

Frédéric Bétrisey / Charles Gschwind*

LFAIE et crédits hypothécaires

Conséquences insoupçonnées d'une norme de lutte contre la spéculation immobilière

Table des matières

- I. Introduction
- II. Conditions générales d'assujettissement à la LFAIE
 - 1. En général
 - 2. Personne à l'étranger
 - 2.1 Personnes physiques
 - 2.2 Personnes morales
 - 3. Etablissement stable
 - 4. Acquisition
- III. La LFAIE au moment de l'octroi d'un crédit
 - 1. L'application de la LFAIE
 - 1.1 Le principe : non-assujettissement à la LFAIE
 - 1.2 L'exception : l'assujettissement à la LFAIE
 - 1.3 Les conséquences de l'assujettissement à la LFAIE
- IV. La LFAIE au moment du transfert de crédits hypothécaires ou de leur refinancement
- V. La LFAIE au moment de l'exécution forcée
 - 1. Application de la LFAIE aux exécutions forcées
 - 2. Le motif d'autorisation spécial
 - 2.1 La règle et sa raison d'être
 - 2.2 La notion de banque étrangère
- VI. Conclusion

Executive Summary

The Federal Act on the Acquisition of Real Estate by Persons Abroad (Lex Koller) is applicable to real estate financings if the financed item is a residential property and funds are made available by a third party considered as a person abroad under Lex Koller. This article, which focuses on mortgage financings by banks, outlines that the compliance of such financings with Lex Koller is to be assessed in the light of the level of dependence of the real estate owner to the financing provider. If the size of the credit or its contractual or commercial terms do not reflect Swiss banking practice, this may place the (future) real estate owner in a position of excessive dependence to the financing provider, such that the financing itself will be subject to the Lex Koller licensing requirements. As there is no specific legal ground for the grant of such a licence, the financing will, in such case, be eventually prohibited.

Lex Koller may thus restrict the provision of significant collateral to financing providers, preventing them in certain cases to mitigate their credit risk in an efficient manner.

The authors advocate an application of Lex Koller that is limited to financings that effectively place the creditor into an ownership-like position, while proposing some practical solutions in order to maintain at an acceptable level the dependence relationship that naturally exists between a financing provider and its obligor. This article also emphasizes that, despite the Lex Koller restrictions, the refinancing of residential mortgages is generally possible, including in the form of securitisations.

I. Introduction

Il est notoire que la LFAIE¹ restreint la vente de certains types d'immeubles (en particulier résidentiels) à des personnes à l'étranger. La LFAIE a cependant un champ d'application qui va bien au-delà de ce cas typique.

En adoptant un point de vue fondé sur le résultat économique plutôt qu'une pure optique juridique, la Lex Koller assimile à une acquisition d'immeuble le transfert de droits qui confèrent à leur titulaire une position similaire à celle du propriétaire de l'immeuble. Ainsi, les opérations de (re-)financement hypothécaire, notamment, peuvent être soumises au régime d'autorisation de la LFAIE dans certaines circonstances.

La présente contribution entend examiner ces circonstances dans le détail, en commençant par rappeler certains principes généraux de la LFAIE, puis en soulignant qu'en principe les financements hypothécaires n'y sont pas assujettis. Elle se poursuit par l'analyse approfondie des critères qui peuvent mener à une exception à cette règle au cours des différentes étapes de leur « cycle de vie », à savoir l'octroi d'un crédit, son transfert ou son remboursement par une opération de refinancement et,

* Frédéric Bétrisey, avocat, Bär & Karrer Genève, et Charles Gschwind, avocat, Bär & Karrer Zurich.

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

le cas échéant, l'exécution forcée à l'encontre de son débiteur ou d'un tiers garant.

Les règles exposées dans la présente contribution s'appliquent dans une certaine mesure à toutes les différentes catégories de financements immobiliers concernant des immeubles situés en Suisse, qu'il s'agisse de financements garantis par hypothèque ou d'autres types de sûretés, de crédits accordés en relation avec des immeubles à usage propre ou de rendement, et ce indépendamment du type de bailleurs de fonds concernés, lesquels peuvent comprendre aussi bien des prêteurs institutionnels (tels que des banques ou assureurs) que d'autres intervenants (tels que personnes proches ou des membres de la famille de l'emprunteur). En raison de l'importance primordiale des banques sur le marché immobilier suisse et du fait qu'une grande partie de ces financements sont garantis par gage immobilier, les auteurs ont particulièrement examiné les financements octroyés par ces dernières, financements garantis, dans la plupart des cas, par une sûreté hypothécaire, en principe une cédula hypothécaire sur papier ou de registre.

II. Conditions générales d'assujettissement à la LFAIE

1. En général

La LFAIE limite l'acquisition de certains immeubles par des personnes à l'étranger dans le but de prévenir l'emprise étrangère sur le sol suisse². L'acquisition d'immeubles soumis à la LFAIE par des personnes à l'étranger requiert une autorisation de l'autorité cantonale compétente³, laquelle n'est accordée qu'en cas de réalisation de l'un des motifs d'autorisation figurant dans la courte liste prévue par la loi⁴.

