissent être confrontés à d'autres types de restrictions en ce qui concerne l'accès à la propriété (notamment pour ce qui est des résidences secondaires au regard de la Lex Weber).

Les «personnes à l'étranger» peuvent être des personnes physiques (infra 2.1.1) ou des sociétés (infra 2.1.2). S'agissant des personnes physiques, il faut d'emblée relever que des ressortissants étrangers pourront, selon les circonstances, être qualifiés de personnes à l'étranger quand bien même ils seraient domiciliés en Suisse (infra 2.1.1). Par ailleurs, le fait qu'un **conjoint** de l'acquéreur soit de nationalité suisse est sans incidence: l'acquéreur sera dans tous les cas soumis à la Lex Koller s'il est lui-même une «personne à l'étranger»⁵.

L'acquisition d'un immeuble effectuée à des fins officielles par des bénéficiaires institutionnels de privilèges, d'immunités et de facilités visés à l'art. 2 al. 1 de la loi du 22 juin 2007 sur l'État hôte soumis n'est pas soumise au régime de l'autorisation de la LFAIE (art. 7a LFAIE).

2.1.1 Personnes physiques à l'étranger

Sont des personnes à l'étranger au sens de la LFAIE:

- Les **ressortissants** de l'Union européenne (**UE**) ou de l'Association européenne de libre-échange (**AELE**) qui n'ont **pas leur domicile légal effectif en Suisse** (art. 5 al. 1 let. a ch. 1 LFAIE)⁶. Par «domicile effectif», il faut entendre le lieu où la personne concernée réside avec l'intention de s'y établir durablement, où se situe le centre de son existence et ses relations per-

sonnelles, où elle vit régulièrement durant son temps libre, et où elle a sa famille et ses amis et prend part à une vie sociale⁷.

Cas d'illustration: un ressortissant espagnol qui n'est pas domicilié en Suisse et qui veut acquérir un immeuble en Suisse, pour lui-même ou un tiers, est une «personne à l'étranger» au sens de la LFAIE.

Ce ressortissant espagnol n'est en revanche pas une «personne à l'étranger» si (1) il détient (par exemple) un permis de séjour (B UE/AELE)⁸ et (2) possède son domicile effectif en Suisse. Il peut alors acquérir librement un immeuble en Suisse;

- Les **ressortissants d'état tiers** (hors UE ou AELE) qui n'ont **pas le droit de s'établir** en Suisse (art. 5 al. 1 let. a^{bis} LFAIE), c'est-à-dire les étrangers dépourvus d'une autorisation valable d'établissement (art. 2 al. 3 OAIE).

Cas d'illustration: un ressortissant américain domicilié en Suisse mais qui détient un permis B (autorisation de séjour) est une «personne à l'étranger» au sens de la LFAIE.

Un ressortissant américain n'est en revanche pas une «personne à l'étranger» si (1) il détient un **permis C** (autorisation d'établissement qui donne le droit de s'établir en Suisse)⁹, et (2) possède un **domicile effectif** en Suisse¹⁰. Il peut alors acquérir librement un immeuble en Suisse;

- Les **ressortissants du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord** qui n'ont pas acquis leur domicile légal et effectif en Suisse avant le **1^{er} janvier 2021**, et qui n'ont **pas le droit de s'établir** en Suisse (art. 5 al. 1 let. a ch. 2 LFAIE)¹¹.

Cas d'illustration: un ressortissant britannique effectivement domicilié en Suisse dès le 1^{er} janvier 2021 doit détenir un permis d'établissement (C), afin d'acquérir librement un immeuble.

Un ressortissant britannique détenant un permis de séjour (B) n'est en revanche pas une «personne à l'étranger» s'il était effectivement domicilié en Suisse le 31 décembre 2020 au plus tard et que ce domicile a perduré depuis. Il peut dans ce cas acquérir librement un immeuble en Suisse.

La LFAIE ne traite pas explicitement du cas du ressortissant étranger qui, suite à son départ de Suisse, deviendrait alors une personne à l'étranger au sens de la Lex Koller, et ne prévoit en particulier **pas d'obligation d'aliéner l'immeuble** dans ce contexte.

S'agissant particulièrement des résidences principales des ressortissants de l'UE ou de l'AELE, cette question est traitée à l'art. 25 al. 1 de l'Annexe I de l'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 (**ALCP**), qui indique que ceux-ci peuvent «(...) à tout moment établir [leur] **résidence principale** dans l'Etat d'accueil, selon les règles nationales, indépendamment de la durée de [leur] emploi.

Le départ hors de l'Etat d'accueil n'implique aucune obligation d'aliénation».

À noter néanmoins que l'absence d'une obligation d'aliéner n'empêche pas l'application d'autres dispositions de la LFAIE, notamment des sanctions administratives (dans le cas où par exemple l'acquéreur aurait fourni aux autorités des indications inexacts ou incomplètes [2^e partie, 3.1])¹².

2.1.2 Personnes morales et sociétés sans personnalité juridique

Sont tout d'abord considérées comme des personnes à l'étranger les personnes morales, ou les sociétés sans personnalité juridique mais ayant la capacité d'acquérir (telles que les sociétés en nom collectif ou en commandite simple¹³), qui ont leur **siège statutaire ou réel à l'étranger** (art. 5 al. 1 let. b LFAIE).

