

FEUILLE FÉDÉRALE

112^e année

Berne, le 24 novembre 1960

Volume II

Paraît, en règle générale, chaque semaine. Prix: 30 francs par an; 16 francs pour six mois, plus la taxe postale d'abonnement ou de remboursement
Avis: 50 centimes la ligne ou son espace; doivent être adressés franco à l'imprimerie des Hoirs C.-J. Wyss, société anonyme, à Berne

8129

MESSAGE

du

Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale

concernant l'institution du régime de l'approbation pour le transfert de biens-fonds à des personnes à l'étranger

(Du 15 novembre 1960)

Monsieur le Président et Messieurs,

Nous avons l'honneur de vous soumettre, par le présent message, un projet d'arrêté fédéral urgent instituant le régime de l'approbation pour le transfert de biens-fonds à des personnes domiciliées à l'étranger.

I. INTRODUCTION: APERÇU RÉTROSPECTIF

M. le conseiller national Scherrer se renseigna le premier, par une interpellation du 4 juin 1959, sur les possibilités d'intervention de la Confédération au sujet de l'évolution, économiquement indésirable, qui se produit sur le marché immobilier par suite d'une demande extraordinaire d'immeubles par des étrangers et qui menace de donner lieu à une infiltration étrangère d'ordre économique. M. Scherrer développa son interpellation le 6 octobre 1959. Avant que le Conseil fédéral ait été en mesure d'y répondre, M. Buri déposa au Conseil des Etats, le 10 mars 1960, une interpellation de teneur à peu près semblable. Il demandait, de plus, des renseignements sur la révision du droit foncier agricole. Une question écrite de M. le conseiller national Kurmann, du 22 mars 1960, s'exprimait en termes favorables sur les efforts entrepris, à cette époque, en vue de conclure un *gentlemen's agreement* par les banques pour restreindre l'ouverture de crédits hypothécaires à des acquéreurs étrangers de biens immobiliers. Nous parlons ci-après, sous chiffre III, de la réponse du Conseil fédéral.

Le 23 mars 1960, M. le conseiller national Scherrer déposa une motion demandant que des mesures soient prises «si possible» pour lutter contre



l'acquisition de biens immobiliers par des étrangers et que des renseignements soient donnés aux cantons sur les moyens à leur disposition. Nous n'avons pas manqué de donner suite à ce vœu en adressant aux gouvernements cantonaux une circulaire du 13 juin 1960 (FF 1960, II, 233s.). Nous y recommandions d'appliquer plus sévèrement les dispositions en matière de police des étrangers, de propriété foncière rurale et de police des forêts, de renforcer les dispositions relatives à la protection de la nature et des sites, de surveiller le courtage en matière immobilière et d'envisager l'imposition des aliénateurs suisses (non des acquéreurs étrangers) de biens immobiliers.

Nous répondîmes à l'interpellation Scherrer le 17 juin 1960. Nous arrivions à la conclusion que le droit en vigueur n'offrait aucun moyen direct et que les seuls moyens indirects à disposition, dans l'état actuel du droit, étaient ceux qu'indiquait notre circulaire, c'est-à-dire des mesures cantonales et des mesures d'ordre privé sous la forme d'un *gentlemen's agreement* à conclure entre les établissements financiers pour restreindre l'ouverture de crédits. Nous nous déclarâmes disposés à examiner de plus près, malgré les difficultés pratiques et juridiques, la possibilité de prendre la première des mesures directes entrant en considération, c'est-à-dire d'instituer le régime de l'approbation. Nous déclarâmes par conséquent accepter la motion Scherrer si elle était transformée en postulat. Le motionnaire consentit à cette transformation. Nous avons répondu dans le même sens à l'interpellation Buri le 29 juin 1960.

Entretemps, MM. les conseillers nationaux Akeret et Arthur Schmid déposèrent, les 22 et 29 juin 1960, des motions qui, eu égard aux difficultés que rencontrait l'institution du régime de l'approbation du point de vue du droit des gens et du droit constitutionnel, invitaient le Conseil fédéral à mettre immédiatement en train une révision de la constitution et des traités internationaux. M. le conseiller national Akeret retira sa motion après que le chef du département de justice et police, en répondant aux deux motions le 5 octobre 1960, eut annoncé que le Conseil fédéral, se fondant sur l'article 64 de la constitution, déposerait prochainement un projet d'arrêtés fédéral urgent instituant le régime de l'approbation.

Des parlements cantonaux se sont aussi occupés de la question de l'infiltration étrangère en matière immobilière. Des interpellations ou des questions écrites ont été déposées dans les parlements des cantons de Zurich, Berne, Lucerne, Soleure, Bâle-Campagne, Saint-Gall, Grisons, Thurgovie et Vaud.

A côté des interventions parlementaires, il y a lieu de mentionner qu'un comité d'action «interparti» pour une initiative constitutionnelle contre l'infiltration étrangère dans le domaine immobilier s'est constitué le 14 juillet 1960. Après qu'une délégation eut été reçue, le 22 juillet 1960, par le chef du département de justice et police, ce comité décida de surseoir à la quête des signatures jusqu'au moment où le Conseil fédéral aurait répondu aux

motions Schmid et Akeret. Le 4 octobre 1960, il décida de renoncer pour le moment à lancer l'initiative envisagée.

Aux voix qui se sont élevées dans les parlements ou ailleurs s'ajoutent un très grand nombre d'articles de journaux et de lettres adressées au Conseil fédéral ou au département de justice et police. Ils reprochent en général un manque d'activité aux autorités fédérales et leur demandent de prendre des mesures efficaces. Ces appels montrent cependant clairement que de larges milieux de la population ont le sentiment que l'infiltration étrangère dans le domaine immobilier, appelée aussi « mise à l'encan du sol suisse », constitue un problème national important. Il nous reste à examiner si ce sentiment correspond aux faits.

II. DEGRÉ, CAUSES ET CONSÉQUENCES DE L'INFILTRATION ÉTRANGÈRE

Les données statistiques dont nous disposons sont insuffisantes. Nous ne savons guère quelle est la surface et la valeur de la propriété immobilière en mains de personnes étrangères (physiques ou morales). Si nous sommes bien renseignés, le canton de Saint-Gall est le seul qui ait tenté de déterminer la valeur des immeubles en mains étrangères par un recensement, opération coûteuse et prenant beaucoup de temps, comme on le sait. L'accroissement que révèle la statistique plus simple des transferts de propriété est mieux connu. Les chiffres ci-après, qui sont en partie tirés de notre réponse à l'interpellation Scherrer, donnent une image instructive, quoique fragmentaire, de la situation.

Pour la période de 1952 à 1959, les acquisitions apparentes de biens immobiliers par des étrangers, déduction faite des reventes, représentent dans le canton (dans la ville) de Zurich une surface de 3200 (1000) ares et une valeur de 155 (85) millions de francs. De 1400 (260) ares, avec une valeur de 37 (20) millions de francs en 1958, ces acquisitions ont atteint en 1959 2000 (500) ares en chiffres ronds, avec une valeur de 76 (41) millions de francs, ce qui équivaut à 10 pour cent du prix de vente de l'ensemble des immeubles aliénés de gré à gré. Les personnes physiques étrangères domiciliées en Suisse n'ont contribué en rien à ce résultat en ce qui concerne les surfaces et que peu en ce qui touche la valeur. La part du lion quant à la valeur revient, à peu près par moitié, à des personnes physiques étrangères domiciliées hors de nos frontières et à des personnes morales étrangères, c'est-à-dire à des personnes morales ayant leur siège à l'étranger, la plupart au Liechtenstein. Ce sont les personnes de cette seconde catégorie qui ont acquis les plus grandes surfaces. Elles achètent principalement des terrains à bâtir, tandis que les personnes physiques étrangères domiciliées à l'étranger acquièrent le plus souvent du terrain bâti (pour les détails, nous renvoyons à l'étude de Bertschinger: *Die Grundstückkäufe der Ausländer im*

Kanton Zürich 1952—1959, Statistische Berichte des Kantons Zürich, vol. 16, 1960, p. 1 s.).

Dans le canton de Saint-Gall, des personnes physiques ou morales étrangères ont acheté pour près de 33 millions de francs de biens immobiliers, valeur nette, de 1957 à 1959 (30 septembre). La valeur vénale officielle des biens immobiliers en mains étrangères s'élevait à quelque 53 millions de francs le 30 septembre 1959. Sur cette somme, 6 millions représentaient des propriétés en mains de personnes morales étrangères, c'est-à-dire ayant leur siège à l'étranger. Pour le reste, les chiffres sont à peu près égaux en ce qui concerne les biens en mains de personnes physiques étrangères domiciliées à l'étranger et domiciliées en Suisse. Les propriétaires étrangers de maisons d'habitation sont, pour la plupart, domiciliés hors de nos frontières. Les biens immobiliers appartenant à des étrangers sont des maisons d'habitation (environ 44,5 millions de francs), des maisons à usages commerciaux (environ 7 millions) et des domaines agricoles (environ 1,5 million).

Dans le canton du Tessin, les acquisitions de biens immobiliers par des personnes physiques étrangères représentent quelque 44 millions de francs pour la période de 1950 à 1960 (30 juin), l'augmentation étant de 8 millions environ pour 1958, de 20 millions environ pour 1959 et de 2,5 millions approximativement pour le premier semestre de 1960. On n'a pas encore établi par une statistique la valeur des biens immobiliers appartenant à des personnes morales étrangères. Entre 1955 et 1960 (30 juin), des personnes morales suisses et étrangères ont acheté des immeubles pour 201 millions de francs et en ont vendu pour 116 millions, l'excédent net des achats étant ainsi de 85 millions. A titre de comparaison, nous signalons que, pendant la même période, des Suisses originaires d'autres cantons ont acquis au Tessin des biens immobiliers d'une valeur nette de 45 millions de francs.

Les acquisitions de propriété foncière par des étrangers représentent les valeurs suivantes dans les cantons ci-après énumérés (chiffres bruts):

Canton de Berne (principalement l'Oberland), période 1956 à 1959 (31 octobre), 30 millions de francs en chiffres ronds.

Canton de Lucerne (communes de banlieue et du bord du lac), période 1957 à 1959, 30 millions de francs en chiffres ronds; 25 millions pour l'année 1959.

Canton de Fribourg, du 1^{er} janvier au 30 septembre 1960, 1 million de francs en chiffres ronds; trois acquéreurs étaient des personnes morales liechtensteinoises.

Canton de Soleure, période 1955 à 1959, 17 millions en chiffres ronds; 11 millions pour la seule année 1959.

Canton de Bâle-Campagne, 1 million de francs en chiffres ronds pour 1958, 6 millions pour 1959, soit 4 pour cent du prix de l'ensemble des terrains vendus.

Canton de Thurgovie, période 1957 à 1959, 25 millions en chiffres ronds.

Canton de Vaud, zone agricole et mixte, principalement dans les districts d'Aigle, Aubonne, Cossonay, Lausanne, Morges, Nyon et Vevey, période du 1^{er} janvier 1959 au 31 mai 1960, une surface brute d'environ 20 000 ares.

Ces données numériques sont, nous l'avons dit, fragmentaires. Elles permettent toutefois de faire des constatations décisives. C'est pourquoi il est superflu ou en tout cas prématuré d'organiser une enquête statistique complémentaire de la Confédération, qui devrait, aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 23 juillet 1870 (RS 4, 292), être ordonnée par le Conseil fédéral ou l'Assemblée fédérale, selon qu'elle serait unique ou périodique. Elle ne pourrait pas non plus être effectuée en temps utile l'année du recensement de la population. Au reste, le projet d'arrêté fédéral que nous vous soumettons vise aussi un but statistique accessoire et nous pouvons, dès maintenant, renvoyer à son article 10. La statistique prévue fournira des données numériques plus précises qu'un simple relevé des immeubles et des mutations, qui ne porte ordinairement que sur la propriété étrangère apparente. Ne sont en particulier considérées comme propriétaires étrangers que les personnes morales ayant leur siège à l'étranger; les personnes morales étrangères qui ont leur domicile en Suisse sont considérées comme suisses. Inversement, les personnes morales suisses qui sont des sociétés de capitaux ayant leur siège à l'étranger sont traitées comme étrangères. De ce fait, la statistique ordinaire contient inévitablement un élément d'insécurité dont souffrirait aussi une enquête statistique complémentaire qui serait actuellement faite par la Confédération.