Selon la pratique des autorités compétentes, l'examen de la compatibilité avec la LFAIE d'un acte juridique potentiellement soumis à cette loi doit se faire de manière individuelle et au cas par cas plutôt que de façon abstraite. La conclusion d'un acte juridique entraîne l'obligation d'obtenir l'autorisation prévue par la LFAIE lorsque trois conditions sont remplies de manière cumulative :

- l'acquéreur est une *personne à l'étranger*⁵ ;
- l'objet de l'acquisition est un immeuble situé en Suisse qui n'est pas un *établissement stable*⁶ ; et
- l'acte juridique constitue une *acquisition* au sens de la LFAIE⁷.

² Art. 1 LFAIE.

³ Art. 2 LFAIE.

⁴ Art. 8 s LFAIE.

⁵ Voir ch. II.2 ci-après.

⁶ Voir ch. II.3 ci-après.

⁷ Voir ch. II.4 ci-après.

2. Personne à l'étranger

2.1 Personnes physiques

Par personnes à l'étranger, on entend⁸ :

- les ressortissants étrangers domiciliés à l'étranger ; et
- les étrangers domiciliés en Suisse, mais qui ne sont pas ressortissants d'un pays membre de la Communauté Européenne (CE) ou de l'Association Européenne de Libre-Echange (AELE), ni ne possèdent une autorisation d'établissement (permis C) valable.

Ne sont dès lors notamment pas soumis au régime d'autorisation prévu par la LFAIE :

- les Suisses, y compris double-nationaux, domiciliés en Suisse ou à l'étranger ;
- les ressortissants de l'un des Etats membres de la CE ou de l'AELE ayant un domicile légal et effectif en Suisse (en principe, en tant que titulaires d'une autorisation de séjour (permis B) ou d'une autorisation d'établissement (permis C)) ;
- les ressortissants d'autres pays autorisés à s'établir en Suisse (au bénéfice d'un permis C valable) et effectivement domiciliés en Suisse⁹.

2.2 Personnes morales

Les sociétés qui ont leur siège à l'étranger (même si elles sont en mains de Suisses et considérées comme étant suisses sous l'angle économique¹⁰) sont également considérées comme des personnes à l'étranger. Par personnes à l'étranger, on entend par ailleurs les personnes morales (sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions, sociétés à responsabilité limitée, sociétés coopératives, associations et fondations) qui ont certes leur siège en Suisse, mais dans lesquelles des personnes à l'étranger disposent d'une position dominante¹¹.

Il y a présomption de position dominante par des personnes à l'étranger, lorsque celles-ci détiennent plus d'un tiers du capital ou des droits de vote d'une société, ou lui ont accordé des prêts importants¹².

Sous cet angle, il convient de préciser que même des banques généralement considérées comme des banques typiquement suisses peuvent en réalité s'avérer être des personnes à l'étranger selon la LFAIE en raison de leur

⁸ Art. 5 al. 1 let. a et abis LFAIE et art. 2 de l'ordonnance du 1^{er} octobre 1984 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (OAIE ; RS 211.412.411).

⁹ Aide-mémoire concernant l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger de l'Office fédéral de la justice du 1^{er} juillet 2009 (état 8 janvier 2019) (Aide-mémoire de l'OFJ), ch. 5 let. a.

¹⁰ Art. 5 al. 1 let. b LFAIE.

¹¹ Art. 5 al. 1 let. c LFAIE.

¹² Art. 6 LFAIE ; Aide-mémoire de l'OFJ, ch. 5 let. b.

actionnariat, notamment lorsque ces banques sont cotées en bourse¹³.

3. Etablissement stable

Les immeubles destinés à l'exercice d'une activité économique (appelés *établissements stables*¹⁴) peuvent en principe être acquis – et dès lors faire l'objet de financements – par des personnes à l'étranger sans autorisation ou autre restriction liée à la LFAIE. Il s'agit par exemple d'immeubles servant de fabrique, de dépôt et d'entrepôt, de bureau, de centre commercial, de magasin de vente, d'hôtel, de restaurant, d'atelier d'artisanat ou de cabinet médical¹⁵.

Il en ressort que les financements hypothécaires relatifs à des établissements stables ne sont pas soumis au régime de la LFAIE. En revanche, les immeubles à vocation résidentielle – ou administrative¹⁶ – sont en principe soumis à la LFAIE.

4. Acquisition

La LFAIE définit la notion d'acquisition d'immeubles de manière large en prévoyant une liste – non exhaustive¹⁷ – d'actes juridiques à qualifier comme telle.