Sont également des personnes à l'étranger les personnes morales, ou les sociétés sans personnalité juridique mais ayant la capacité d'acquérir, qui ont leur **siège statutaire et réel en Suisse**, mais dans lesquelles des personnes à l'étranger, elles-mêmes soumises à la LFAIE, ont une **position dominante** (art. 5 al. 1 let. c LFAIE)¹⁴.

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). La Lex Koller instaure des **présomptions** de position dominante dans des cas de figure précis (art. 6 al. 2 LFAIE). Ces présomptions sont réfragables, c'est-à-dire qu'il appartiendra dans ce cas à l'acquéreur de prouver l'absence de domination étrangère sur la société, le fonds immobilier, ou la SICAV immobilière¹⁵.

Ainsi, s'agissant des personnes morales, il y a présomption de position dominante par des personnes à l'étranger lorsque celles-ci: (i) possèdent plus d'un tiers du capital-actions ou du capital social; ou (ii) disposent de plus du tiers des voix pouvant être exprimées à l'assemblée générale ou à l'assemblée des associés; ou (iii) constituent la majorité des membres du conseil ou des bénéficiaires d'une fondation de droit privé; ou (iv) ont accordé à la personne morale des prêts importants, à savoir 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 (art. 6 al. 2 let. a–d LFAIE).

Des présomptions particulières sont également prévues pour les sociétés en nom collectif ou en commandite (art. 6 al. 3 let a–c LFAIE), les fonds immobiliers (art. 6 al. 4 LFAIE) et les SICAV immobilières (art. 6 al. 5 LFAIE).

2.1.3 Opérations fiduciaires et trusts

La LFAIE s'applique également aux personnes et sociétés qui ne sont pas des personnes à l'étranger, mais qui acquièrent un immeuble pour le compte de personnes à l'étranger (art. 5 al. 1 let. d LFAIE).

Les **opérations fiduciaires** sont principalement concernées. L'autorité appelée à se prononcer sur une opération immobilière s'intéressera ainsi au véritable ayant-droit économique de l'immeuble, et non à la construction juridique visible en surface¹⁶.

Par exemple: une transaction immobilière est soumise à la Lex Koller lorsque l'ayant-droit économique est un ressortissant britannique domicilié à Dubaï, quand bien même l'acquéreur officiel est une personne de nationalité suisse («homme de paille»).

L'art. 5 al. 1 let. d LFAIE s'applique également aux **trusts**: l'apport d'un immeuble dans le patrimoine d'un trust est en principe soumis à la LFAIE lorsque l'un des fiduciaires (trustees) ou bénéficiaires est une personne à l'étranger¹⁷.

2.2 Les types d'acquisitions

Pour qu'une opération immobilière soit soumise à la Lex Koller, il ne faut pas seulement que la personne soit une personne à l'étranger: encore faut-il que l'opération d'acquisition tombe sous le coup de la loi. Par «acquisition d'immeuble», on entend tout acte permettant le transfert du droit¹⁸.

À la suite d'une revue générale de ces cas d'acquisition (infra 2.2.1), quelques questions choisies feront l'objet d'une analyse plus détaillée (infra 2.2.2 ss).

2.2.1 En général

L'acquisition peut consister, bien évidemment, en l'acquisition de la propriété foncière au registre foncier, mais également en tout acte juridique qui confère à une personne à l'étranger un droit de disposer effectif sur un immeuble assujéti¹⁹.

Les cas d'acquisition prévus par la loi (art. 4 al. 1 let. a–g LFAIE) sont les suivants²⁰:

(i) l'acquisition d'un **droit de propriété**, de superficie, d'habitation ou d'usufruit sur un immeuble; (ii) la **participation à une société sans personnalité juridique** mais ayant la capacité d'acquies et dont le but réel est l'acquisition d'immeubles, respectivement la constitution et l'exercice d'un droit d'emption, de préemption ou de réméré sur cette participation; (iii) l'acquisition d'un droit de propriété ou d'usufruit sur une **part d'un fonds immobilier** lorsque celle-ci ne fait pas l'objet d'un

marché régulier, ou sur une part d'un patrimoine analogue, respectivement la constitution et l'exercice d'un droit d'emption, de préemption ou de réméré sur cette part; (iv) l'acquisition d'un droit de propriété ou d'usufruit sur une **action d'une SICAV immobilière** dont les actions ne font pas l'objet d'un marché régulier, ou sur une action d'un patrimoine analogue (infra 2.2.4); (v) l'acquisition d'un droit de propriété ou d'usufruit (respectivement la constitution et l'exercice d'un droit d'emption, de préemption ou de réméré) sur une **part d'une personne morale dont le but réel est l'acquisition d'immeubles**, si les parts de cette personne morale ne sont pas cotées auprès d'une bourse en Suisse (infra 2.2.3); (vi) l'acquisition d'autres droits, qui confèrent à leur titulaire une **position analogue** à celle du propriétaire d'un immeuble (infra 2.2.2); (vii) l'acquisition d'un immeuble lors d'une **reprise d'un patrimoine ou d'une entreprise, ou lors d'une fusion, d'une scission, d'une transformation ou d'un transfert de patrimoine**, si de ce fait les droits de l'acquéreur sur cet immeuble s'accroissent (art. 1 al. 1 let. b OAIE); (ix) l'acquisition de parts d'une société qui est propriétaire d'un appartement servant à l'acquéreur de résidence principale, secondaire ou de vacances (art. 1 al. 1 let. c OAIE); (x) enfin, le fait, pour une personne morale ou une société sans personnalité juridique mais ayant la capacité d'acquies, de conserver, lors du transfert à l'étranger de son siège statutaire ou réel, un droit sur un immeuble qui n'est pas un établissement stable (art. 4 al. 2 LFAIE)²¹.