Considérés pour eux-mêmes, les chiffres absolus susmentionnés paraissent assez modestes. Les 155 millions de francs enregistrés dans le canton de Zurich ne représentent que un pour cent environ d'une valeur évaluée à 15 milliards de francs pour tous les immeubles de ce canton. Selon une estimation de l'administration fédérale des contributions, la valeur fiscale de l'ensemble de la propriété immobilière suisse est de quelque 75 milliards de francs, la valeur de l'assurance immobilière d'environ 100 milliards et la valeur vénale de 150 milliards. Comparée à ces ordres de grandeur, une augmentation de la propriété foncière étrangère est peu inquiétante, même si elle a atteint, au cours de ces dernières années, plusieurs centaines de millions de francs dans toute la Suisse. Mais si l'on songe que ces biens passés en mains étrangères s'ajoutent à une propriété étrangère déjà considérable et, surtout, que le phénomène se poursuit sans ralentissement, la situation se présente sous un jour différent, qui suscite de l'inquiétude. Notre pessimisme repose sur la constatation que la cause primaire des investissements de capitaux étrangers dans les immeubles suisses, soit la stabilité de nos conditions économiques et sociales, persistera à vues humaines. Cette tendance est encore favorisée par le fait que les impôts épargnés en Suisse ne sont pas entièrement compensés par la perte subie sur les intérêts des capitaux. En-

fin, il se peut que la participation de la Suisse à l'Association européenne de libre-échange incite des ressortissants de pays tiers à investir plus largement des capitaux dans des entreprises et des immeubles suisses. L'afflux de capitaux en provenance de l'étranger a d'ailleurs engagé la banque nationale et les autres banques à conclure, le 15 août 1960, un *gentlemen's agreement* pour lutter contre cet afflux et le réduire.

Cette évolution devient inquiétante si l'on considère de plus près la nature des immeubles appartenant à des étrangers. Contrairement à une opinion répandue, ils ne consistent pas uniquement ni même surtout en villas et maisons de vacances. Ces biens de luxe frappent simplement davantage les regards et se concentrent dans les zones qui attirent le tourisme et dont le sol est en partie moins productif, sur les versants septentrional et méridional des Alpes, surtout au bord des lacs, en particulier au Tessin, mais ailleurs aussi. La présence durable ou périodique des propriétaires peut, suivant leur nombre, avoir des effets indésirables du point de vue démographique. Mais dans ces cas, la législation sur la police des étrangers est alors applicable et permet de lutter au moins indirectement contre une infiltration étrangère en matière immobilière. Nous avons recommandé cette mesure indirecte dans notre circulaire aux gouvernements cantonaux du 13 juin 1960.

Moins les centres touristiques ont veillé à constituer des réserves de terrains publics ou privés pour faire face à leurs besoins, plus sérieuses seront les conséquences économiques de la demande étrangère d'immeubles. Mais la propriété foncière exerce un effet économique encore plus marqué dans la zone des agglomérations industrielles et commerciales, non seulement à Zurich, mais aussi à Genève, Lugano ou ailleurs. Cette propriété constitue presque toujours un simple placement ou un objet de spéculation, le propriétaire étranger demeurant absent. Les dispositions concernant la police des étrangers sont inopérantes dans les cas de ce genre. Les biens immobiliers de cette catégorie paraissent être les plus importants, en valeur comme en surface. Nous voyons un indice de ce fait dans les annonces (en moyenne 65 par semaine) que publie un grand quotidien allemand au sujet de biens-fonds à vendre en Suisse, annonces dont le département de justice et police a dressé la statistique. En moyenne, 21 de ces annonces concernent des immeubles de rapport ou des objets de spéculation. Les immeubles situés au Tessin sont aussi au nombre de 21.

En Suisse, l'étendue du sol est limitée. La surface bâtie et la surface productive est (sans les forêts, mais avec les pâturages situés à plus de 1200 mètres) de 23 000 km² en chiffres ronds sur les quelque 41 000 que mesure le pays. Si l'on déduit les terrains sis à plus de 1200 mètres, il reste quelque 15 000 km² normalement utilisables (statistique de la superficie de la Suisse, 1952, p. 29 s., 49). Calculée sur cette base, la densité de la population de la Suisse est une des plus fortes de l'Europe. Or la population s'accroît, alors que le sol n'est pas susceptible d'accroissement. Les prix des

terrains risquent ainsi de monter par le simple effet d'une demande étrangère même modérée; le danger est naturellement encore plus grand si cette demande est massive, si les acheteurs sont disposés à payer «n'importe quel prix». La hausse du prix des biens immobiliers constitue, en l'occurrence, un facteur d'enchérissement pour l'ensemble de l'économie. Le coût de la production et de la vie dépend du prix de ces biens. Toute augmentation de ces prix favorise la spéculation foncière et celle-ci favorise à son tour une nouvelle hausse des prix. Pour de plus amples détails concernant ce cercle vicieux, nous renvoyons aux considérations émises sous chiffres 2 et 3 de l'expertise des professeurs Jenny, Sieber et Weber, du 11 décembre 1958, qui a été, à l'époque, communiquée aux gouvernements cantonaux. Les problèmes que pose, dans le domaine monétaire et dans celui de la politique économique, une demande excessive de biens immobiliers par des personnes à l'étranger trouvent leur expression dans le *gentlemen's agreement* conclu le 15 août 1960 entre la banque nationale et les autres banques. Aux termes du chiffre 6 de cet accord, les banques se sont engagées à faire tout ce qui est en leur pouvoir pour empêcher que de nouveaux avoirs étrangers ne soient placés en biens immobiliers ou hypothèques suisses.

Cette évolution peut conduire, en définitive, à un fâcheux affaiblissement de notre indépendance économique. Une entreprise a la possibilité de s'en protéger dans une certaine mesure, en émettant des actions nominatives dites «liées» (1), mais il n'est pas possible d'imposer une restriction semblable en matière de propriété immobilière. Le propriétaire foncier jouit à cet égard de plus de liberté que l'actionnaire.

Les conséquences économiques de cette liberté, c'est-à-dire du droit illimité de vendre un bien immobilier à un acquéreur à l'étranger, sont assez graves pour qu'il soit justifié d'y apporter une restriction dans l'intérêt public. Personne ne prétend, à juste titre, que ces opérations immobilières soient économiquement préjudiciables dans un cas donné, et encore moins qu'elles constituent un abus du droit. C'est le fait que ces cas paraissent devoir se multiplier d'une manière excessive et prolongée qui suscite cependant de l'inquiétude et commande une intervention de l'Etat. Ce n'est pas sans peine que nous avons tiré une telle conclusion et préférons avoir été mieux écoutés quand nous avons lancé notre appel à la raison et au sens des responsabilités, ce qui aurait rendu superflue une intervention des pouvoirs publics.

III. LES POSSIBILITÉS D'INTERVENTION

En répondant à l'interpellation Scherrer, nous avons déjà déclaré que les diverses possibilités d'intervention se limitent, pour l'essentiel, à trois

(1) ATF 83, II, 301 s.; Pestalozzi-Henggeler, *Zur Spaltung der Aktienrechte bei vinkulierten Namenaktien*, *Revue suisse de jurisprudence*, vol. 56, 1960, p. 321 s.; postulat Schürmann, n° 8071 du 13 juin 1960.

mesures : restriction des crédits, droit de préemption légal, régime de l'approbation. L'interdiction d'aliéner durant un certain délai n'appartient pas à ces mesures, car elle est dirigée contre la revente à bref délai à des fins de spéculation et non pas contre l'aliénation. Or, le but que nous visons est d'empêcher déjà la vente et non pas seulement la revente. En tant que mesure générale destinée à lutter contre la spéculation — avec des exceptions en faveur de l'industrie du bâtiment — cette interdiction d'aliéner durant un certain délai serait peut-être indiquée, mais elle sortirait du cadre de notre projet. D'ailleurs, ce dernier n'ignore pas la spéculation; nous renvoyons à son article 6, 2^e alinéa, lettre *a*.

L'idée de tarir pour ainsi dire à la source la demande étrangère par la restriction des crédits séduit à première vue. Cette mesure serait surtout intéressante si, par un *gentlemen's agreement*, les associations groupant les établissements de crédit qui jouent un rôle déterminant sur le marché des hypothèques s'engageaient librement, au nom de leurs membres, à restreindre l'octroi de crédits. Déjà par une circulaire du 8 décembre 1959, la banque nationale — considérant les choses sous son angle propre — avait recommandé aux banques de se montrer plus réservées dans l'octroi de crédits hypothécaires à des personnes à l'étranger. Dans notre réponse du 31 mai 1960 à la question écrite Kurmann, nous déclarâmes que nous saluerions la conclusion d'un *gentlemen's agreement* et que le département de justice et police poursuivrait ses efforts, entrepris à la fin de 1959, en vue d'arriver à une solution. Plus tard, nous dûmes malheureusement constater, avec ledit département, qu'un engagement auquel les associations, dans le cas le plus favorable, prêteraient peut-être la main et qui viserait à ne pas augmenter la charge hypothécaire des immeubles passant en mains étrangères, n'aurait eu pratiquement aucun effet et n'aurait nullement répondu à l'attente. Il ne faut pas oublier que les acquéreurs à l'étranger font rarement appel au crédit hypothécaire suisse. Les sociétés d'assurance ont invoqué ce fait pour justifier leur scepticisme à l'égard d'un *gentlemen's agreement*. Si sympathique qu'eût été une solution sans intervention de l'Etat, nous devons toutefois chercher à obtenir au moins un effet psychologique et moral. Or à partir d'un certain moment, il était déjà trop tard et il ne nous restait plus qu'à envisager une intervention directe de la Confédération. Il ne pouvait ainsi, *a fortiori*, pas être question, pour la Confédération, d'intervenir directement en vue de restreindre le crédit hypothécaire et il n'était par conséquent pas nécessaire d'examiner ce point.

Pour d'autres raisons, de caractère politique et financier, nous nous abstenons d'examiner de plus près la question d'un droit de préemption légal en faveur des pouvoirs publics sur les immeubles transférés à des personnes à l'étranger. Selon les modalités adoptées, cette mesure outrepasserait plus ou moins son but: plus, si le droit de préemption était limité et obligeait les pouvoirs publics à garder le terrain acquis; moins, s'il était illimité et autorisait les pouvoirs publics à transférer le terrain acquis

à des acheteurs indigènes. Dans ce dernier cas, les pouvoirs publics s'assureraient des réserves de terrain au gré de la demande étrangère, c'est-à-dire sans aucune méthode. Dans le premier cas, les pouvoirs publics pratiqueraient en outre une politique de nationalisation du sol, telle que la prévoyait l'initiative populaire bâloise de 1956 contre la spéculation foncière, initiative que le Tribunal fédéral, statuant en dernière instance, déclara nulle le 17 juin 1959. Dans les deux cas, le recours tant soit peu généralisé au droit de préemption légal — à défaut de quoi ce droit resterait lettre morte et abstraction faite de tous obstacles de principe de droit public et d'ordre politique — entraînerait des dépenses importantes. Or nous prévoyons que le financement constituerait une charge excessive pour les pouvoirs publics. Une autre difficulté d'ordre pratique réside dans le fait que ce droit pourrait être très facilement éludé. C'est pourquoi l'idée de créer un droit de préemption légal illimité en faveur des pouvoirs publics a été combattue au sein de la commission d'étude en matière de spéculation foncière dont nous avons déjà mentionné le rapport du 11 décembre 1958.

De même que le droit de préemption légal, le régime de l'approbation a, selon les circonstances, l'inconvénient de retarder la conclusion des affaires. A part cela, ce régime ne présente aucun des défauts dont souffrent le droit de préemption légal et la restriction des crédits. Nous nous exprimerons plus loin sur les difficultés d'ordre constitutionnel et de droit international public suscitées par le régime de l'approbation et que présenteraient d'ailleurs aussi un droit de préemption légal ou des mesures légales en matière de restrictions de crédits. Ces difficultés peuvent être écartées suivant la délimitation du champ d'application *ratione personae* et suivant les motifs de refus retenus.

Le fait que d'autres Etats européens ont aussi choisi le régime de l'approbation n'est donc pas dû au hasard.