En plus des cas classiques tels que l'inscription d'un transfert de la propriété foncière au registre foncier¹⁸ ou l'achat d'actions d'une société immobilière non cotée en bourse¹⁹, est assujéti au régime de l'autorisation – suivant le principe de l'appréciation économique – tout acte juridique qui confère à une personne à l'étranger un droit de disposer effectif sur un immeuble assujéti à ce régime²⁰.

C'est essentiellement cet élément de l'acquisition qui déterminera l'assujétissement éventuel d'un financement immobilier à la Lex Koller²¹ ; la présente contribution examinera dès lors cette condition plus en détail.

III. La LFAIE au moment de l'octroi d'un crédit

1. L'application de la LFAIE

1.1 Le principe : non-assujétissement à la LFAIE

Selon la pratique constante du Tribunal fédéral (TF), le financement par un tiers d'une acquisition immobilière n'est en règle générale pas soumis au régime d'autorisation de la LFAIE²². En effet, le financement n'est normalement pas considéré comme une acquisition au sens de la LFAIE, pour autant qu'il respecte certaines conditions²³. Cela vaut à notre sens indépendamment du type du créancier hypothécaire, qu'il s'agisse d'un acteur institutionnel ou d'une société active dans un autre domaine, voire d'un particulier.

Il en ressort que le régime d'autorisation de la LFAIE ne s'applique pas aux financements, même si le créancier est une personne à l'étranger et l'objet du financement un immeuble soumis à la LFAIE, pour autant qu'ils ne placent pas le créancier étranger (ou, le cas échéant, une autre personne à l'étranger²⁴) dans une position effectivement similaire à celle d'un propriétaire immobilier.

De surcroît, une opération de financement hypothécaire ne nécessite en aucun cas une autorisation en vertu de la LFAIE si le créancier est un Suisse au sens de la LFAIE²⁵ ou l'immeuble concerné un établissement stable²⁶.

1.2 L'exception : l'assujétissement à la LFAIE

a. En général

La LFAIE assimile notamment à une acquisition d'immeuble l'« acquisition d'autres droits qui confèrent à leur titulaire une position analogue à celle du propriétaire d'un immeuble »²⁷.

Il s'agit d'une disposition subsidiaire (*Auffangtatbestand*)²⁸ par rapport au catalogue d'actes juridiques concrets énoncé aux lettres a à f de l'art. 4 al. 1 LFAIE, par laquelle le législateur a voulu empêcher de contourner la loi via l'aménagement de structures juridiques donnant aux titulaires de droits une position importante à l'égard du propriétaire²⁹.

¹³ Les banques cantonales font en principe notablement exception à cette règle.

¹⁴ Art. 2 al. 2 let. a LFAIE.

¹⁵ Aide-mémoire de l'OFJ, ch. 6. let. d.

¹⁶ Arrêt du TF 2A.428/1999 du 28 janvier 2000, c. 3.

¹⁷ MÜHLEBACH/GEISSMANN, Lex F. : Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Brugg/Baden, 1986, art. 4 n° 59.

¹⁸ Art. 4 al. 1 let. a LFAIE.

¹⁹ Art. 4 al. 1 let. e LFAIE.

²⁰ Aide-mémoire de l'OFJ, ch. 7.

²¹ RÖTHLISBERGER/KELLER, *Ausländische Immobilienfinanzierung unter dem Aspekt der Lex Koller*, in ExpertFocus 8/2016, 565 ss.

²² Notamment ATF 142 II 481, c. 3.3, et arrêt du TF 2C_854/2012 du 12 mars 2013, c. 5.3.

²³ Voir ch. III.1.2 ci-après.

²⁴ Voir ch. III.1.2d ci-après.

²⁵ Voir ch. II.2 ci-après.

²⁶ Voir ch. II.3 ci-après.

²⁷ Art. 4 al. 1 let. g LFAIE.

²⁸ RÖTHLISBERGER/KELLER, 565 ss.

²⁹ MÜHLEBACH/GEISSMANN, art. 4 n° 2 : «[Die Lex Koller will] nicht nur den Eigentumserwerb an Grundstücken im üblichen zivilrechtlichen Sinn erfassen [...], sondern [ist] eben – und dadurch der Vielfalt der Praxis gerecht zu werden und die vielfältigsten Umgebungsgeschäfte zu verhindern versuchend – auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise auszuweichen gezwungen [...]».

D'après l'OAIE, « le financement de l'achat d'un immeuble ou de sa construction, si les accords intervenus, le montant des crédits octroyés ou la situation financière du débiteur placent l'acquéreur ou le maître d'ouvrage dans un rapport de dépendance particulière à l'égard du créancier », peut constituer une acquisition d'autres droits soumise à la LFAIE³⁰. Selon le TF, le but de cette règle est d'« éviter que le créancier puisse se comporter comme le propriétaire du fonds, profitant de la faiblesse économique du propriétaire et débiteur ou, plus directement, de la dépendance économique de celui-ci à son égard »³¹.