2.2.2 Droits qui confèrent à leur titulaire une position analogue à celle du propriétaire d'un immeuble

En ce qui concerne l'acquisition d'autres droits conférant à leur titulaire une **position analogue** à celle du propriétaire d'un immeuble (art. 4 al. 1 let. g LFAIE), l'art. 1 al. 2 OAIE précise cette notion en désignant notamment:

- Les **baux de longue durée** à loyer ou à ferme, si les accords intervenus excèdent les usages et placent le bailleur dans un rapport de dépendance particulière à l'égard du locataire (art. 1 al. 2 let. a OAIE).
On peut citer par exemple un contrat de bail à loyer de longue durée prévoyant que le paiement du loyer se fera en un seul et unique versement préalable, ou un contrat de bail rattaché à un contrat de prêt et prévoyant que les loyers seront imputés sur les intérêts du prêt²². Le Tribunal fédéral a également retenu le cas où une société hôtelière avait obtenu un droit exclusif d'user et exploiter le complexe hôtelier et pouvait se comporter pratiquement comme le propriétaire économique de l'ensemble du complexe hôtelier²³;
- Le **financement** de l'achat d'un immeuble ou de sa construction peut mettre le créancier

dans une position analogue à celle d'un propriétaire d'un immeuble, lorsque les accords intervenus, le montant des crédits octroyés ou la situation financière du débiteur placent l'acquéreur dans un **rapport de dépendance particulière** à l'égard du créancier (art. 1 al. 2 let. b OAIE).

Selon la jurisprudence fédérale, le financement de l'acquisition d'un bien-fonds grâce à un crédit étranger, garanti par gage immobilier, ne tombe en principe pas sous le coup de cette disposition légale pour autant que ledit crédit reste dans la limite usuelle des deux tiers de la valeur vénale de l'immeuble²⁴. Lorsque la charge excède manifestement la mesure de ce qui est usuel en matière de commerce et que le propriétaire foncier n'aurait, dès lors, pas obtenu d'un tiers non intéressé un crédit correspondant, le créancier peut se voir octroyer une position similaire à celle d'un propriétaire, notamment si le propriétaire et débiteur est économiquement faible ou dépend économiquement du créancier. Ce cas de figure est en tous cas réalisé lorsque le financement étranger est de 80% ou plus. Cette limite de 80% s'applique également lorsque le **cumul** du financement étranger et du prêt hypothécaire d'une banque dépasse 80%, dans la mesure où le prêt bancaire se fonde sur la situation financière de la personne à l'étranger, et ce malgré le fait que le montant du financement par cette personne se situerait, à lui seul, bien en deçà de la limite de 80%²⁵:

- Enfin, la constitution d'une **obligation de non-bâtir ou autres limitations analogues** du droit de propriété produisant des effets de nature réelle ou contractuelle et concernant le bien-fonds voisin peuvent entrer dans cette qualification (art. 1 al. 2 let. c OAIE).

2.2.3 Sociétés immobilières sous forme de personnes morales

Il faut comprendre de l'art. 4 al. 1 let. e LFAIE qu'est assujéti au régime de l'autorisation l'acquisition (même d'une seule part) d'une personne morale non cotée, lorsqu'une telle société a pour but réel d'acquies uniquement (ou du moins pour une part essentielle) de l'immobilier d'habitation ou d'en faire le commerce («**sociétés immobilières**»)²⁶.

Sont également considérées comme acquisitions d'immeubles: la participation à la constitution d'une personne morale ou, si par ceci l'acquéreur renforce sa position, la participation à l'augmentation du capital de personnes morales dont le but réel est l'acquisition d'immeubles (art. 1 al. 1 let. a OAIE).

La forme juridique d'une société tombant sous l'art. 4 al. 1 let. e LFAIE importe peu: il peut notamment s'agir d'une société anonyme, d'une société à responsabilité limitée, d'une société coopérative ou même d'une association²⁷.

Le **but réel** de la société, au sens entendu par l'art. 4 al. 1 let. e LFAIE, **est un concept économique**. Il se fonde sur la finalité de la société. En ce sens, la société est immobilière si ses organes ont l'intention d'acquérir des immeubles. En ce qui concerne les sociétés déjà existantes, le critère principal pour déterminer leur but sera leur patrimoine: lorsqu'il comprend une part importante d'actifs immobiliers assujettis à la LFAIE, la société poursuit selon toute vraisemblance un but immobilier²⁸. S'agissant des sociétés nouvellement constituées, le but se déterminera sur la base d'indices, en particulier les statuts de la société ou l'intention réelle des fondateurs²⁹.

2.2.4 L'acquisition d'un droit de propriété ou d'usufruit sur une action d'une SICAV immobilière dont les actions ne font pas l'objet d'un marché régulier

S'agissant de l'acquisition d'un droit de propriété ou d'usufruit sur une action d'une SICAV immobilière dont les actions ne font pas l'objet d'un marché régulier, ou sur une action d'un patrimoine analogue (art. 4 al. 1 let. c^{bis} LFAIE), il est utile de rappeler que le capital-actions de la SICAV se divise en deux catégories d'actions: les actions des entrepreneurs et les actions des investisseurs (art. 36 al. 1 let. b de la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs (LPCC)).