En Allemagne, l'article 88 de la loi d'introduction du code civil réserve à la législation des *Länder* la faculté de subordonner à l'approbation de l'Etat l'achat de biens-fonds par des personnes physiques ou morales étrangères. Ce régime est encore appliqué notamment en Bavière, en Hesse, dans le Palatinat et à Mayence, ainsi que dans certains anciens territoires prussiens. Les traités internationaux qui garantissent aux ressortissants de l'autre Etat contractant le droit illimité de conclure des affaires, notamment le traité conclu avec la Suisse le 31 octobre 1910, ont toutefois le pas sur le régime de l'approbation, qui n'est ainsi pas applicable. Pour les sociétés d'assurance étrangères, le régime de l'approbation est inopérant du fait de la législation allemande sur la surveillance de ces sociétés.

L'Autriche laisse aux *Länder* le soin de lutter contre l'infiltration étrangère en matière immobilière. Le Vorarlberg applique à cet effet une loi allemande du 22 septembre 1933 (*Wohnsiedlungsgesetz*) qui reste provisoirement en vigueur comme loi autrichienne sur l'aménagement du territoire.

Dans les zones où la population est dense et qui ont été déclarées zones d'habitation en vertu de l'article 1^{er} de ladite loi, la cession d'un bien-fonds ou l'octroi d'un droit d'exploitation ou de construction est soumis, selon l'article 4, 1^{er} alinéa, à une approbation officielle; aux termes de l'article 7, 1^{er} alinéa, l'approbation peut être accordée sous certaines conditions. Par un arrêt du 19 mars 1960, la cour constitutionnelle autrichienne a rejeté le recours formé contre une approbation qui avait été accordée à un acquéreur autrichien à la condition de ne pas céder à un étranger la parcelle qu'il avait acquise à Mittelberg (*Kleines Walsertal*) et déclara non fondé le grief de violation de la garantie de la propriété invoqué par le recourant.

Au Liechtenstein, selon l'article 1^{er}, 1^{er}alinéa, de la loi du 2 décembre 1959 sur la vente des biens-fonds, qui a remplacé et renforcé celle du 31 janvier 1941, l'acquisition de biens-fonds ou de droits de superficie, quelle que soit la nationalité de l'acquéreur, est subordonnée à une approbation de la *Gemeindegrundverkehrskommission*. La *Landesgrundverkehrskommission* fonctionne comme autorité de recours. Aux termes de l'article 10, 2^e alinéa, le service du contentieux du gouvernement de la principauté peut aussi former des recours devant cette commission en vue de sauvegarder les intérêts publics. Ceux-ci sont l'objet d'une disposition générale; selon l'article 2, 1^{er} alinéa, l'approbation doit être refusée notamment lorsque le contrat est conclu à des fins de spéculation, que l'aliénation porte manifestement préjudice à la classe paysanne ou que d'autres intérêts publics sont sensiblement lésés. L'article 2, 2^e alinéa, autorise la *Landesgrundverkehrskommission* à accorder des exceptions pour de justes motifs. L'article 3, 2^e alinéa, dispose que cette commission, sur proposition de la *Gemeindegrundverkehrskommission*, peut admettre des exceptions à l'interdiction, prévue à l'alinéa 1^{er}, de donner des immeubles à ferme pour plus de dix ans, interdiction destinée à empêcher d'éluder les dispositions sur le régime de l'approbation. Dans son rapport au *Landtag* du 10 novembre 1959, le gouvernement de la principauté faisait observer que, dans un petit pays où les terres sont rares, l'intérêt public commande d'empêcher les achats trop nombreux par des étrangers, de réserver l'espace dont auront besoin les générations futures, de freiner la hausse constante des prix sur le marché immobilier et de protéger la classe paysanne.

La Suède a instauré le régime de l'approbation par une loi du 30 mai 1916 et l'a développé par des lois des 18 juin 1925 et 7 juin 1934. Quant au fond, la législation suédoise et notre projet d'arrêté sont fort semblables. La législation suédoise est cependant plus nuancée et contient des dispositions plus rigoureuses au sujet des personnes morales suédoises. Elle soumet en effet à titre préventif aussi au régime de l'approbation l'acquisition de certains biens-fonds par des sociétés suédoises à prépondérance étrangère simplement présumée, par exemple les sociétés anonymes dont les actions sont au porteur. Ces dispositions du droit des sociétés et les différenciations que fait la loi suédoise rendent toute cette législation assez compliquée à

nos yeux, d'autant plus qu'il existe également en Suède, en vertu des lois des 18 juin 1925 et 3 juin 1955, un régime de l'approbation pour l'acquisition des biens-fonds agricoles. L'autorité compétente est soit le gouvernement provincial, soit le ministère de la justice.

Le Danemark ne suit qu'en partie l'exemple de la Suède. Aux termes des articles 1^{er} et 4 d'une loi du 23 décembre 1959, une approbation du ministère de la justice n'est requise pour l'acquisition de biens-fonds et la constitution d'hypothèques à long terme que s'il s'agit de personnes morales sans siège au Danemark ou de personnes physiques qui n'ont pas habité le Danemark pendant cinq années en tout. Selon l'article 9, 1^{er} alinéa, les baux à long terme conclus pour éluder la formalité de l'approbation sont de nul effet.

La législation danoise montre d'une manière particulièrement claire que l'institution du régime de l'approbation répond, en ce qui concerne le champ d'application *ratione personae*, à un impératif qui dépasse les considérations de simple opportunité politique. Comme l'application dépend non pas de la nationalité de l'acquéreur, mais de son domicile à l'étranger, la loi atteint un cercle de personnes plus étendu que ne l'exigeraient des mesures destinées à combattre l'infiltration étrangère. Cela est inévitable en raison du droit des gens.

IV. LE DROIT DES GENS

Le droit des gens en général ou coutumier n'oblige pas un Etat de traiter dans ses lois les étrangers exactement comme ses propres ressortissants. Il suffit qu'il accorde aux étrangers le minimum de droits reconnus dans la communauté des peuples. Le droit des gens coutumier n'interdit donc pas de traiter différemment les nationaux et les étrangers en ce qui concerne l'acquisition de droits privés en général et de la propriété foncière en particulier. Il s'oppose cependant à ce que, sans motif objectif tel que le manque de réciprocité de la part de l'Etat étranger ou la nécessité de représailles envers un Etat étranger, des étrangers entre eux soient traités différemment suivant leur nationalité (1).

Le droit des gens résultant des traités internationaux impose une égalité de traitement beaucoup plus grande entre les nationaux et les étrangers. Par de nombreux traités, la Suisse s'est aussi engagée à assimiler à ses citoyens les ressortissants d'Etats étrangers, notamment en ce qui concerne la propriété (traitement national). Nous mentionnons, à titre d'exemples, les clauses des traités d'établissement conclus avec l'Allemagne le 31 octobre 1910 (art. 1^{er}; RS 11, 567), avec l'Autriche-Hongrie, le 7 décembre 1875 (art. 2; RS 11, 569), avec les Etats-Unis d'Amérique le 25 novembre 1850 (art. 1^{er} et 5, RS 11, 602), avec la France le 23 février 1882 (art. 1^{er}; RS 11, 612) et avec l'Italie le 22 juillet 1868 (art. 1^{er} et 3; RS 11, 649). Tandis que les traités

(1) Verdross, *Völkerrecht*, 4, 1959, p. 287/288; Schindler, *Die Gleichberechtigung von Individuen als Problem des Völkerrechts*, 1957, p. 77s., 85/86.

conclus avec l'Allemagne et la France admettent tacitement l'égalité de traitement en ce qui concerne l'acquisition de la propriété foncière et que les traités conclus avec l'Italie et l'Autriche stipulent expressément cette égalité, le traité conclu avec les Etats-Unis (art. 5, 2^e et 3^e al.) fait exception en réservant la loi nationale (1). Aux Etats-Unis, le droit de certains Etats prévoit aujourd'hui encore des restrictions à l'acquisition de biens-fonds par des étrangers. Les ressortissants de presque tous les Etats avec lesquels la Suisse a conclu des traités bénéficient cependant, aussi dans ce domaine, de la même égalité de traitement, le cas échéant en vertu de la clause de la nation la plus favorisée, telle qu'elle figure par exemple à l'article 4 du traité d'amitié, de commerce et d'établissement réciproque (RS 11, 629) conclu le 6 septembre 1855 avec la Grande-Bretagne (2).

Bien que les traités d'établissement soient généralement muets sur ce point, ils mettent aujourd'hui au bénéfice du droit d'acquérir des biens-fonds non seulement les personnes « établies » au sens de la législation sur la police des étrangers, mais aussi les personnes physiques ou morales domiciliées à l'étranger (3).

Inversement les personnes suisses qui ne sont pas domiciliées dans l'Etat considéré y bénéficient des droits correspondants. Certains traités reconnaissent expressément comme sujets du droit suisse les personnes morales étrangères, en général sans aucune restriction quant à l'acquisition de la propriété foncière, par exemple l'article 15 de la convention commerciale avec la France du 31 mars 1937 (RS 14, 465), l'article 9 du traité de commerce avec l'Union douanière belgo-luxembourgeoise du 26 août 1929 (RS 14, 372) et l'article 11 de la convention d'établissement avec la Grèce, du 1^{er} décembre 1927 (RS 11, 635). La convention d'établissement avec la Turquie, du 13 décembre 1930 (RS 11, 639), fait exception en prévoyant une légère restriction à l'acquisition de biens immobiliers par des personnes morales. Dans les autres cas, les traités assimilent aux ressortissants suisses les personnes morales ou physiques de droit privé d'origine étrangère, mais ayant leur domicile ou leur siège en Suisse. Les restrictions apportées à l'acquisition de biens-fonds dans les cantons de Berne (art. 3 d'une loi du 27 juillet 1866), de Vaud (art. 31, 2^e al., de la loi d'introduction du CC) et de Genève (art. 1^{er} d'une loi du 4 avril 1849/25 mai 1918) par les personnes morales de droit public et ecclésiastique en vertu de l'article 59, 1^{er} alinéa, du code civil, ne s'appliquent aux corporations ou

(1) Petitmermet, *Le droit d'établissement des étrangers en Suisse*, *Revue de droit suisse*, vol. 64, 1923, p. 126 a.

(2) Burekhardt, *Droit fédéral*, vol. I, n° 106 II, III, p. 232/233.

(3) Message du 17 juin 1929 à l'appui d'une loi sur le séjour et l'établissement des étrangers, FF 1929, I, 929; Stauffer, note 29 s. ad art. 14 du titre final du CO; Aubert, *Le statut des étrangers en Suisse*, *Revue de droit suisse*, vol. 77, 1958, p. 221 et les arrêts du Tribunal fédéral qui y sont cités: ATF 76, I, 225; 74, I, 99; Burekhardt, *Droit fédéral*, vol. I, n° 106, I, V et VI; Salis, *Droit fédéral*, vol. II, n° 531.

aux établissements étrangers que dans les limites des traités internationaux existants.

Le régime de l'approbation, tel qu'il est prévu à l'article 3 du projet et tel qu'il existe notamment au Danemark, s'applique aux acquéreurs à l'étranger, sans égard à leur nationalité. Etant fondé sur le domicile à l'étranger et non sur la nationalité étrangère, notre projet évite une discrimination contraire aux traités. Les étrangers domiciliés en Suisse n'auront ainsi besoin d'aucune approbation, tandis que les acquéreurs suisses domiciliés à l'étranger devront s'en procurer une. Cette assimilation des Suisses de l'étranger aux étrangers à l'étranger est une condition absolue imposée par le droit des gens et que nous vous proposons de prévoir malgré ses conséquences rigoureuses, après avoir pesé avec soin les intérêts en jeu. Les intérêts qui, dans le domaine de politique économique et foncière, commandent une intervention de la Confédération ont manifestement le plus de poids, comme nous l'avons relevé au chapitre II. Ces intérêts justifient, compte tenu de l'article 4 de la constitution, l'inégalité inhérente à tout régime de l'approbation et en particulier à un régime de l'approbation fondé sur le critère du domicile. Ce critère a pour effet de modifier le but primitif du régime de l'approbation, qu'est un but de politique foncière consistant à freiner l'extension, préjudiciable à notre économie, de la propriété foncière étrangère en Suisse et à accorder à cet égard un droit de priorité au peuple suisse. Le droit d'acquérir des biens-fonds en Suisse par priorité est ainsi réservé non plus au peuple suisse, mais aux sujets de droit suisses ou étrangers qui vivent et travaillent dans le pays. Ce but ressort clairement de l'article 6, 1^{er} alinéa, du projet, qui indique les motifs de refus de l'approbation. Le caractère du régime de l'approbation en tant que droit foncier passe ainsi avant son caractère de droit applicable aux étrangers; le régime de l'approbation peut néanmoins être fondé sur l'article 64 de la constitution.