La question de savoir si le titulaire du droit bénéficie d'une position analogue à celle du propriétaire doit être examinée exclusivement sur des critères objectifs. La volonté des parties d'éluider ou non les règles de la LFAIE n'est pas pertinente, seul compte l'état de fait objectif, soit ce que les parties sont à même de réaliser objectivement et potentiellement³².

Ainsi, l'admissibilité du financement au regard de la LFAIE suppose l'absence d'un rapport de dépendance particulière entre l'acquéreur ou le maître d'ouvrage et le créancier. Il importe donc de déterminer si un tel rapport existe déjà ou si, à la suite de la mise en place du financement, un lien de dépendance particulier entre le propriétaire de l'immeuble et le créancier survient ou s'en trouve renforcé.

Le but de la règle est d'éviter que le créancier puisse se comporter comme le propriétaire du fonds, profitant de la faiblesse économique du propriétaire et débiteur ou, plus directement, de la dépendance de celui-ci à son égard³³.

La pratique a élaboré plusieurs principes généraux pour évaluer ce lien de dépendance³⁴. Ainsi, un prêt non conforme à la pratique bancaire suisse sera présumé créer un rapport de dépendance qualifié entre le débiteur et le créancier et sera dès lors assujéti à la LFAIE³⁵. Par ailleurs, l'apport de sûretés supplémentaires (en sus d'un gage sur l'immeuble financé) de la part de personnes à l'étranger pourra, selon les cas, mener à l'assujettissement d'un financement hypothécaire à la LFAIE³⁶.

Selon la pratique des autorités compétentes, chaque acquisition potentielle doit être examinée de manière spécifique. Il convient d'analyser la situation de fait de manière globale, en tenant compte de toutes les caractéristiques respectives de la situation du débiteur et de celle du créancier. S'il y a plusieurs conventions, il faut les

examiner ensemble³⁷. L'analyse doit être effectuée selon des critères aussi bien juridiques qu'économiques³⁸. A ce titre, il y a lieu de prendre également en considération les actes générateurs d'obligations (contrats), même s'ils ne confèrent pas de maîtrise directe sur l'immeuble³⁹.

Les modalités du financement d'un immeuble sont examinées, en principe, au moment de l'acquisition, mais l'autorité doit également prendre en considération les modifications qui interviennent postérieurement⁴⁰.

b. Rapport de dépendance

Il y a en tout état de cause un certain lien de dépendance entre un débiteur et un créancier en raison de l'existence de leurs obligations respectives l'un envers l'autre. Pour être qualifié d'acquisition au sens de la LFAIE et entraîner l'assujettissement du financement concerné au régime d'autorisation prévu par cette loi, le rapport de dépendance doit être « élevé » selon la doctrine et la jurisprudence⁴¹. Il doit placer le prêteur en position de force par rapport au débiteur, et lui conférer, par ce biais, un contrôle en fin de compte similaire à celui d'un propriétaire sur l'immeuble.

Un tel lien de dépendance peut notamment résulter du montant du crédit accordé au propriétaire⁴² ou de la non-conformité de ce financement à la pratique bancaire suisse⁴³. S'il est considéré de manière isolée, le montant du prêt ne suffit cependant en règle générale pas à admettre un assujettissement à la LFAIE. A cela doivent en principe s'ajouter d'autres indices de position dominante étrangère⁴⁴, tels qu'un déséquilibre important entre les fonds propres du débiteur et le prix de l'immeuble, des indications concrètes concernant une domination étrangère ou une domination suisse exercée de manière uniquement fiduciaire ou encore des conditions de logement ou de bail inhabituelles. On notera au passage que les cas dans lesquels un créancier est également locataire d'un immeuble constituent régulièrement des contournements de la loi (*Umgebungsgeschäft*) et que les autorités présumant l'assujettissement à la LFAIE dans de telles circonstances⁴⁵.

³⁰ Art. 1 al. 2 let. b OAIE.

³¹ Arrêt du TF 2C_118/2009 du 15 septembre 2009, c. 4.1.

³² MÜHLEBACH/GEISSMANN, art. 4 n° 61 ; Aide-mémoire de l'OFJ, ch. 7.

³³ Arrêt du TF 2C_118/2009 du 15 septembre 2009 c. 4.1.

³⁴ Voir ch. III.1.2b ci-après.

³⁵ Voir ch. III.1.2c ci-après.

³⁶ Voir ch. III.1.2d ci-après.

³⁷ ATF 107 Ib 12, c. 4 : « Mehrere Vereinbarungen sind dementsprechend in ihrer Gesamtheit zu würdigen und die Stellung des aus diesen Geschäften am Grundstück Berechtigten ist als solche zu prüfen ».

³⁸ MÜHLEBACH/GEISSMANN, art. 4 n° 61.

³⁹ MÜHLEBACH/GEISSMANN, art. 4 n° 61.