Les actionnaires entrepreneurs fondent la SICAV: ce sont eux qui fournissent l'apport minimal lors de la fondation, et eux seuls peuvent dissoudre la SICAV (art. 41 al. 1 et 2 LPCC). Le capital-actions des entrepreneurs forme un compartiment qui comprend la fortune propre de la SICAV. Quant aux actionnaires investisseurs, ils acquièrent des actions dans le but de participer aux actifs du compartiment correspondant du capital-actions. Leur rôle est en principe passif, même s'ils disposent des mêmes droits sociaux que les actionnaires entrepreneurs lors de l'assemblée générale ordinaire³⁰.

L'art. 4 al. 1 let. c^{bis} LFAIE ne distingue pas les actions des entrepreneurs de celles des investisseurs, de sorte que cet article s'applique en théorie à toutes les actions de la SICAV, quel que soit leur compartiment. En pratique toutefois, seules les actions des investisseurs peuvent bénéficier de l'exemption relative au marché régulier, étant relevé que ces titres peuvent être cotés en bourse ou négociés sur une plateforme analogue. Ainsi, cette disposition légale exclut de facto toute prise de participation de personnes à l'étranger dans le compartiment des entrepreneurs³¹.

2.3 Assujettissement selon l'affectation de l'immeuble

À moins qu'ils ne tombent sous l'un des motifs d'exception (infra 3), tous les types de logements sont soumis au régime d'autorisation de la Lex

Koller, qu'il s'agisse des **maisons** uni- ou multifamiliales, d'**appartements ou immeubles** en (co-)propriété, ou de **terrains à bâtir** destinés à de telles constructions³².

Il convient de relever que l'assujettissement s'étend également aux coopératives d'habitation (supra 2.2.3), avec pour conséquence que les ressortissants d'État tiers (hors UE ou AELE) n'ont pas la possibilité d'acquérir des parts d'une telle coopérative, bien qu'ils possèdent un permis de séjour et sont domiciliés en Suisse. L'acquisition de cette part pouvant être une condition à la location du logement, l'accès à des logements coopératifs leur est ainsi interdit. Cette problématique a été évoquée plusieurs fois sur le plan politique, mais n'a pas encore donné lieu à une révision de la LFAIE³³.

3. Exceptions au régime de l'autorisation

Quand bien même la personne à l'étranger est soumise à la Lex Koller, aucune autorisation de l'autorité de première instance ne sera requise si l'un des cas d'exception prévus par la loi se présente.

L'acquisition de l'immeuble se fera dans ce cas de manière usuelle, c'est-à-dire uniquement par le biais de l'office du registre foncier ou du registre du commerce compétent (sauf si l'assujettissement au régime de l'autorisation ne peut être exclu d'emblée par cette autorité, et qu'une décision de l'autorité de première instance constatant le non-assujettissement ne soit alors nécessaire [art. 17 al. 1 LFAIE; art. 15 al. 1 OAIE; 2^e partie, 2.1.2]).

3.1 Établissements stables

3.1.1 En général

L'autorisation n'est pas nécessaire si l'immeuble sert d'établissement stable pour faire le commerce, exploiter une fabrique ou exercer en la forme commerciale quelque autre industrie ainsi que pour exercer une activité artisanale ou une profession libérale (art. 2 al. 2 let. a LFAIE).

De manière générale, l'établissement stable peut servir à l'activité de l'acquéreur, mais peut tout autant être loué ou affermé à un tiers pour que celui-ci y mène l'activité en question. Dès lors, l'immeuble peut être acquis comme un pur placement de capitaux³⁴. L'essentiel étant que l'activité économique soit exercée dans l'immeuble concerné³⁵.

On désigne notamment à titre d'établissement stable les **fabriques, dépôts, entrepôts, bureaux, centres commerciaux, magasins de vente, hôtels, restaurants, ateliers d'artisanat, et cabinets médicaux**³⁶. La question de cette qualification se pose pour les établissements dont l'aspect

commercial ne serait que secondaire (par exemple dans le cas d'un musée poursuivant avant tout un but culturel). Une lecture stricte de la loi pourrait laisser entendre que seuls sont inclus dans la notion d'établissement stable les immeubles qui présentent un aspect économique marqué. Néanmoins, la pratique a montré que la définition de l'établissement stable bénéficiait d'une certaine marge d'interprétation³⁷.

En revanche, il n'y a **pas d'établissement stable** en ce qui concerne l'activité visant à créer, louer, affermer ou faire le commerce de logements qui ne font pas partie d'un hôtel ou d'un appart'hôtel (art. 3 OAIE). 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 ainsi pas considéré comme faisant partie d'un hôtel ou d'un appart'hôtel³⁸.

S'agissant plus particulièrement des «hôtels», tant les hôtels à proprement parler que les appart'hôtels et autres logements, chambres ou suites exploitées en la forme hôtelière peuvent être qualifiés d'établissement stable³⁹. Il convient également de noter que les cantons peuvent préciser la définition d'un tel établissement: c'est par exemple le cas du canton du Valais, qui prévoit par le biais d'une directive qu'un hôtel, pour avoir la qualification d'établissement stable, doit offrir au minimum 30 lits, présenter une infrastructure minimale et proposer des services de type hôtelier⁴⁰.