V. DROIT CONSTITUTIONNEL

La Confédération peut instaurer le régime de l'approbation si la constitution l'y autorise expressément ou tacitement; sinon, les cantons seraient compétents. Les articles 31bis, 64 et 69ter de la constitution peuvent entrer en ligne de compte.

L'article 69ter sur la police des étrangers doit être éliminé d'emblée. Dans la mesure où il vise les actes juridiques conclus avec des personnes de nationalité étrangère, le régime de l'approbation envisagé consiste pour une bonne part en dispositions concernant les étrangers, mais il ne s'agit pas de police des étrangers. Ce n'est pas la présence en Suisse de personnes physiques étrangères qu'on entend restreindre, mais l'acquisition de biens-fonds par des personnes physiques ou morales qui ne se trouvent pas en Suisse.

Le fait que le régime de l'approbation constitue aussi et même en premier lieu du droit foncier ne signifie pas qu'il pourrait être fondé sur les dispositions de l'article 31 *bis*, 3^e alinéa, lettres *b* et *c*, de la constitution qui confèrent des attributions de politique économique à la Confédération. Le dessein n'est pas d'instituer des mesures spécifiques en faveur de la propriété foncière rurale ou de régions dont l'économie est menacée; nous avons certes aussi ces biens-fonds en vue, mais pas exclusivement. Il ne s'agit d'ailleurs pas de mesures de politique économique dérogeant au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, comme nous l'exposerons plus loin.

Reste à examiner si l'article 64, 2^e alinéa, de la constitution, qui autorise la Confédération à légiférer sur toutes les matières du droit civil, offre une base constitutionnelle adéquate. Dans la réponse à l'interpellation Scherrer, nous avons penché pour la négative et tenu un nouvel article constitutionnel pour indispensable. Mais après que le département de justice et police a établi un projet d'arrêté fédéral urgent qui donne une image concrète du régime de l'approbation, nous voyons que nos hésitations n'étaient pas fondées. Nous croyons au contraire pouvoir considérer le régime de l'approbation comme une institution de droit civil au sens de l'article 64, 2^e alinéa, sans faire aucune violence à la constitution. Dans un avis de droit du 3/12 août 1960, le professeur Max Imboden, de Bâle, a confirmé cette manière de voir.

La doctrine entend par droit civil la partie du droit privé commune à tous les sujets de droit (1); l'article 64, 2^e alinéa, de la constitution — ainsi que le montrent la comparaison avec le premier alinéa et la confrontation avec le droit public à l'article 6, 1^{er} alinéa du code civil — vise le droit privé dans son ensemble. Les notions du droit privé et du droit public varient suivant la règle de droit qui les utilise (2) et aussi dans la doctrine (3). Le recours à l'interprétation dite historique, appliquée par le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral pour interpréter d'anciennes dispositions constitutionnelles équivoques, récemment encore à propos du suffrage féminin (4), ne permet pas d'aboutir à un résultat concluant.

Dans son message du 28 novembre 1896 à l'appui de la revision de l'article 64 de la constitution (FF 1896, IV, 592s., 607), le Conseil fédéral ne s'est pas prononcé sur le sens exact du 2^e alinéa de l'article proposé. Lors des délibérations parlementaires, plusieurs orateurs exposèrent que

(1) Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 3^e éd., 1948, p. 29s.

(2) Par exemple, Ramstein, *Die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht im Lichte der bundesrechtlichen Rechtsprechung*, 1959, p. 10, 17.

(3) En ce sens: Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre*, 2^e éd., 1948, p. 275 s. et, outre les autres qui y sont cités: Wolff, *Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht*, dans *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 76, 1950/51, p. 205s.; Piaget, *Droit public et droit privé*, dans *Revue de droit administratif*, vol. 4, 1948, p. 1s.

(4) Message du 22 février 1957, FF 1957, I, 806ss.; ATF 83, I, 177s.

la notion du droit civil devait comprendre aussi les règles de procédure indispensables (1), l'article 72 de l'avant-projet de code civil du département de justice et police de 1900 étant l'une de ces règles de procédure. Aux termes de cet article, les collectivités et établissements de droit public étrangers devaient requérir l'autorisation du Conseil fédéral pour acquérir des biens-fonds et les cantons pouvaient subordonner à une autorisation l'acquisition de biens-fonds par toutes les autres personnes morales. Eugène Huber considérait ce régime de l'autorisation comme une restriction que le droit public permet à la Confédération d'apporter à la jouissance des droits civils (2). Il avait déjà signalé auparavant de semblables restrictions applicables aux personnes étrangères en vertu de dispositions des codes civils cantonaux (3). Le régime de l'autorisation fut repris à l'article 72 de l'avant-projet de 1903 et à l'article 63 du projet de 1904, avec cette différence que la compétence était déléguée aux cantons. Dans son message du 28 mai 1904 (FF 1904, IV, 20), le Conseil fédéral l'a présenté comme une mesure contre la mainmorte. Quant au rapport entre le droit civil et le droit public, il exposa d'une façon toute générale (FF 1904, IV, 11/12) qu'une institution destinée, par sa nature, à régler des intérêts privés appartient au droit privé, alors même qu'à bien des égards elle est soumise à l'influence du droit public; il s'est ainsi rallié à la théorie des intérêts privés prépondérants (4). Le Conseil national biffa l'article 63 du projet, parce que les cantons pouvaient limiter la mainmorte en usant des réserves en faveur du droit public cantonal prévues aux articles 8, 1^{er} alinéa, et 69, 1^{er} alinéa (actuellement art. 6, 1^{er} al., et 59, 1^{er} al., CC), comme Eugène Huber l'exposa en sa qualité de rapporteur au Conseil national. Le rapporteur au Conseil des États, Hoffmann, émit des doutes à ce sujet (Bull. stén. 1905, p. 476, 928). Cet exposé rétrospectif et contradictoire fournit au moins pour l'interprétation de l'article 64, 2^e alinéa, de la constitution, un élément qu'ont ensuite utilisé la doctrine et la jurisprudence.

La doctrine et la jurisprudence relatives à l'article 64, 2^e alinéa, admettent en effet plus ou moins une théorie des intérêts privés prépondérants, selon laquelle la Confédération peut édicter les règles de droit public nécessaires ou opportunes pour compléter le droit privé, sans outrepasser la compétence que lui accorde l'article 64, 2^e alinéa (5). Toutefois, le droit

(1) Burckhardt, *Kommentar*, 3^e éd., 1931, p. 585 et les interventions citées des députés Müller, Berthoud, Kurz, Rossel et Forrer; Bull. stén. 1897, p. 67, 68; 1898, p. 234.

(2) Eugène Huber, *Erläuterungen*, 2^e éd., 1914, p. 81/82.

(3) Eugène Huber, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, vol. 1, 1886, p. 151.

(4) Holliger, *Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht* ..., 1904, p. 60/61.

(5) Ramstein, p. 18 ss.; Wartmann, *Der Dienstvertrag nach Bundeszivilrecht und das kantonale öffentliche Recht* ..., 1958 p. 8s., 11/12, 32s., 58s.; ATF 58, I, 32 et 42, I, 350/351 souvent cités.

privé doit l'emporter qualitativement, mais pas nécessairement quantitativement (1). Droit civil au sens de l'article 64, 2^e alinéa, signifie codification du droit civil (2) et, partant, presque inévitablement une «tête de Janus» moitié droit privé, moitié droit public, avec prédominance du droit privé (3). La Confédération détermine ce qui doit relever du droit public selon son appréciation de la politique législative (4), mais elle ne doit pas créer inutilement du droit public sous le couvert du droit civil (5). En légiférant dans des domaines de pur droit public, elle outrepasserait le pouvoir d'appréciation que lui accorde l'article 64, 2^e alinéa (6). L'«attraction de compétence» en faveur de la Confédération à l'article 64, 2^e alinéa, entend empêcher qu'un domaine formant un tout soit dissocié, mais elle se limite à cela (7).

C'est ainsi que la Confédération ne peut pas légiférer dans les domaines de la protection de la jeunesse, de la protection de la nature et des arts ou en matière de remaniements parcellaires, ni, d'une manière générale, édicter des restrictions de droit public de la propriété si elle n'y est pas déjà autorisée par une autre disposition constitutionnelle que l'article 64, 2^e alinéa (8). La restriction de la propriété que constitue le délai d'interdiction de revendre des parcelles agricoles selon les articles 218 et suivants du code des obligations, qui a été renforcée par l'article 95 de la loi du 12 décembre 1940 sur le désendettement de domaines agricoles, repose comme celle-ci sur l'article 64, 2^e alinéa, ce qui ne souleva alors aucun doute (9). Au chiffre 13 de son avis de droit du 11 décembre 1958 sur la spéculation foncière, la commission d'étude composée de MM. Jenny, Sieber et Weber

(1) Holliger, *Inwieweit darf der Bundesgesetzgeber im Zivilgesetzbuch öffentlich-rechtliche Normen aufstellen?* Zentralblatt, vol. 5, 1904/1905, p. 83/84.

(2) Egger, *Zum sachlichen Geltungsbereich des Zivilgesetzbuches*, dans *Festgabe für den schweizerischen Juristenverein*, 1908, p. 179ss.

(3) Vetter, *Beziehungen zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichem Recht*, 1920, p. 11/12, 36, 103.

(4) Burckhardt, *Kommentar*, 3^e éd., 1931, p. 586; le même, compte rendu du commentaire Egger, art. 6 à 10 CC, dans *Revue de la société des juristes bernois*, vol. 65, 1929, p. 32/33.

(5) Hans Huber, *Die Garantie der individuellen Verfassungsgerechte*, *Revue de droit suisse*, vol. 77, 1936, p. 137a/138a, en inversion de la phrase de Fleiner, *Bundesstaatsrecht*, p. 425, selon laquelle les cantons ne peuvent pas modifier le droit civil fédéral sous le couvert du droit public.

(6) Beck, note 9 à l'art. 51 tit. fin. CC; Sträuli, *Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete der Gesetzgebung*, 1931, p. 20, 22/23.

(7) Mutzner, *Bundeszivilrecht und kantonales öffentliches Recht*, 1939, p. 10a., 12/13, 36s.

(8) *Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération*, fasc. 22, 1952, n° 61, 62, p. 103 ss.; fasc. 12, 1938, n° 16, p. 33/34; fasc. 9, 1935, n° 17 p. 22/23 et le fasc. 5 qui y est cité, n° 13, pp. 20 ss.; Burckhardt, *Droit fédéral*, vol. 3, n° 1262, p. 631.

(9) Message du 23 juin 1936, FF 1936, II, 235; Bull. stén. CN 1937, p. 770/771, CE 1938, p. 598s.; ATF 69, II, 29/30.

a relevé que ce délai d'interdiction pourrait aussi avoir une base constitutionnelle en tant que mesure de police du commerce et de l'industrie. En matière de police du commerce et de l'industrie, la Confédération est compétente en vertu de l'article 31 bis, 2^e alinéa, de la constitution, de sorte que le droit civil fondé sur l'article 64, 2^e alinéa, peut également contenir des prescriptions de police du commerce et de l'industrie. Mais il ne peut contenir des dispositions de politique économique que dans les limites de l'article 31 bis, 3^e alinéa. Sinon le droit civil pourrait rendre illusoire la liberté du commerce et de l'industrie (1). Dans cette mesure, la liberté du commerce et de l'industrie protège également contre les atteintes (formellement de droit civil et matériellement de droit public) portées à la liberté de contracter dont elle est l'expression en droit public (2). La liberté du commerce et de l'industrie garantit aussi un reste de liberté des contrats (3).