⁴⁰ Directives d'interprétation concernant la LFAIE du canton de Genève (Directives genevoises), ch. 11.2.3, avec indication de la jurisprudence pertinente du TF.

⁴¹ MÜHLEBACH/GEISSMANN, art. 4 n° 70 : « [...] wogegen heute das Augenmerk auf das besondere Abhängigkeitsverhältnis gelegt wird ».

⁴² MÜHLEBACH/GEISSMANN, art. 6 n° 18.

⁴³ Voir ch. III.1.2c ci-après.

⁴⁴ Arrêt du TF 2C_219/2015 du 20 novembre 2015, c. 7.5.4, avec renvoi à d'autres arrêts du TF pertinents.

⁴⁵ BGE 105 Ib 321, c. 2 : « Eine Umgehung des Bewilligungsbeschlusses liegt besonders nahe, wenn ein Darlehensgeschäft mit einem Mietvertrag verbunden wird. Mietet eine Person mit Wohnsitz im

La constatation du caractère inhabituel d'un financement oblige l'autorité à procéder à des vérifications et recherches complémentaires⁴⁶.

Cela étant, la jouissance de gages immobiliers ne place en principe pas le créancier hypothécaire dans une situation analogue à celle d'un propriétaire sur l'immeuble grevé, puisque le créancier ne peut pas s'approprier l'immeuble, en cas de défaut de paiement⁴⁷, et qu'il ne jouit pour le surplus d'aucun droit de préférence lors d'une éventuelle vente aux enchères⁴⁸.

Pour autant, le créancier peut acquérir une influence décisive sur le sort du bien-fonds grevé au travers de l'acquisition de cédulas hypothécaires et de la créance abstraite qui y est incorporée. Cela peut notamment être le cas lorsque la charge excède manifestement la mesure de ce qui est usuel en matière de commerce et que le propriétaire foncier n'aurait pas, dès lors, obtenu d'un tiers non intéressé des crédits correspondants, ou ne les obtiendrait pas en cas de résiliation ou de dénonciation. En de telles circonstances, le créancier peut notamment décider comme un propriétaire du sort de l'immeuble du fait que le propriétaire et débiteur est économiquement faible ou dépend même économiquement du créancier.

Le rapport de dépendance peut provenir de l'ensemble des circonstances de l'espèce, ainsi que l'illustre un récent arrêt du TF⁴⁹. Dans ce cas, une Suisse domiciliée à Dubaï voulait acquérir deux immeubles résidentiels en Suisse, en fournissant environ 6 % du prix de vente total au moyen de ses fonds propres, 24 % au moyen de fonds propres de son mari étranger et 70 % grâce à un emprunt bancaire. Le TF commença par constater que la participation financière du mari, à elle seule, ne suffisait pas à assujettir la transaction à la LFAIE⁵⁰, « *le crédit octroyé par le mari ne dépassant pas la limite usuelle des deux tiers, voire 80 %, de la valeur vénale de l'immeuble* ». Il observa cependant que la banque s'était fondée exclusivement sur le revenu du mari pour octroyer le financement à son épouse, qui ne l'aurait donc pas obtenu seule et que, en d'autres termes, c'était uniquement au regard de la situation économique de l'époux étranger que la banque avait accepté d'octroyer au couple le prêt néces-

saire à l'acquisition litigieuse. En conséquence, le TF décida qu'il était justifié de prendre en compte le montant du prêt accordé par la banque dans le calcul de la proportion entre les fonds investis par l'épouse et les fonds dont celle-ci avait pu disposer grâce à la participation de son mari dans l'opération immobilière. Partant, la somme des fonds investis par le mari et de ceux octroyés au couple par la banque en s'appuyant sur les revenus du mari représentait selon le TF 94 % de la valeur des immeubles, « *soit une proportion se situant bien au-delà de la limite des deux tiers, voire 80 %, retenue par la jurisprudence* ». Dans ces conditions, le TF constata que le financement de 24 % du prix de vente octroyé par le mari étranger, associé au fait que le prêt hypothécaire accordé au couple était fondé exclusivement sur le revenu du mari, était propre à conférer à ce dernier une position analogue à celle d'un propriétaire.

c. Non-conformité à la pratique bancaire suisse

ca. En général

En règle générale, un prêt hypothécaire est assujetti au régime de l'autorisation prévu par la LFAIE si :

- la charge dont l'immeuble est grevé excède largement les normes usuelles en matière commerciale ; et
- le propriétaire n'obtiendrait pas d'un tiers – en général une banque suisse – un prêt correspondant⁵¹.

Bien que le TF et l'Office fédéral de la justice (OFJ) ne le précisent pas expressément, la notion de banque suisse utilisée dans ce contexte doit être interprétée à notre sens de manière large, en y englobant toutes les banques disposant d'une licence bancaire classique au sens de l'art. 3 LB⁵² et qui sont soumises aux normes réglementaires et d'autorégulation considérées comme obligatoires par l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA). Cela peut concerner tant des banques cantonales que des banques suisses considérées comme des personnes à l'étranger au sens de la LFAIE⁵³.