À noter enfin que l'acquisition d'un terrain non construit (ou de constructions vacantes) est possible, pour autant que la construction d'un établissement stable soit entreprise dans l'année⁴¹, ou que le terrain serve d'une autre manière d'établissement stable (p.ex.: emplacement de stockage, places de parc, chemin d'accès), ou s'il peut être considéré comme une surface de réserve admissible (infra 3.1.2)⁴².

3.1.2 Acquisition simultanée de logements ou surfaces supplémentaires

La loi et la pratique reconnaissent quelques particularités propres aux établissements stables qui peuvent conduire à acquérir des surfaces ou logements supplémentaires, simultanément audit établissement (y compris par une personne morale⁴³), sans qu'une autorisation ne soit requise:

- L'acquisition d'une **surface de réserve** de l'ordre d'un tiers, voire d'une demie⁴⁴ de l'ensemble de la surface (art. 18a al. 1 let. c OAIE). Cela implique que les deux tiers de la surface soient construits, ou seront construits à court-terme⁴⁵, et que la surface de réserve soit conservée pour une extension à moyen terme⁴⁶;
- Exceptionnellement, des logements peuvent être acquis simultanément lorsqu'ils sont **nécessaires à l'activité de l'entreprise** (par

exemple pour un concierge ou technicien lorsqu'une présence [quasi-]permanente est requise)⁴⁷.

En revanche, comme a pu le souligner le Tribunal fédéral, cette exception ne s'étend pas à l'acquisition ultérieure d'un immeuble qui servirait à loger des appartements pour le personnel d'un établissement stable (en l'espèce un hôtel), même si les deux immeubles se trouvent dans la même commune. Dans ce cas, l'acquisition de l'immeuble ne bénéficie pas du régime d'exception de l'établissement stable, et nécessite l'octroi d'une autorisation par l'autorité de première instance compétente⁴⁸;

- Des logements peuvent également être acquis lorsqu'ils sont imposés par des prescriptions en matière de **quota de logements** (art. 2 al. 3 LFAIE);
- La pratique permet également d'acquérir des logements en même temps que les surfaces commerciales lorsque **leur séparation d'avec la partie de l'immeuble n'est pratiquement pas possible** et serait disproportionnée (par exemple une maison d'habitation au milieu d'une fabrique)⁴⁹.

3.2 Résidences principales

L'autorisation n'est pas nécessaire si l'immeuble sert de résidence principale à la personne physique qui l'acquiert, au lieu de son domicile légal et effectif (art. 2 al. 2 let. b LFAIE).

D'emblée, il est utile de souligner que cette exception relative à la résidence principale concerne les ressortissants d'État tiers (hors UE ou AELE) qui ne sont pas au bénéfice d'un permis d'établissement (C), respectivement les ressortissants UE ou AELE sans domicile effectif en Suisse. En effet, les ressortissants d'État tiers (hors UE ou AELE) au bénéfice d'un tel permis d'établissement, pour autant qu'ils soient domiciliés en Suisse, ne sont pas des personnes à l'étranger, et peuvent donc acquérir un immeuble sans qu'il ne s'agisse nécessairement de leur résidence principale. Il en va de même des ressortissants UE ou AELE au bénéfice d'un permis de séjour et avec un domicile effectif en Suisse, qui peuvent dès lors acquérir librement un immeuble sans qu'il ne s'agisse de leur résidence principale (supra 2.1.1).

L'acquéreur **doit impérativement être une personne physique**, c'est-à-dire que l'acquisition est effectuée **directement et en nom propre** par celui-ci (art. 8 OAIE). Il doit par ailleurs habiter le logement personnellement et ne peut pas le louer, même partiellement⁵⁰.

Les terrains à bâtir peuvent également tomber sous le coup de cette exception, pour autant que la personne entreprenne la construction de sa résidence principale dans un délai d'un an⁵¹.

La surface de plancher habitable n'est pas limitée, pour autant qu'il s'agisse d'une entité unique

de logement. En ce qui concerne la surface de la parcelle, celle-ci n'est pas non plus limitée, mais elle ne doit pas atteindre une grandeur disproportionnée qui laisse entendre que l'opération immobilière constitue en réalité un pur placement de capitaux. Ainsi, si la surface parcellaire dépasse 3000 m², l'office cantonal du registre foncier ne procédera pas à l'inscription directe de l'acte, mais renverra l'acquéreur devant l'autorité de première instance pour examen de l'assujettissement au régime de l'autorisation, en vue de l'obtention d'une décision de non-assujettissement (art. 18a al. 2 let. c OAIE; 2^e partie, 2.1.2)⁵², voire d'une autorisation⁵³.

L'acquéreur devra par ailleurs produire une autorisation valable de séjour permettant de créer un domicile ou un autre droit, et déclarer par écrit qu'il acquiert l'immeuble comme résidence principale (art. 18a al. 2 let. a et b OAIE).

Lorsque l'acquéreur change de domicile, il n'est pas tenu d'aliéner son logement et peut en disposer librement (par exemple comme résidence secondaire). Néanmoins, s'il ressort des circonstances que l'acquéreur n'avait jamais eu l'intention d'y habiter personnellement à long terme, il y aura alors infraction à la loi et les autorités compétentes pourront constater d'office l'assujettissement au régime d'autorisation et ordonner la cessation de l'état illicite (2^e partie, 3.1 et 3.2.2)⁵⁴.