S'il est malaisé de ramener la doctrine et la jurisprudence à un dénominateur commun, il en ressort cependant, en premier lieu, que le présent régime de l'approbation relève, par son but, du droit public: il constitue une restriction de droit public de la liberté de contracter pour l'aliénateur et l'acquéreur de biens-fonds et, en outre, une restriction de l'exercice du droit de propriété pour l'aliénateur et, pour l'acquéreur, une restriction de la jouissance des droits civils. Le droit public qui modifie ainsi la jouissance des droits civils est pourtant lié suffisamment à un domaine classique du droit privé pour qu'on puisse lui reconnaître formellement le caractère du droit civil au sens de l'article 64, 2^e alinéa, de la constitution, même s'il est institué à titre temporaire en dehors du code civil. Systématiquement, il en fait partie (4), comme le délai d'interdiction déjà cité des articles 218 et suivants du code des obligations, qui est fondé, lui aussi, sur l'article 64, 2^e alinéa.

Notre conviction est renforcée par le résultat de la «contre-preuve» suivante: le régime de l'approbation ne serait pas concevable au titre de droit public cantonal fondé sur l'article 6 du code civil. Il porterait une telle atteinte à l'unité du droit civil fédéral et serait si contraire à ce droit

(1) Froesch, *Ausdrückliche und stillschweigende Kompetenzverteilung im Bundesstaat*, 1955, p. 269 ss., se référant à Lüchinger, *Die Auslegung der Bundesverfassung*, 1953, pp. 130 s.; Marti, *Die Handels- und Gewerbefreiheit*, 1950, p. 75 s. et les auteurs qui y sont mentionnés.

(2) Fischer, *Der Begriff der Vertragsfreiheit*, 1952, p. 61, se référant à Oftinger, *Die Vertragsfreiheit*, dans «La liberté du citoyen en droit suisse», dans *Recueil du centenaire de la constitution fédérale* publié par les facultés de droit des universités suisses, 1948, p. 318; Hans Huber, Intervention à l'assemblée de la société suisse des juristes, 1945, *Revue de droit suisse*, vol. 64, 1945, p. 462a s., quelque peu divergent de *Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit*, dans la *Nouvelle Gazette de Zurich*, n° 1130, du 21 juillet 1941.

(3) Bindschedler, *Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit*, *Revue suisse de jurisprudence*, vol. 38, 1941/42, p. 292.

(4) Burckhardt, *Methode und System des Rechts*, 1936, p. 156, 196/197.

qu'il violerait le principe de la force dérogatoire du droit fédéral. Récemment, le Tribunal fédéral s'est aussi demandé si un canton pouvait, au regard du droit civil fédéral, soumettre des contrats à une autorisation officielle, mais il a laissé la question ouverte ⁽¹⁾; une réponse négative ne fait pour nous aucun doute. Il est donc superflu d'examiner si le commerce des biens-fonds fait partie des choses dont les cantons peuvent, en vertu de l'article 6, 2^e alinéa, du code civil, réglementer le commerce dans les limites de leur souveraineté. Un régime de l'approbation de droit cantonal n'est concevable que pour l'acquisition par des corporations ou des établissements de droit public et ecclésiastique (art. 59, 1^{er} al. CC), comme dans les cantons de Berne, Vaud et Genève; nous avons exposé sous chapitre IV que l'extension de ce régime de droit cantonal à l'acquisition par des personnes morales étrangères de droit privé serait contraire au droit des gens.

Le régime de l'approbation envisagé ne touche pas la liberté du commerce et de l'industrie. Certes, l'intérêt public à un tel régime est un intérêt économique général, mais pas un intérêt de police économique, ni même de politique économique. Il ne saurait être question ici d'une intervention de politique économique dans la liberté du commerce et de l'industrie, visant à diriger la concurrence. Le régime de l'approbation entend en effet restreindre la liberté de contracter de tout un chacun et pas seulement celle des commerçants et industriels; la liberté du commerce et de l'industrie ne protège le citoyen que contre les restrictions qui visent exclusivement ou principalement les commerçants et les industriels (ATF 80, I, 162; *Journal des Tribunaux* 1955, p. 79). Il n'y a donc pas lieu de décider si le régime de l'approbation est compatible avec la liberté du commerce et de l'industrie. Nous ne prétendons pas que ce régime en matière immobilière n'ait jamais rien à voir avec la liberté du commerce et de l'industrie; le Conseil fédéral ne l'a pas non plus prétendu à propos du régime de l'approbation qui avait été envisagé en matière de droit foncier agraire, mais qui n'a pas acquis force de loi; il l'avait d'ailleurs considéré comme compatible avec la garantie de la propriété (message du 30 novembre 1947, FF 1948, I, 48 s.).

La garantie de la propriété n'est pas non plus violée par le régime de l'approbation envisagé. Ce régime restreint, il est vrai, le droit du propriétaire de disposer librement de son bien-fonds dans la mesure où il entend l'aliéner à des personnes domiciliées à l'étranger; en revanche, l'aliénation à des personnes se trouvant en Suisse reste libre. La surface de terrain disponible n'est en rien diminuée et le droit de disposition ne subit pas de restriction qui entamerait l'essence de l'institution juridique qu'est la propriété foncière et la viderait de sa substance. Par rapport à une restric-

(1) ATF 83, I, 24, de même Burckhardt s'était déjà posé cette question dans *Grundsätzliches über die Abgrenzung von Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat*, *Revue de la société des juristes bernois*, vol. 68, 1932, p. 321.

tion de droit public de la propriété édictée sous forme de loi, la garantie de la propriété ne garantit rien d'autre que l'institution de la propriété privée⁽¹⁾.

Nous avons déjà exposé plus haut, au chapitre IV, que l'égalité de traitement garantie par l'article 4 de la constitution n'est pas non plus violée.

VI. COMMENTAIRE DU PROJET

Titre et préambule

Le titre correspond pour l'essentiel à l'article 1^{er} du projet. L'article 64 de la constitution constitue la base des articles 1^{er} à 12; nous renvoyons à ce sujet aux explications données au chapitre V. L'article 6, 2^e alinéa, lettre *b*, l'article 8, 5^e alinéa, lettre *b*, et 6^e alinéa, ne reposent pas sur l'article 64 de la constitution. Ils complètent en effet la loi du 23 juin 1950 sur la protection d'ouvrages militaires et se fondent par conséquent sur l'article 20 de la constitution que nous citons dans le préambule. Celui-ci mentionne en outre l'article 64 *bis* de la constitution comme base des dispositions pénales (art. 14 à 16) et l'article 89 *bis*, 1^{er} et 2^e alinéas, sur lequel se fonde la clause d'urgence (art. 19).

Article premier

Nous avons exposé, au chapitre IV, pour quels motifs impérieux de droit international public nous avons choisi le critère du domicile à l'étranger (cf. l'art. 4 sur la notion du domicile) et non celui de la nationalité étrangère.

L'article 2 définit le transfert de la propriété foncière et l'article 3 la personne de l'acquéreur.

Les motifs pour lesquels l'approbation peut ou doit être refusée sont indiqués à l'article 6, tandis que les articles 7 et suivants désignent les autorités et la procédure d'approbation.

On aurait pu adopter le système inverse et prévoir à l'article 1^{er} l'interdiction de principe de transférer la propriété foncière à des personnes domiciliées à l'étranger, en précisant à l'article 6 les motifs pour lesquels le transfert pourrait être autorisé. Mais ce système serait peu sympathique puisqu'il impliquerait une présomption en faveur de l'interdiction. Nous préférons la solution que nous proposons.

(1) Imboden, avis de droit du 31 mars 1958 à propos de l'initiative bâloise contre la spéculation foncière, ch. 13; parmi les auteurs qui y sont cités: Meyer-Hayoz, Introduction aux art. 641s. CC, note 213; le même, *Die Schranken des Grundeigentums*, *Revue suisse du notariat et du registre foncier*, vol. 38, 1957, p. 259/260; Gygi, *Über die Eigentumsgarantie*, *Revue mensuelle pour le droit administratif et le notariat du canton de Berne*, vol. 55, 1957, p. 259; Pagi, *La garantie constitutionnelle de la propriété*, 1956, p. 95s.

Art. 2

Les lettres *a* et *b* de l'alinéa 1^{er} n'appellent pas de commentaire. Les lettres *c* et *d* assimilent à la propriété les droits qui procurent la propriété. Contrairement au droit d'emption, seule la cession d'un droit de réméré par un bénéficiaire en Suisse à une personne à l'étranger (et non l'octroi) constitue un transfert de la propriété foncière. L'octroi d'un droit de réméré n'est pas sujet à l'approbation. Le propriétaire à l'étranger qui vend son immeuble en Suisse à une personne domiciliée en Suisse est ainsi libre de se réserver un droit de réméré. Du point de vue de la politique foncière, cela vaudrait encore mieux que s'il ne vendait pas du tout.

Nous ne mentionnons pas non plus le droit de préemption, pas plus l'octroi que le transfert. En effet l'exercice d'un droit de préemption nécessite un contrat de vente passé en la forme authentique et qui est sujet à l'approbation en vertu de la lettre *a*.

L'énumération des contrats sujets à l'approbation comprend finalement sous lettre *e* le droit de superficie et l'usufruit. Ces servitudes, surtout le droit de superficie, constituent des opérations idéales pour éluder le régime de l'approbation. Au lieu de les traiter séparément comme telles aux articles 11, 2^e alinéa, et 12, 2^e alinéa, il est plus simple de les soumettre à titre général et préventif au régime de l'approbation. Nous ne mentionnons pas en revanche le droit d'habitation, puisque, d'après l'article 776, 2^e alinéa, du code civil il est incessible et ne passe pas aux héritiers. Il présente ainsi moins d'inconvénient que l'usufruit, qui s'éteint aussi par la mort de l'usufruitier (art. 749, 1^{er} al., CC), mais peut durer jusqu'à cent ans en faveur des personnes morales (art. 749, 2^e al., CC), son exercice pouvant d'ailleurs être transféré à un tiers (art. 758, 1^{er} al., CC).

Le 2^e alinéa est la conséquence du fait que, selon la théorie dominante, les fonds de placement immobiliers ne sont pas des personnes morales et que les porteurs de certificats ne sont pas copropriétaires de la fortune du fonds (1). Le porteur de certificat a un droit de nature personnelle résultant de son contrat (contrat innomé) avec l'administration du fonds et la banque fiduciaire, toutes deux personnes morales. L'administration du fonds est propriétaire de la fortune du fonds, c'est-à-dire des actions des sociétés immobilières. Seule l'acquisition par une personne à l'étranger d'actions de ces sociétés immobilières ou d'une administration de fonds de placement serait sujette à l'approbation, et non pas l'acquisition de certificats d'un fonds. C'est cela — et cela seulement — qu'entend préciser le 2^e alinéa.

Le 3^e alinéa, aux termes duquel l'adjudication dans une vente aux enchères est assimilée au transfert, résulte de l'article 229, 1^{er} et 2^e alinéas du code des obligations.

(1) cf. Hirsch, Une loi spéciale sur les fonds de placement, *Wirtschaft und Recht*, vol. 10, 1958, p. 126/127; Sutz, *Der Immobilieninvestmenstrust in der Schweiz*, 1957, p. 71, 75; M. Servien, *Les fonds de placement collectif en Suisse 1958*, p. 149.

Art. 3

D'après les lettres *a* à *c*, les sociétés de personnes rentrent dans la notion de personnes à l'étranger au sens de l'article 1^{er}, quand bien même elles ont, dans le cas de la lettre *b*, leur siège à l'étranger sans être des personnes physiques ou morales au sens de la lettre *a*; dans le cas de la lettre *c*, elles sont bien des sociétés de personnes au sens des lettres *a* et *b*, mais domiciliées en Suisse.

Nous insistons sur la nécessité de la lettre *c*. Sans cette extension aux personnes morales domiciliées en Suisse, quant à la forme, mais financièrement fixées à l'étranger, le régime de l'approbation pourrait être éludé d'une façon légale.

Selon la lettre *c* et l'article 2, 1^{er} alinéa, lettre *b*, une société anonyme ayant son siège en Suisse et dont le principal actionnaire est domicilié à l'étranger serait soumise au régime de l'approbation pour acquérir des actions d'une société immobilière. Si l'approbation n'était pas requise ou était éludée par le truchement d'un homme de paille domicilié en Suisse agissant pour cet actionnaire principal, les conséquences de droit civil et pénal prévues aux articles 11 et suivants seraient applicables au cas où l'opération viendrait à être découverte.