Ausland ein Haus, dessen Erwerb oder Bau sie finanziert hat, so gibt sie – wirtschaftlich betrachtet – eine Geldsumme hin für den Erwerb oder Bau eines Hauses und erwirbt gleichzeitig das Recht, dieses Haus ausschliesslich zu bewohnen. Damit erreicht sie in der Regel einen ähnlichen wirtschaftlichen Zweck wie mit dem Erwerb des Hauses oder zumindest eines Wohnrechts, so dass bei der Verbindung eines Darlehensvertrages mit einem Mietvertrag stets ein Geschäft vermutet werden kann, welches der Bewilligungspflicht unterliegt. » ; MÜHLEBACH/GEISSMANN, art. 6 n° 67.

⁴⁶ Directives genevoises, ch. 11.2.3.

⁴⁷ Art. 816 al. 2 CC ; voir également arrêt du TF 2C_1093/2015 du 4 novembre 2016, c. 3.3.

⁴⁸ Voir également ch. V.2.1 ci-après.

⁴⁹ Arrêt du TF 2C_1093/2015 du 4 octobre 2016, c. 3.4.

⁵⁰ Et plus précisément à établir un cas d'application de l'art. 4 al. 1 let. g LFAIE cum art. 1 al. 2 let. b OAIE.

⁵¹ ATF 107 Ib 12, c. 4.

⁵² Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB ; RS 952.0).

⁵³ Au passage, on notera que la notion de banque en mains étrangères au sens de l'art. 3ter LB ne recoupe que partiellement celle de personne à l'étranger selon la Lex Koller (voir art. 6 LFAIE), du fait que l'appréciation par la FINMA du caractère étranger d'une banque dépendra de chaque personne qui détient le contrôle (actionnaire qualifié). En matière de banque cotée en bourse, la possible domination étrangère suffira pour conduire les autorités à conclure à l'application de la Lex Koller, alors que la FINMA s'en rapportera à cet égard au concept de détention de participation qualifiée, excluant de fait des actionnaires dont la participation n'atteint pas 10 % (voir art. 3 al. 2 let. c^{bis} LB).

cb. La règle des 80 %

En principe, les financements dont le montant n'atteint pas les deux tiers de la valeur vénale de l'immeuble ne sont pas assujettis à la LFAIE⁵⁴.

En pratique, les banques suisses accordent des prêts hypothécaires jusqu'à concurrence de 80 % de la valeur vénale de l'immeuble. Cette pratique est admise par les autorités et ne soumet pas la banque concernée à l'obligation d'obtenir une autorisation selon la LFAIE⁵⁵.

Selon l'OFJ⁵⁶, est considéré comme une acquisition au sens de la LFAIE « le financement de l'achat ou l'édification de l'immeuble au-delà de la limite usuelle des charges hypothécaires admise par les banques suisses (en règle générale, 80 pour cent de la valeur vénale) ». A contrario, si le financement s'inscrit dans la pratique usuelle des banques suisses en se fondant sur un ratio de levier (« *loan-to-value-ratio* » ou « *ratio LTV* », correspondant au rapport entre le montant du crédit en principal et la valeur du bien) qui n'est pas supérieur à 80 %, il ne nécessite pas d'autorisation au sens de la LFAIE. C'est la valeur vénale – et non pas la valeur comptable – de l'immeuble qui est pertinente pour déterminer si le *ratio LTV* excède ce seuil critique. Elle doit en principe être déterminée au moment du financement⁵⁷. Si le financement est accordé durant la période de deux ans suivant la date de l'acquisition de l'immeuble, la valeur vénale suivra le principe de la valeur la plus basse entre le prix payé au moment de l'acquisition et la valeur ressortant de l'évaluation indépendante de l'immeuble par la banque ou l'expert immobilier mandaté par celle-ci⁵⁸.

Les Instructions de l'OFJ précisent à ce sujet qu'« *exceptionnellement, les banques octroient aussi des prêts allant au-delà des 80 pourcent, et même jusqu'à 100 pourcent, de la valeur vénale, notamment si le propriétaire fournit encore d'autres sûretés, telle la mise en gage de l'avoire de prévoyance professionnelle ou celle de polices d'assurance-vie. Si une banque ou une assurance, étrangère ou dominée par des personnes à l'étranger, octroie un prêt allant au-delà de 80 pourcent de la valeur vénale de l'immeuble, on pourra en règle générale considérer que l'organisme de prêt aura examiné de façon approfondie la solvabilité du propriétaire et qu'en conséquence une*

banque suisse lui aurait accordé un prêt dans la même mesure. »⁵⁹

Le seuil des 80 % doit ainsi être relativisé dans le sens où il ne s'agit pas d'une limite absolue, mais plutôt d'une valeur indicative.