3.3 Autres motifs d'exception de l'art. 7 LFAIE

L'art. 7 LFAIE prévoit d'autres exceptions au principe de l'autorisation. Ainsi, ne sont pas assujettis au régime de l'autorisation:

- Les **héritiers légaux**, au sens du droit suisse, dans la dévolution d'une succession (let. a). L'exception s'applique également aux héritiers légaux potentiels. Est ainsi visé un héritier institué ou un légataire défini comme héritier légal par le droit civil, même s'il est exclu dans une succession ab intestat par un héritier qui le précède dans l'ordre légal des successions⁵⁵;
- Les **parents** en ligne ascendante ou descendante de l'aliéneur ainsi que son **conjoint** ou son **partenaire enregistré** (let. b). Dès lors, ne sont pas inclus dans cette exception les transferts entre collatéraux, par exemple entre frères et sœurs, et ces transferts sont donc soumis au régime classique de l'autorisation selon la LFAIE⁵⁶. Constitue un abus de droit l'aliénation d'un immeuble par un enfant à ses parents, lorsque ceux-ci l'alièneront à leur tour peu de temps plus tard à un autre enfant, ou même la première aliénation de l'enfant à ses parents, lorsque l'enfant a acquis l'immeuble peu de temps avant ladite aliénation⁵⁷;
- L'acquéreur, lorsqu'il est **déjà copropriétaire** ou propriétaire commun de l'immeuble (let. c).

Cette exception ne s'applique pas à l'acquisition par un propriétaire d'étage d'une autre unité d'étage (laquelle sera donc soumise au régime de l'autorisation)⁵⁸;

- Les **titulaires d'un droit de propriété par étages** pour l'échange, dans le même immeuble, de leurs parts de propriété (let. d). S'agissant de résidences secondaires, des logements de vacances et des appartements dans des appartements, l'exception s'applique pour autant que la surface admissible (en règle générale 200 m²) ne soit pas dépassée (art. 10 al. 2 OAIE), à défaut de quoi l'exception sera levée et l'office cantonal du registre foncier renverra l'acquéreur devant l'autorité de première instance en vue d'obtenir une autorisation (art. 10 al. 5 OAIE in fine; 2^e partie, 1.2.2, 1.2.3.4, 1.2.3.5 et 2.1.2);
- L'acquéreur d'un **immeuble de remplacement** lors d'une expropriation, d'un remembrement ou d'un remaniement parcellaire selon le droit fédéral ou cantonal (let. e);
- L'acquéreur d'un **immeuble acquis en remplacement** de celui qu'il a aliéné à une corporation ou à un établissement de droit public (let. f);
- L'acquéreur d'une **surface de faible importance** par suite d'une rectification de limite ou, en cas de propriété par étages, d'une augmentation de la valeur de la quote-part (let. g). Cela comprend, par exemple, une surface arrondie à l'usage de place de parc, de chemin d'accès ou de jardin d'agrément jusqu'à 100 m² environ et une surface additionnelle comme surface habitable, de remise, de place de parc dans un garage, conduisant à une augmentation de la valeur de la quote-part inférieure à 20%⁵⁹. L'exception sera levée en cas de dépassement de la surface admissible pour les résidences secondaires, les logements de vacances et les appartements dans des appartements (art. 10 al. 5 OAIE; supra, art. 7 let. d LFAIE);
- L'acquéreur lorsque **l'intérêt supérieur de la Confédération** le commande; la surface ne doit cependant pas être supérieure à ce qu'exige l'affectation de l'immeuble (let. h). Les cas d'application sont rares, car le Conseil fédéral utilise cette compétence avec retenue⁶⁰.
- Les personnes physiques qui acquièrent un logement à la suite de la liquidation d'une personne morale dont le but réel est l'acquisition d'immeubles et qui a été fondée avant le 1^{er} février 1974, si elles ont acquis, conformément aux dispositions légales qui étaient alors en vigueur, des parts de la personne morale qui correspondent à ce logement (let. i);
- Les ressortissants suivants qui, en tant que **frontaliers**, acquièrent une **résidence secondaire** dans la région de leur lieu de travail (let. j):
 - (i) Les ressortissants des États membres de l'UE ou de l'AELE;

(ii) Les ressortissants du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord auxquels s'applique l'art. 22 ch. 3 de l'Accord du 25 février 2019 entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif aux droits des citoyens à la suite du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et de la fin de l'applicabilité de l'Accord sur la libre circulation des personnes. Cela concerne donc les ressortissants qui ont obtenu leur autorisation (encore valable) de travailler en tant que frontalier (autorisation frontalière UE/AELE) avant le 1^{er} janvier 2021⁶¹.

L'office cantonal du registre foncier validera sans autre le transfert si l'acquéreur produit une autorisation frontalière UE-AELE valable, qu'il déclare par écrit qu'il acquiert l'immeuble comme résidence secondaire, et que la surface de l'immeuble ne dépasse pas 1000 m². À défaut de satisfaire à ces trois conditions, une décision constatant (le cas échéant) le non-assujettissement sera nécessaire (art. 18a al. 3 OAIE). Pour le reste, les mêmes conditions que celles en matière de résidences principales (supra 3.2) s'appliquent. En particulier, l'acquéreur doit habiter le logement personnellement et ne peut pas le louer, même partiellement⁶². ■

→ Conclusion intermédiaire

Un examen rigoureux des conditions d'assujettissement revient donc, avant tout, à déterminer si l'acquéreur est une personne à l'étranger au sens de l'art. 5 LFAIE, qui entend acquérir un immeuble en Suisse, et, le cas échéant, si cette personne peut ou non bénéficier de l'un des motifs d'exception prévus par la législation (soit en raison de sa situation personnelle, soit au vu de l'affectation de l'immeuble).