Art. 4

Pour le domicile des personnes physiques, nous nous fondons sur le droit civil (comme cela se fait fréquemment dans d'autres domaines du droit public, sauf pour la procédure civile et la poursuite, par exemple en matière fiscale et électorale) conformément à l'article 43, 2^e et 4^e alinéas, de la constitution (1). Il ne faut pas confondre le domicile et l'établissement, ce dernier étant une forme qualifiée de la présence autorisée par la police (2). L'autorisation d'établissement en général et celle qui est accordée par la police des étrangers en particulier ne sont qu'un indice plus ou moins sûr de l'accomplissement des deux conditions du domicile civil: intention de résider durablement (élément subjectif), qui se réalise (élément objectif) par une présence effective au lieu qui est le centre de la vie (3). Cette présence suppose une autorisation d'établissement ou de séjour, mais non inversement.

Dans chaque cas, le conservateur du registre foncier et l'autorité d'approbation devront examiner, selon ces critères, si l'acquéreur d'un bien-fonds habite à l'étranger ou en Suisse. Le transfert à celui qui est domicilié en Suisse n'est pas soumis au régime de l'approbation (art. 1^{er}). Le transfert à des sujets du droit des gens visés par l'article 5 ne l'est pas non plus. Dans

(1) Heuss, *Zivilrechtliche Rechtsbegriffe in der AHV*, 1957, p. 5s.; Blumenstein, *System des Steuerrechts*, vol. I, 2^e édition 1951, p. 39s.; Castella, *L'exercice du droit de vote*, *Revue de droit suisse*, vol. 78, 1959, p. 530 a s.; message du 23 mai 1950, FF 1950, I, 1290.

(2) Burekhardt, *Kommentar*, 3^e édition, 1931, p. 355s.; Rüegg, *Niederlassungsfreiheit*, 1958, p. 9s.

(3) Egger, n^o 19s. ad art. 23 CC; ATF 81, II, 325s. et 82, II, 574.

les cas douteux, le conservateur du registre foncier devra, conformément à l'article 12, 2^e alinéa, renvoyer les parties contractantes devant l'autorité d'approbation.

Une présomption légale, selon laquelle l'établissement vaudrait comme domicile pour les étrangers, faciliterait l'application de l'arrêté. Mais elle serait déjà quelque peu problématique du fait que l'établissement n'exclut pas une longue absence ni, le cas échéant, un domicile à l'étranger. Aux termes de l'article 9, 3^e alinéa, lettre *c*, de la loi du 26 mars 1931, sur le séjour et l'établissement des étrangers, l'autorisation d'établissement pour un étranger absent du pays peut être prolongée jusqu'à deux ans. Une telle présomption légale serait encore plus problématique du point de vue du droit des gens. Selon l'article 17, 1^{er} alinéa, de la loi et l'article 11, 2^e alinéa, du règlement d'exécution, l'autorisation d'établissement n'est généralement délivrée que si l'étranger est au bénéfice d'une autorisation de séjour. Il a droit à une autorisation d'établissement après cinq ou dix ans, et seulement en vertu d'un accord complémentaire en matière de police des étrangers conclu avec le gouvernement du pays d'origine. L'acquéreur étranger serait ainsi traité moins bien que le citoyen suisse, car celui-ci n'aurait qu'à prouver qu'il est domicilié en Suisse, sans durée minimum déterminée, pour pouvoir acquérir librement des biens-fonds dans le pays. Fixer aussi un délai d'attente pour les citoyens suisses heurterait notre sentiment. Cette discrimination entre les Suisses de l'étranger rentrés au pays et leurs concitoyens porterait probablement aussi atteinte à l'article 4 de la constitution. D'une façon toute générale, un élément arbitraire serait introduit dans la notion du domicile (1).

Il faut dès lors s'en tenir au domicile déterminé par les articles 23 et suivants du code civil.

Art. 5

Ce cas objectif d'inapplication du régime de l'approbation ne découle pas naturellement de l'article 1^{er} et c'est pourquoi nous le mentionnons spécialement. L'autorité fédérale compétente examinera, conformément aux articles 7, 5^e alinéa, et 8, 5^e alinéa, lettre *a*, si les conditions sont remplies, ce qui ne sera pas toujours facile. Le Conseil fédéral désignera cette autorité (vraisemblablement le département politique) dans l'ordonnance d'exécution.

Art. 6

Le 1^{er} alinéa pose d'abord le principe selon lequel le transfert de la propriété foncière à des personnes domiciliées à l'étranger peut être refusé lorsqu'il risquerait d'entraver, d'une façon générale ou dans un cas particulier, l'acquisition de la propriété foncière par des personnes ayant leur domicile en Suisse. Comme il est dit sous chiffre IV *in fine*, ce motif de refus

(1) Braga, *Staatsangehörigkeitsprinzip oder Wohnsitzprinzip*, *Rabels Zeitschrift*, vol. 18, 1953, p. 245.

fait ressortir le but du régime de l'approbation en matière de politique foncière. Nous prévoyons dans la seconde phrase du 1^{er} alinéa une présomption légale destinée à faciliter l'application de l'arrêté. Le danger doit être présumé lorsque, dans la commune considérée, des personnes ayant leur domicile à l'étranger ont acquis, entre le 1^{er} janvier 1955 (c'est-à-dire depuis l'augmentation manifeste du nombre des achats par des étrangers) et le 31 décembre 1959, plus d'immeubles, en valeur et en surface, que pendant les cinq années antérieures. Dans ce cas, l'autorité d'approbation n'a pas à prouver le danger et peut refuser l'approbation sans autre formalité, mais n'est pas tenue de le faire.

Selon le 2^e alinéa, lettre a, l'approbation doit être refusée lorsque les circonstances montrent qu'il y a une intention de spéculation. Le caractère de spéculation de l'affaire augmente le danger; la décision prononçant le refus ne peut alors plus être laissée à l'appréciation de l'autorité d'approbation. La commission d'étude composée des professeurs Jenny, Sieber et Weber a défini comme il suit la spéculation dans son rapport du 11 décembre 1958, chiffre 4 *in fine*: «... l'achat et la revente à titre lucratif ... soit pour bénéficier de la hausse des prix survenue ou escomptée entre ces deux opérations ... dans la mesure où le gain ne consiste pas seulement dans la marge commerciale normale ou dans la compensation de la diminution du pouvoir d'achat de l'argent.»

Comme l'intention de la présence durable dans la notion du domicile, l'intention de spéculer se manifeste par des faits objectifs concernant en particulier la personne de l'aliénateur ou de l'acquéreur. Si ce dernier fait le commerce des immeubles et en vit plus ou moins, on peut admettre l'intention de spéculer. Une possession de courte durée et un gros bénéfice escompté par le vendeur sont fréquemment un indice de spéculation, même lorsque l'aliénateur ne fait pas le commerce des immeubles. Comme le constate la jurisprudence (ATF 83, I, 313s.) relative à l'article 19, 1^{er} alinéa, lettre a, de la loi du 12 juin 1951 sur le maintien de la propriété foncière rurale, la spéculation et le placement de capitaux ne s'excluent pas. Un placement de capitaux sur un immeuble peut conduire à une spéculation. Empruntant un terme du droit pénal, on peut dire que la spéculation peut impliquer le «dol éventuel» (ATF 86, IV, 11; 84, IV, 28). C'est pourquoi il n'était pas nécessaire de donner au 2^e alinéa, lettre a, du projet une teneur différente de celle de la loi sur le maintien de la propriété foncière rurale.

Le 2^e alinéa, lettre b, complète en fait l'article 3 de la loi du 23 juin 1950 concernant la protection des ouvrages militaires et se fonde non sur l'article 64, mais sur l'article 20 de la constitution cité dans le préambule. Nous devons nous abstenir de donner ici des exemples à l'appui de la nécessité de compléter la législation militaire.

Le 3^e alinéa crée un privilège en faveur des héritiers légaux en leur donnant le droit sans réserve à l'approbation du transfert de biens-fonds.

Cette approbation devrait aussi être accordée à un héritier légal lorsqu'un motif de refus selon les alinéas 1 et 2 existerait. Un testament ne serait d'ailleurs pas un contrat au sens de l'article 1. Suivant les circonstances (p. ex. en accordant un droit d'habitation à un héritier ou à un légataire), il pourrait constituer une opération tenant à éluder le régime de l'approbation (art. 11, 2^e al.).

A part les conventions successorales, d'autres contrats translatifs de la propriété foncière devront aussi être approuvés lorsqu'il n'existe pas de motif de refus au sens des 1^{er} et 2^e alinéas. Si, inversement, les 1^{er} et 2^e alinéas indiquaient les motifs d'approbation au lieu des motifs de refus et si, en outre, l'article 1^{er} interdisait en principe le transfert de la propriété foncière, ces autres contrats ne pourraient pas non plus être approuvés. Nous avons déjà écarté cette formule peu libérale.

Le 4^e alinéa n'entend nullement permettre une application trop large du régime de l'approbation. L'autorité d'approbation ne devra pas méconnaître son devoir en accordant régulièrement l'approbation à la condition qu'en cas de revente la propriété de l'immeuble soit transférée à une personne domiciliée en Suisse. L'approbation subordonnée à des charges ou à des conditions rendra exceptionnellement service, en particulier en cas de transfert de la propriété foncière dans les régions fortifiées. Si elle n'était pas prévue expressément, la situation juridique serait imprécise (1).

Art. 7

Les 1^{er} et 6^e alinéas chargent en principe les cantons d'appliquer le régime de l'approbation. Nous nous sommes inspirés du désir de respecter le plus possible la souveraineté cantonale. Nous ne l'entamons que dans deux directions: d'une part, dans l'intérêt de la sécurité du droit et des garanties juridiques, d'autre part à l'effet de sauvegarder les intérêts diplomatiques et militaires de la Confédération. Mais ce pouvoir laissé aux cantons ne les dispense pas de régler l'organisation des autorités compétentes de la manière la plus rationnelle possible, en particulier de l'adapter à celle des autorités dans la procédure d'opposition en matière de propriété foncière rurale, au moins dans les cantons qui ont introduit cette procédure. L'article 18 le rappelle.

Le 2^e alinéa n'appelle pas de commentaire.

Le 3^e alinéa oblige les cantons à désigner, outre la ou les autorités d'approbation et l'autorité de recours visées à l'alinéa 1^{er}, une autorité investie du droit de recourir contre les décisions accordant une approbation en première instance. Sinon ces décisions de première instance seraient pratiquement et juridiquement inattaquables, les parties contractantes n'ayant jamais intérêt à attaquer l'approbation et les tiers, par

(1) Giacometti, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, vol. I, 1960, p. 374/375.

exemple des associations, n'ayant pas qualité pour le faire. Nous refusons aux particuliers la qualité pour recourir contre les décisions accordant l'approbation, car nous ne désirons pas de recours populaire et d'action populaire envers les inscriptions et annotations injustifiées au registre foncier (art. 13).

Le 4^e alinéa confie à l'autorité fédérale compétente — vraisemblablement le département de justice et police — le droit de donner des instructions aux autorités cantonales de recours. Il permettra par exemple de leur adresser des circulaires, en particulier si la statistique visée à l'article 10 devait révéler une situation inquiétante ou si un cas particulier paraissait choquant.

Le 5^e alinéa réserve à l'autorité fédérale compétente le droit de prendre une décision sur deux questions préalables délicates au point de vue politique et militaire, cette décision devant être requise par le conservateur du registre foncier ou, à son défaut, par les autres autorités cantonales.

Art. 8

Les 1^{er}, 2^e, 3^e et 4^e alinéas concernent l'autorité fédérale de recours, qui sera organisée par le Conseil fédéral. Il n'est pas possible de prévoir même approximativement le nombre des recours, ni le nombre de membres nécessaires; nous nous sommes bornés à prévoir que la commission fédérale de recours statuera chaque fois dans la composition de trois membres. Nous reprendrions volontiers le système des commissions d'estimation à fonctions accessoires selon les articles 58 et suivants de la loi du 20 juin 1930 sur l'expropriation (RS 4, 1173), en particulier l'article 60, qui prévoit que l'un des trois membres doit être choisi dans le canton où se trouve l'immeuble.