A lui seul, le dépassement de ce seuil ne déclenche pas automatiquement l'assujettissement d'un crédit à la LFAIE. En effet, dans certains cas de figure, un *ratio LTV* plus élevé doit à notre sens être admis sans qu'une autorisation au sens de la LFAIE soit requise.

A titre d'exemple, des prêts octroyés dans le cadre de financements de projets immobiliers dépassent régulièrement le *ratio LTV* de 80 %. De tels financements sont néanmoins conformes à la LFAIE pour autant qu'une banque suisse les aurait octroyés à des conditions similaires⁶⁰. Dans des projets de développement immobilier, c'est d'ailleurs plutôt le créancier hypothécaire qui se retrouve temporairement dans une position de faiblesse par rapport à l'emprunteur. En effet, la réalisation d'un gage sur un bien-fonds en cours de construction est loin d'être facile. Partant, un *ratio LTV* élevé ne devrait en règle générale pas mener à un rapport de dépendance excessif du débiteur vis-à-vis du créancier. Par ailleurs, il est légitime que ce dernier requière des sûretés supplémentaires dans de telles situations.

De plus, les règles de la LFAIE devraient à notre sens également permettre de cumuler plusieurs prêts de créanciers différents menant le cas échéant à un *ratio LTV* global supérieur à 80 %. On peut par exemple envisager une structure complétant un prêt bancaire accordé en premier rang par un financement consenti en deuxième rang par un second créancier tel qu'un fonds de financement privé (*private debt fund*), pour autant que, examiné individuellement, aucun créancier ne se trouve dans une position de force excessive envers le débiteur et que les créanciers soient indépendants les uns des autres, ainsi que du débiteur. En effet, dans une telle constellation, force est de constater que la situation du créancier en premier rang se trouve plutôt affaiblie par la présence d'un créancier en deuxième rang, qui pourra faire valoir ses droits de manière autonome à l'encontre du débiteur. Le créancier en second rang, quant à lui, ne dispose pas de prérogatives plus étendues que celles d'un simple créancier hypothécaire et ne bénéficie pas non plus d'une

⁵⁴ Arrêt du TF 2C_854/2012 du 12 mars 2013, c. 5.3.

⁵⁵ Concernant, par exemple, la pratique genevoise, voir Directives genevoises, ch. 3.2.10.1.

⁵⁶ Aide-mémoire de l'OFJ, ch. 7 ; Instructions aux offices du registre foncier concernant l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger de l'Office fédéral de la justice du 1^{er} juillet 2009 (Instructions de l'OFJ), n° 77.

⁵⁷ Directives genevoises, ch. 3.2.10.1.

⁵⁸ Directives de l'Association suisse des banquiers (ASB), d'août 2019, concernant l'examen, l'évaluation et le traitement des crédits garantis par gage immobilier (Directives ASB Gage Immobilier), ch. 4.1, disponibles à l'adresse <https://www.swissbanking.org/fr/services/bibliotheque/directives> (site consulté pour la dernière fois le 14 janvier 2020).

⁵⁹ On remarque que l'OFJ se réfère ici à la pratique bancaire suisse pour fixer le cadre dans lequel non seulement les banques, mais également les compagnies d'assurance, étrangères sont habilitées à financer des immeubles assujettis à la LFAIE. Or, les compagnies d'assurance suisses ne sont pas soumises aux règles appliquées par les banques suisses et disposent, dans l'appréciation du *ratio LTV* et des modalités du crédit, d'une plus grande latitude que les banques suisses. Cette pratique de l'OFJ confère donc, à rigueur de texte, un avantage concurrentiel aux compagnies d'assurance suisses sur leurs homologues étrangères ; ces dernières bénéficient cependant d'un motif d'autorisation spécial (art. 8 al. 1 let. b LFAIE).

⁶⁰ MÜLLER-TSCHUMI, PPP und Lex Koller, in PJA/JPA 7/2010, 907 ss.

position de force envers le débiteur, et ce même si son prêt, considéré isolément, ne reflète pas de prime abord la pratique bancaire suisse. En cas de défaut de paiement, le créancier en deuxième rang a certes la possibilité de poursuivre le débiteur en réalisation de son gage. Dans une procédure d'exécution forcée, il se trouvera cependant dans une position de relative faiblesse par rapport à la banque, laquelle jouira d'un rang préférable ; de surcroît, un *private debt fund* étranger n'a aucune possibilité d'acquérir lui-même l'immeuble grevé, faute de pouvoir se prévaloir du motif d'autorisation spécial réservé aux banques et assurances⁶¹.