La question de l'assujettissement à la LFAIE et au régime de l'autorisation peut ainsi s'avérer, selon les cas, simple ou très complexe. Chaque situation présente des particularités qui lui sont propres, et devra de plus être examinée à la lumière des réglementations cantonales et communales applicables.

¹ Voir par exemple les art. 9 et 13 LFAIE.

² Voir notamment à cet égard les art. 71s. de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA).

³ Si les directives de l'Office fédéral de la justice n'ont certes pas force de loi et, en conséquence, ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration, elles n'en demeurent pas moins l'expression des connaissances et expériences de spécialistes avertis et tendent à une application uniforme et égale du droit. L'autorité ne saurait dès lors s'en écarter sans motifs particuliers (TF, arrêt 2C_190/2017 du 15 septembre 2017 consid. 3.3.3).

⁴ Voir par exemple Bodevin, Les «hôtels» en droit public de la construction, Lex Weber – Lex Koller – LAT, Zurich 2021.

⁵ Aide-mémoire de l'OFJ en matière d'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 1^{er} juillet 2009, état au 13 février 2024 (ci-après: «Aide-mémoire»), p. 3.

⁶ Le domicile légalement constitué présuppose notamment une autorisation de séjour de durée (permis L), de séjour (permis B) ou d'établissement (permis C) UE-AELE valable (art. 2 al. 2 OAIE).

⁷ Art. 5 al. 1 OAIE; Aide-mémoire, p. 3.

⁸ Voir note 6.

⁹ Voir également les cas particuliers de personnes au service d'ambassades, de consulats et d'organisations internationales ou en tant que personnes au service d'administrations étrangères si elles sont au bénéfice d'une carte de légitimation, respectivement d'une carte d'identité de service (Aide-mémoire, p. 2s.).

¹⁰ Bien que la LFAIE ne l'indique pas explicitement, le ressortissant d'état tiers doit non seulement avoir le droit de s'établir en Suisse, mais doit par ailleurs y avoir son domicile effectif (Tercier/Bieri/Carron, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Zurich 2016, n° 1137 et la réf. cit.; Aide-mémoire, p. 2). En effet, le domicile effectif en Suisse demeure, même pour le titulaire d'un permis d'établissement, le critère décisif pour résoudre la question de savoir si un requérant doit être considéré comme une personne à l'étranger. En conséquence, l'autorité compétente doit examiner si le requérant habite effectivement en Suisse, même s'il est en possession d'un permis d'établissement (T. AG, RNR 1993 p. 276).

¹¹ Au vu de l'application de l'art. 22 ch. 2 de l'Accord du 25 février 2019 entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif aux droits des citoyens à la suite du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et de la fin de l'applicabilité de l'Accord sur la libre circulation des personnes (voir la communication de l'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier du 18 décembre 2020 (https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/grundstueckerwerb/merkblaetter.html, état au 5 juin 2024)).

¹² Voir les directives genevoises d'interprétation de la LFAIE (état au 26 février 2021), qui prévoient qu'«en cas de départ de Suisse, l'acquéreur est en principe autorisé à conserver son logement. Il convient toutefois qu'au moment de l'acquisition, la personne ait eu réellement l'intention de créer son domicile en Suisse, sans envisager la possibilité d'un départ dans un avenir proche (cf. ch. 9.1, sanctions de droit administratif)» (ch. 4.1.1.6).

¹³ Aide-mémoire, p. 3.

¹⁴ Tercier/Bieri/Carron, op.cit., n° 1141.

¹⁵ Berger Meyer/Neri-Castracane, Le fonds de placement contractuel immobilier et la Lex Koller, RSDA 2019 p. 182; Trandafir, Lex Koller: acquisitions indirectes, SA, fonds de placement contractuel, SICAV, SCPC, fondation de placement, société immobilière, trust, Genève/Zurich/Bâle 2019, n° 24.

¹⁶ Lombardi, La LFAIE et les opérations de refinancement bancaires, in: ex ante 1/2020, p. 14.

¹⁷ Aide-mémoire, p. 3s.

¹⁸ Tercier/Bieri/Carron, op.cit., n° 1151.

¹⁹ Aide-mémoire, p. 6.

²⁰ Cette liste est non exhaustive. Ainsi, la construction de logements par surélévation sur un immeuble commercial constitue également un cas d'acquisition, dans la mesure où elle entraîne une augmentation de la surface habitable du bâtiment (TF, arrêt 2C_639/2019 du 10 juillet 2020, consid. 5.1 et 6.2).

²¹ Pour la définition de l'établissement stable: infra 3.1.

²² Aide-mémoire, p. 7; ATF 105 Ib 321.

²³ ATF 104 Ib 141; Bodevin, op. cit., n° 220.

²⁴ Plus souple, l'OFJ fixe la limite à 80% (Lombardi, op. cit., p. 12).

²⁵ ATF 142 II 481 consid. 3.3s.

²⁶ Aide-mémoire, p. 6; ces immeubles doivent être assujettis à la LFAIE (Trandafir, op. cit., n° 348).

²⁷ Trandafir, op. cit., n° 347; Aide-mémoire, p. 6.