Les dispositions concernant le recours de droit administratif seront applicables à la procédure de recours devant la commission fédérale de recours; cela signifie essentiellement que les motifs de recours (art. 104, 1^{er} al., OJ) consisteront dans la violation du droit fédéral, y compris l'excès et le détournement du pouvoir d'appréciation, soit l'arbitraire, mais non dans le simple fait que la décision ne serait pas appropriée aux circonstances. Le Conseil fédéral aura aussi le droit de recourir contre les décisions cantonales de dernière instance (art. 103, 1^{er} al., OJ). Nous pensons déléguer ce droit au département de justice et police et prévoyons dans l'ordonnance d'exécution l'obligation de nous communiquer les décisions cantonales de dernière instance (art. 103, 2^e al., OJ). Cette obligation, destinée à assurer l'égalité de traitement envers les étrangers, est en outre indispensable pour empêcher toute violation d'engagements internationaux.

Nous avons examiné s'il n'eût pas été préférable de désigner le Tribunal fédéral comme autorité de recours, au lieu de déclarer applicables par analogie les dispositions sur le recours de droit administratif. Mais nous y avons renoncé, d'une part parce que nous ne connaissons pas le nombre

des recours à attendre, d'autre part parce qu'il s'agit de dispositions ayant un caractère de politique foncière et de droit exceptionnel.

Le 5^e alinéa indique les questions préalables d'ordre diplomatique et militaire au sujet desquelles les autorités cantonales, en premier lieu le conservateur du registre foncier, devront requérir la décision de l'autorité fédérale compétente, soit le département politique en ce qui concerne la lettre *a* et le département militaire pour la lettre *b*.

Le 6^e alinéa tire la conséquence du fait que le département militaire prononcera lui-même le refus de l'approbation quand il admettra que la sécurité militaire est compromise; car dans ce cas l'approbation devra être refusée en vertu de l'article 6, 2^e alinéa, lettre *b*.

Art. 9

Pour être efficace notamment en ce qui concerne le transfert de parts du patrimoine de personnes morales (art. 2, 1^{er} al., lettre *b*) et les opérations élusives visées à l'article 11, 2^e alinéa, l'application du régime de l'approbation nécessite le concours étroit des autorités compétentes. Les autorités judiciaires et administratives ne doivent pas pouvoir invoquer le secret de fonction. Les autorités fiscales peuvent tout spécialement donner ici des renseignements précieux.

Art. 10

L'institution du régime de l'approbation permettra de procéder à une statistique générale des transferts de la propriété foncière en Suisse et cette statistique favorisera l'application uniforme de l'arrêté.

Art. 11

Le 1^{er} alinéa résulte de l'article 1^{er} du projet et de l'article 20 du code des obligations. La nullité est une forme qualifiée de l'invalidité. Elle n'empêche pas une validité conditionnelle pour les parties contractantes jusqu'au refus définitif de l'approbation (ATF 80, II, 164; 73, II, 165/166).

Le 2^e alinéa précise que les opérations tendant à éluder le régime de l'approbation sont nulles; sinon cela devrait être constaté par voie d'interprétation (ATF 79, II, 83s.). Une opération évasive consistera par exemple à faire intervenir un homme de paille domicilié en Suisse qui agirait ensuite envers les tiers en qualité de propriétaire fiduciaire pour l'ayant droit effectif à l'étranger. L'article 2, 1^{er} alinéa, lettre *e*, soumet préventivement au régime de l'approbation deux cas pour ainsi dire évidents d'opérations élusives.

Le 3^e alinéa oblige les autorités, notamment les tribunaux, à observer d'office la nullité dans toute contestation ultérieure. La disposition prévoyant l'inapplicabilité de l'article 66 du code des obligations qui exclut la répétition entend faciliter le rétablissement de la situation juridique entre les

parties ayant passé un contrat nul. D'ailleurs, l'opportunité de l'article 66 est controversée d'une manière générale ⁽¹⁾.

Art. 12

Nous ne nous dissimulons pas qu'un acte juridique nul pourrait être inscrit ou annoté au registre foncier contrairement à cette disposition. L'inscription ou l'annotation pourra alors être attaquée par la voie de l'action prévue à l'article 13.

Le transfert de parts de patrimoine au sens de l'article 2, 1^{er} alinéa, lettre *b*, se fera en dehors du registre foncier.

La propriété et les servitudes selon l'article 2, 1^{er} alinéa, lettres *a* et *e*, seront inscrites, tandis que les droits procurant la propriété (lettres *c* et *d*) seront annotés.

Art. 13

Le 1^{er} alinéa s'inspire de l'article 44 de l'arrêté du Conseil fédéral du 19 janvier 1940 instituant des mesures contre la spéculation sur les terres (RS 9, 156) et complète les articles 973 et suivants du code civil. Le droit d'intenter action que ces dispositions confèrent à celui dont les droits réels ont été lésés n'est pas touché par l'action accordée, parallèlement, à l'autorité.

Le 2^e alinéa restreint fortement le droit d'intenter action accordé à l'autorité, étant donné qu'il tend à protéger non seulement les tiers de bonne foi (lettre *a*) comme le font aussi les articles 973 et suivants du code civil, mais aussi les tiers de mauvaise foi (lettre *b*) et même l'acquéreur (lettre *c*), lorsque sont remplies certaines conditions répondant au but de l'arrêté fédéral urgent.

Le 3^e alinéa concerne les droits réels des tiers de bonne foi qui ne sont pas acquéreurs, par exemple des créanciers hypothécaires, et les dommages-intérêts dus pour une *culpa in contrahendo* (ATF 77, II, 136).

Art. 14 à 16

Pour ce qui concerne les dispositions pénales, nous nous bornons à relever que, suivant l'article 333, 1^{er} alinéa, du code pénal, la partie générale de ce code est applicable. En vertu des articles 21 et suivants du code pénal, la tentative, l'instigation et la complicité seront également punissables.

Art. 17

L'expression «sanctions relevant du droit administratif cantonal» vise par exemple les sanctions disciplinaires, qui peuvent être infligées notamment aux courtiers en immeubles — là où ils sont soumis à une surveillance de

(1) Munz, Art. 66 OR, 1958, p. 117/118; Praxis BGE 84, II, 184.

l'Etat —, aux officiers publics et avocats qui se rendraient coupables d'instigation, de participation ou de complicité.

Art. 18

Les cantons qui ont instauré la procédure d'opposition en matière de droit foncier rural devraient s'efforcer d'y adapter la procédure d'approbation.

Art. 19

Cet article contient la clause d'urgence et prévoit la rétroactivité. Il n'y a pas lieu d'expliquer longuement pourquoi une disposition dans ce sens est nécessaire. L'article 89 *bis*, 1^{er} alinéa, de la constitution dispose que la durée d'application des arrêtés urgents doit être limitée. Nous proposons de fixer ici cette durée à dix ans. Cette période nous paraît suffisante pour réunir des expériences et, suivant leur résultat, pour faire passer, le cas échéant, dans la législation ordinaire le contenu de l'arrêté urgent. Nous admettons que l'arrêté repose sur la constitution. Conformément à l'article 89 *bis*, 2^e alinéa, de la constitution, il sera mis en vigueur immédiatement et soumis ensuite au referendum facultatif. L'entrée en vigueur peut dans ce cas précéder l'expiration du délai référendaire.

Du fait de la rétroactivité, l'entrée en vigueur de l'arrêté est avancée en ce sens que son application est étendue à des actes juridiques déjà passés antérieurement, c'est-à-dire, en l'espèce, à des contrats de transfert de la propriété foncière valablement conclus. Cette rétroactivité va plus loin que celle qui est prévue aux articles 2 et suivants du titre final du code civil, laquelle consiste simplement dans l'application immédiate et exclusive du nouveau droit à des faits antérieurs ⁽¹⁾. En principe, l'article 1^{er} du titre final du code civil n'admet pas la rétroactivité. Dans les limites de la constitution, le législateur peut déroger à ce principe de droit civil de la non-rétroactivité (AFT 84, II, 18).

Notre projet prévoit que les articles 1^{er} à 13, c'est-à-dire les dispositions de droit civil et administratif, sans les dispositions pénales, auront effet au 5 octobre 1960. Répondant aux motions développées au Conseil national par MM. Akeret et Schmid, le chef du département de justice et police avait, avec notre assentiment, déclaré ce jour-là, de la façon la plus nette, que le régime de l'approbation serait instauré avec effet rétroactif au début d'octobre. Cette déclaration a été reproduite par la presse, et l'opinion publique ne l'a pas mal accueillie. Des dispositions ayant effet rétroactif dès le moment où elles ont été annoncées publiquement ne lèsent pas trop gravement ceux qu'elles visent, en tout cas pas d'une façon inadmissible. Cela est d'autant plus vrai que l'effet rétroactif n'est pas trop prolongé et qu'il répond à un intérêt public supérieur. Bien que la rétroactivité porte atteinte à des droits

(1) Roubier, *Le droit transitoire*, 2^e édition, 1960, p. 177 s., 192, 408.

acquis, nous croyons qu'elle ne suscite pas d'objections insurmontables d'ordre constitutionnel, même à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence suisses particulièrement sévères en l'occurrence ⁽¹⁾. La rétroactivité ne viole pas l'article 4 de la constitution et ne porte pas atteinte à la garantie de la propriété. On ne saurait parler d'une expropriation sans indemnité. Les articles 11, 3^e alinéa, et 13, 3^e alinéa, réservent les droits de répétition et de dommages-intérêts qui naissent pour le propriétaire d'un contrat qui, soumis rétroactivement au régime de l'approbation, n'est pas approuvé par la suite et devient par conséquent nul.

Le droit constitutionnel allemand (art. 103, 2^e al., de la loi fondamentale) interdit aussi la rétroactivité en matière pénale, mais dans les autres domaines du droit seulement si elle porte atteinte au principe de l'Etat régi par le droit, consacré par les articles 2, 1^{er} alinéa, et 20, 3^e alinéa, de la loi fondamentale. Or tel n'est pas le cas si les personnes touchées devaient raisonnablement s'attendre à la rétroactivité, comme l'a constaté souvent la cour constitutionnelle allemande ⁽²⁾. Le principe de l'Etat régi par le droit serait violé par des lois adoptées inopinément, qui feraient de l'homme le jouet de la puissance publique ⁽³⁾. Ainsi une loi ne porte pas atteinte à la garantie de la propriété, prévue à l'article 14 de cette loi, du simple fait qu'elle a un effet rétroactif. Les conceptions suisse et allemande de la garantie de la propriété sont pareilles ⁽⁴⁾.

Art. 20

D'après le 1^{er} alinéa la conséquence principale de l'effet rétroactif, telle qu'elle résulte de l'article 1^{er}, consiste dans l'obligation de requérir après coup l'approbation des contrats conclus pendant la durée de la rétroactivité; sans approbation ces contrats seraient nuls. Les parties contractantes ou leur mandataire devront requérir eux-mêmes l'approbation, sans que le conservateur du registre foncier ait à annoncer d'office les contrats inscrits ou annotés dans le registre foncier.

Le 2^e alinéa prévoit l'obligation d'annoncer le refus d'approbation de ces contrats à l'autorité cantonale compétente pour intenter l'action visée à l'article 13.

(1) Giacometti, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, vol. 1, 1960, p. 186s.; art. 74 de la loi du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques, RS 4, 778, avec effet rétroactif partiellement au 25 octobre 1908, date de l'entrée en vigueur de l'art. 24bis Cst.

(2) Arrêts 1, 280; 2, 264 à 266; 7, 92; 8, 304/305; en outre Forsthoﬀ, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. I, 7^e édition 1958, p. 142.

(3) Maunz/Dürig, commentaire 1960, n° 47 ad art. 2, n° 109 *in fine* ad art. 103 de la loi fondamentale.

(4) Hans Huber, *Gewerbefreiheit und Eigentums-garantie*, dans *Ius et Lex, Festgabe pour Max Gutzwiller* 1959, p. 535s., 547.

Le 3^e *alinéa* fixe dans ce cas à trois mois le délai utile pour intenter action, cela dans l'intérêt de la sécurité juridique.

Art. 21

Le 1^{er} *alinéa* ne vise pas les dispositions de droit matériel qui sont déjà contenues aux articles 1^{er} à 20. Les dispositions d'exécution du Conseil fédéral concernent l'organisation de la commission fédérale de recours et l'attribution de compétence à l'administration fédérale en application de l'article 8. Il n'est pas question de développer l'appareil administratif de la Confédération.

Le régime de l'approbation devant entrer en vigueur immédiatement avec effet rétroactif, le 2^e *alinéa* réduit au strict minimum le délai imparti aux cantons pour édicter leurs dispositions d'introduction.

* * *

Nous vous proposons de passer à la discussion de l'objet et d'adopter l'arrêté.

La motion Schmid (n° 8084 du 22 juin 1960), adoptée par le Conseil national mais non encore par le Conseil des Etats, et le postulat Scherrer (n° 8025 du 24 mars 1960) n'ont ainsi plus d'objet et peuvent être biffés de la liste des objets en délibération.

Veuillez agréer, Monsieur le Président et Messieurs, les assurances de notre haute considération.

Berne, le 15 novembre 1960.

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération,

Max Petitpierre

Le chancelier de la Confédération,

Ch. Oser

(Projet)

ARRÊTÉ FÉDÉRAL

instituant

**le régime de l'approbation pour le transfert de biens-fonds
à des personnes à l'étranger***L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,*vu les articles 20, 64, 64bis et 89bis, 1^{er} et 2^e alinéas, de la constitution;

vu le message du Conseil fédéral du 15 novembre 1960,

*arrête:***I. RÉGIME DE L'APPROBATION****Article premier**

Les contrats ayant pour objet le transfert de la propriété foncière sise en Suisse à des personnes à l'étranger ne sont valables que s'ils sont approuvés par l'autorité cantonale compétente.

Principe

Art. 2¹ Sont considérés comme transferts de la propriété foncière:

Transfert

- a. Le transfert de la propriété et de la copropriété d'un immeuble;
- b. Le transfert de parts du patrimoine de personnes morales ou de sociétés de personnes dépourvues de la personnalité juridique, si ce patrimoine consiste entièrement ou principalement en immeubles;
- c. L'octroi ou le transfert d'un droit d'emption sur un immeuble;
- d. Le transfert d'un droit de réméré sur un immeuble;
- e. L'octroi ou le transfert d'un droit de superficie ou d'un droit d'usufruit sur un immeuble.

² Les parts de fonds de placement ne sont pas considérées comme des parts de copropriété ou de patrimoine au sens de l'alinéa 1^{er}, lettres a et b.

³ En cas de vente aux enchères, l'adjudication est considérée comme transfert.

Art. 3

Personnes
à l'étranger

Sont considérées comme personnes à l'étranger :

- a. Les personnes physiques ayant leur domicile et les personnes morales ayant leur siège à l'étranger ;
- b. Les sociétés de personnes dépourvues de la personnalité juridique, mais ayant la capacité d'acquérir, qui ont leur siège à l'étranger ;
- c. Les personnes morales, ainsi que les sociétés de personnes dépourvues de la personnalité juridique et ayant la capacité d'acquérir, qui ont leur siège en Suisse, mais auxquelles des personnes ayant leur domicile ou leur siège à l'étranger participent financièrement dans une mesure prépondérante.

Art. 4

Domicile et siège

Le domicile et le siège se déterminent d'après les articles 23 à 26 et 56 du code civil.

Art. 5

Exception

N'est pas sujet à approbation le transfert de la propriété foncière à des Etats étrangers et à des organisations internationales relevant du droit des gens, qui l'acquèrent pour un but d'intérêt public reconnu en Suisse.

Art. 6

Motifs de refus
et d'approbation

¹ L'approbation peut être refusée lorsque, dans le cas particulier ou d'une manière générale, le transfert de la propriété foncière à des personnes ayant leur domicile ou leur siège à l'étranger risque d'entraver l'acquisition de la propriété foncière par des personnes ayant leur domicile ou leur siège en Suisse. Ce danger doit être présumé lorsque, sur le territoire de la commune suisse considérée, des personnes ayant leur domicile ou leur siège à l'étranger ont acquis, entre le 1^{er} janvier 1955 et le 31 décembre 1959, plus d'immeubles, en valeur ou en surface, que pendant les cinq années antérieures.

² L'approbation doit être refusée :

- a. Lorsque, d'après les circonstances, l'aliénateur ou l'acquéreur a agi à des fins de spéculation ;
- b. Lorsque la propriété foncière transférée se trouve à proximité d'un ouvrage militaire important et que le transfert peut compromettre la sécurité militaire.

³ L'approbation ne peut pas être refusée lorsque la propriété foncière est transférée dans la dévolution d'une succession à un héritier légal.

⁴ L'approbation peut être subordonnée à des charges ou à des conditions.

II. AUTORITÉS ET PROCÉDURE

Art. 7

¹ Chaque canton désigne une ou plusieurs autorités d'approbation et une autorité cantonale de recours, à laquelle peuvent être déferées les décisions des autorités d'approbation.

Autorités
cantonales

² L'autorité d'approbation statue à la demande des parties contractantes ou de leur mandataire. L'autorité compétente est celle du lieu où se trouve l'immeuble ou la plus grande surface de l'immeuble. Au besoin, le conservateur du registre foncier renvoie le requérant devant l'autorité d'approbation (art. 12, 2^e al.).

³ Une autorité cantonale à désigner par le canton a le droit de recourir contre les décisions accordant une approbation. Elle a aussi le droit d'intenter action contre une inscription ou une annotation injustifiée (art. 13).

⁴ L'autorité fédérale compétente peut donner des instructions sur l'exercice du droit de recours ou du droit d'intenter action.

⁵ Dans les cas visés à l'article 8, 5^e alinéa, les autorités cantonales requièrent la décision de l'autorité fédérale compétente.

⁶ Au surplus, le droit cantonal règle l'organisation et la procédure.

Art. 8

¹ Le Conseil fédéral nomme une commission fédérale de recours indépendante, à laquelle les décisions rendues en dernière instance cantonale peuvent être déferées dans les trente jours dès leur notification écrite. Est réservé le 6^e alinéa.

Autorités
fédérales

² Cette commission rend ses arrêts dans la composition de trois membres. Elle est présidée par un juge de carrière.

³ Le Conseil fédéral règle les détails sur l'organisation de la commission.

⁴ Les dispositions relatives au recours de droit administratif au Tribunal fédéral sont applicables par analogie à la procédure.

⁵ L'autorité fédérale compétente décide :

- a. S'il s'agit d'une organisation internationale relevant du droit des gens ou d'un but d'intérêt public reconnu en Suisse (art. 5);
- b. Si le transfert de la propriété foncière à proximité d'un ouvrage militaire important peut compromettre la sécurité militaire (art. 6, 2^e al., lettre b). Le Conseil fédéral désigne les ouvrages militaires importants et les limites de leurs alentours immédiats.

⁶ Dans le cas visé au 5^e alinéa, lettre b, l'autorité fédérale compétente prononce elle-même le refus de l'approbation, en avisant l'autorité cantonale. Sa décision peut être déférée au Conseil fédéral dans les trente jours dès la notification écrite.

Art. 9

Entraide
juridique

Les autorités administratives et judiciaires de la Confédération et des cantons se prêtent entraide.

Art. 10

Statistique

Le Conseil fédéral publie périodiquement une récapitulation statistique des décisions entrées en force, précisant le nombre, la nature, la surface, le lieu, la valeur et l'acquéreur des immeubles. Les cantons sont tenus de communiquer à cet effet à l'autorité fédérale compétente aussi les indications nécessaires, tirées des décisions entrées en force de leurs autorités d'approbation de première instance.

III. CONSÉQUENCES

Art. 11

Conséquences
de droit civil:
nullité

¹ Les contrats sujets à approbation au sens de l'article 2, 1^{er} alinéa, qui n'ont pas été approuvés sont nuls.

² Sont de même nuls les actes juridiques et clauses accessoires destinés à éluder le régime de l'approbation.

³ La nullité doit être observée d'office. L'article 66 du code des obligations, qui exclut la répétition, n'est pas applicable entre parties.

Art. 12

Non-inscription

¹ Un acte juridique au sens de l'article 11, 1^{er} et 2^e alinéas, ne donne aucun droit à une inscription ou à une annotation dans le registre foncier.

² Lorsque l'inscription ou l'annotation d'un tel acte est requise ou que l'existence de l'acte est douteuse, le conservateur du registre foncier renvoie le requérant devant l'autorité d'approbation et lui impartit un délai de dix jours, en l'avertissant que si ce délai n'est pas utilisé, la réquisition sera rejetée.

Art. 13

Action

¹ Lorsqu'un droit a été inscrit ou annoté dans le registre foncier en vertu d'un acte juridique visé à l'article 11, 1^{er} et 2^e alinéas, l'autorité cantonale compétente peut intenter devant le juge action en

radiation et en rétablissement de l'état de droit primitif dans le délai d'une année à compter du jour où elle a eu connaissance de l'inscription ou de l'annotation, mais au plus tard dans les trois ans dès l'inscription ou l'annotation. Est réservé l'article 7, 4^e alinéa.

² Cette action ne peut pas être intentée :

- a. Envers le tiers de bonne foi;
- b. Envers une autre tierce personne, si elle n'est pas une personne à l'étranger;
- c. Envers l'acquéreur, qui sous la menace de l'action, requiert ultérieurement l'approbation et l'obtient. Le délai pour intenter l'action cesse de courir jusqu'au moment où la décision d'approbation entre en force.

³ Est applicable l'article 975, 2^e alinéa, du code civil, en matière de protection des droits réels acquis de bonne foi et de dommages-intérêts.

Art. 14

Celui qui exécute ou accepte une prestation sur la base d'un contrat sujet à approbation et qui n'a pas été approuvé,

Conséquences
de droit pénal

celui qui obtient l'approbation par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais,

celui qui conclut un acte juridique destiné à éluder l'approbation, sera puni de l'emprisonnement pour six mois au plus ou de l'amende.

Art. 15

¹ Lorsque les infractions sont commises dans la gestion d'une personne morale, d'une société en nom collectif ou en commandite, ou d'une entreprise individuelle, les dispositions pénales sont applicables aux personnes qui ont agi ou auraient dû agir en leur nom.

Responsabilité
des personnes
morales

² La personne morale, la société ou le propriétaire de l'entreprise individuelle répond solidairement du paiement de l'amende et des frais, à moins que la direction responsable ne prouve qu'elle n'a rien négligé pour empêcher les infractions.

Art. 16

La poursuite pénale incombe aux cantons; les autorités cantonales de poursuite pénale sont tenues de communiquer sans délai et sans frais au Conseil fédéral leurs jugements, prononcés administratifs et ordonnances de non-lieu.

Poursuite
pénale

Art. 17

Sont réservées les sanctions ressortissant à la police des étrangers et les sanctions relevant du droit administratif cantonal.

Sanctions
administratives

IV. DISPOSITIONS FINALES

Art. 18

Rapport
avec le droit
en vigueur

Le présent régime de l'approbation ne touche en rien la procédure d'opposition selon les articles 18 à 21 de la loi du 12 juin 1951 sur le maintien de la propriété foncière rurale.

Art. 19

Entrée
en vigueur
et durée

Le présent arrêté, qui est déclaré urgent, entre en vigueur le 1^{er} janvier 1961, les articles 1^{er} à 13 ayant effet rétroactif au 5 octobre 1960, et il restera en vigueur jusqu'au 31 décembre 1970. Il est soumis au referendum facultatif conformément à l'article 89^{bis}, 2^e alinéa, de la constitution.

Art. 20

Effet
rétroactif

¹ Les contrats qui, sujets à approbation au sens de l'article 2, 1^{er} alinéa, ont été conclus entre le 5 octobre et le 31 décembre 1960 doivent être présentés jusqu'au 15 février 1961 par les parties ou leur représentant pour être approuvés subséquentment.

² Dans ces cas, l'autorité d'approbation ou l'autorité de recours communique d'office les refus d'approbation entrés en force à l'autorité cantonale compétente pour intenter action, en tant qu'un droit a été inscrit ou annoté au registre foncier en vertu du contrat.

³ L'autorité cantonale compétente peut, dans ces cas, intenter action dans le délai de trois mois à compter de la communication.

Art. 21

Exécution

¹ Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution nécessaires.

² Les cantons édictent dans le délai d'un mois, s'il y a lieu par voie d'ordonnance, les dispositions d'introduction nécessaires, qui sont soumises à la sanction du Conseil fédéral. Si un canton n'a pas édicté les dispositions nécessaires dans le délai prévu, le Conseil fédéral peut le faire provisoirement à sa place.