²⁸ La proportion exacte est controversée, une partie de la doctrine retenant un minimum d'un tiers du capital social (Trandafir, op. cit., n° 352).

²⁹ Trandafir, op. cit., n° 347ss et n° 358.

³⁰ Idem, n° 238ss.

³¹ Idem, n° 495.

³² Aide-mémoire, p. 4.

³³ Lors de sa séance du 20 juin 2018 faisant suite à un premier postulat 11.3200 déposé le 17 mars 2011, le Conseil

fédéral a renoncé à réviser la LFAIE, au motif d'une forte opposition sur certains sujets (bien que la nécessité de résoudre la question des logements coopératifs ait généralement fait consensus). Dans son avis du 20 février 2019, rendu dans le cadre d'une motion 18.4314 déposée le 14 décembre 2018, il a une nouvelle fois renoncé à proposer une modification, en précisant néanmoins être «disposé à examiner une modification en ce sens lors d'une prochaine révision de la loi». Cette seconde motion a finalement été rejetée par le Conseil des États le 16 juin 2021 (https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curiavista/geschaefft?AffairId=20184314, état au 1^{er} juin 2024; voir ég. le rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil des États du 12 avril 2021, n° 1s. (https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2018/Rapport_de_la_commission_CAJ-E_18.4314_2021-04-12.pdf, état au 1^{er} juin 2024)).

³⁴ Aide-mémoire, p. 5.

³⁵ TF, arrêt 2A.428/1999 du 28 janvier 2000, consid 3d.

³⁶ Aide-mémoire, p. 5.

³⁷ Dans le canton de Vaud, la notion d'établissement stable a été élargie par la pratique aux immeubles acquis par les fédérations sportives ou par des associations étrangères, aux immeubles destinés à servir de lieux de culte, et même à des parcelles destinées à la compensation écologique d'une entreprise active dans le ciment (Sulliger, Lex Koller et droit des successions, in: RNR 105/2024, p. 6s. et note de bas de p. 17).

³⁸ ATF 147 II 281 consid. 4.4.

³⁹ Bodevin, op. cit., n° 398.

⁴⁰ Idem, n° 234; Directive valaisanne «Exigences pour bénéficier d'une décision de non-assujettissement au sens de l'art. 2 al. 2 let. a LFAIE» notifiée le 27 janvier 2016.

⁴¹ Les cantons peuvent prévoir un délai plus court (par exemple six mois pour le canton de Genève; voir Directives cantonales d'interprétation du 26 février 2021, n. 4.1.2.4.3).

⁴² Aide-mémoire, p. 6.

⁴³ Bodevin, op. cit., n° 245.

⁴⁴ Aide-mémoire, p. 6.

⁴⁵ À noter que la formulation de l'Aide-mémoire prête à confusion: il est fait mention d'un délai d'une année pour que les deux tiers de la surface soient «construits». Or, il est indiqué plus bas que la construction d'un établissement stable sur un terrain à bâtir doit avoir été «entreprise» dans un délai d'une année (Aide-mémoire, p. 6, let. d et e). Ces deux cas se rapportent pourtant à la même situation, à savoir la construction d'un établissement stable sur un terrain non construit.

⁴⁶ Si la surface excède cette proportion, il conviendra de requérir une autorisation de l'autorité de première instance (Aide-mémoire, p. 6).

⁴⁷ ATF 147 II 281 consid. 4.3; Aide-mémoire, p. 5.

⁴⁸ ATF 147 II 281 consid. 4.6s.

⁴⁹ ATF 147 II 281 consid. 4.3; Aide-mémoire, p. 5.

⁵⁰ Aide-mémoire, p. 4.

⁵¹ Aide-mémoire, p. 4.

⁵² L'office cantonal du registre foncier peut inscrire l'acquisition de la résidence principale même en cas de dépassement de la surface de 3000 m², pour autant qu'il ressorte, sur la base de la documentation fournie, qu'un morcellement de la parcelle serait inopportun ou si l'acquéreur établit son besoin d'un surplus de surface, par exemple pour des places de stationnement ou une piscine (Instructions de l'OFJ aux offices du registre foncier du 1^{er} juillet 2009 (ci-après: «Instructions»), n° 52.14; Aide-mémoire, p. 4).

⁵³ Voir les directives genevoises d'interprétation de la LFAIE (état au 26 février 2021), qui semblent qualifier d'opération assujettie au régime de l'autorisation l'acquisition par un ressortissant non européen d'une résidence principale dont la surface est supérieure à 3000 m² (ch. 3.2.5).

⁵⁴ Aide-mémoire, p. 4.

⁵⁵ Sulliger, op. cit., p. 10; ATF 108 Ib 425 = RNR 66 p. 175.

⁵⁶ Aide-mémoire, p. 7.

⁵⁷ TF, arrêt 2C_190/2017 du 5 septembre 2017 consid. 3.3.3; Aide-mémoire, p. 7; à noter que si le conservateur du registre foncier remarque que tels transferts dans un délai d'un à deux ans, il doit renvoyer l'acquéreur devant l'autorité de première instance (Instructions, n° 62).

⁵⁸ Aide-mémoire, p. 8.

⁵⁹ Aide-mémoire, p. 8.

⁶⁰ Bodevin, op. cit., n° 225.

⁶¹ Message du 6 décembre 2019 (FF 2020 989, 1028).

⁶² Aide-mémoire, p. 5.