Inversement, il est tout à fait possible qu'un prêt octroyé avec un *ratio LTV* nettement inférieur à 80 % s'avère problématique au regard de la LFAIE s'il entraîne (ou renforce) un rapport de dépendance entre le prêteur et le créancier ou si l'on constate qu'une banque suisse ne l'aurait pas octroyé à des conditions similaires. Tel est notamment le cas lorsque les charges dont l'immeuble est grevé dépassent clairement ce qui est usuel dans le commerce (et notamment le taux d'effort⁶²) de sorte que, pour cette raison, le propriétaire foncier n'a pas obtenu de prêt correspondant d'un tiers non partie ou qu'il n'en obtiendrait pas en cas de dénonciation ou d'échéance du prêt⁶³.

cc. Les normes d'autorégulation

La pratique des banques suisses est en grande partie dictée par les normes d'autorégulation de l'ASB et en particulier par ses Directives relatives aux exigences minimales pour les financements hypothécaires⁶⁴ (reconnues par la FINMA en tant que standards minimaux⁶⁵) ainsi que par les Directives ASB Gage Immobilier. Il en ressort notamment les principes suivants :

- l'acquéreur doit effectuer un apport minimal de fonds propres de 10 % de la valeur vénale (pour les logements en propriété à usage propre, sous condition supplémentaire que ces fonds propres ne proviennent pas du 2^{ème} pilier) ou de 25 % (pour les immeubles de rendement) ;
- le prêt doit être amorti à 66⅔ % de la valeur vénale sur une durée de 15 ans (pour les logements en proprié-

té à usage propre) ou 10 ans (pour les immeubles de rendement).

Bien que les normes ASB ne le précisent pas expressément, il est admis, à notre sens, que le débiteur doit en principe rémunérer le bailleur de fonds par le paiement d'un intérêt dont le taux s'inscrit dans les fourchettes de taux généralement appliquées sur le marché suisse, et que la valeur des sûretés représente un montant au moins équivalent à celui de la créance hypothécaire⁶⁶.

Par ailleurs, le créancier doit évaluer de manière diligente la solvabilité et la capacité financière de son débiteur. Avant tout octroi de crédit, la banque sera tenue de procéder notamment à un contrôle de la solvabilité de l'emprunteur (honorabilité et capacité de crédit). En ce qui concerne les logements à usage propre, la banque effectuera en pratique un calcul du « taux d'effort » qui met en relation les revenus de l'emprunteur avec les charges occasionnées par l'immeuble acquis et le prêt hypothécaire⁶⁷. Pour calculer les charges, la banque additionnera en pratique la charge d'intérêt maximale calculée selon un taux théorique sur le prêt hypothécaire (actuellement, autour de 5 % par an), les charges d'entretien de l'immeuble (en général de 1 % par an) et, le cas échéant, la charge annuelle d'amortissement du prêt.

d. Sûretés supplémentaires de personnes à l'étranger

Il n'est pas inhabituel en pratique pour des créanciers de requérir des sûretés de la part du débiteur hypothécaire (ou, le cas échéant, de tiers) en sus d'un droit de gage sur l'immeuble. De telles sûretés peuvent par exemple prendre la forme de garanties ou cautionnements de la part d'un actionnaire (si le prêt hypothécaire est octroyé à une personne morale) ou du nantissement de certains avoirs déposés auprès de la banque.

L'apport de sûretés complémentaires peut remettre en cause la conformité du financement à la LFAIE s'il est effectué par une personne à l'étranger. Des sûretés sont considérées comme ayant été fournies par une personne à l'étranger si leur constituant est une personne à l'étranger. De telles sûretés peuvent par exemple consister dans des actions ou des immeubles étrangers détenus par le biais d'une société étrangère, et ce même si leur ayant-droit économique final est un Suisse⁶⁸.

L'octroi de sûretés par une personne à l'étranger n'est pas nécessairement prohibé ; cependant, il peut notamment

⁶¹ Voir ch. V.2 ci-après. A noter cependant que la LFAIE présume qu'une personne morale est elle-même une personne à l'étranger si de telles personnes « ont mis à [sa] disposition [...] des fonds remboursables dont la somme excède la moitié de la différence entre l'ensemble des actifs de la personne morale et l'ensemble des dettes contractées par celle-ci auprès de personnes non assujetties au régime de l'autorisation » (art. 6 al. 2 let. d LFAIE).

⁶² Voir ch. III.1.2cc ci-après.

⁶³ ATF 107 Ib 12, c. 4.

⁶⁴ Directives de l'ASB, d'août 2019, relatives aux exigences minimales pour les financements hypothécaires, disponibles à l'adresse <https://www.swissbanking.org/fr/services/bibliotheque/directives> (site consulté pour la dernière fois le 14 janvier 2020).

⁶⁵ Circulaire FINMA 2008/10 Normes d'autorégulation reconnues comme standards minimaux, Annexe, cm. 13–14.

⁶⁶ Voir cependant ch. III.1.2d ci-après.

⁶⁷ En revanche, pour les immeubles de rendement, le contrôle de la solvabilité et de la capacité financière s'effectue au premier chef sur la base du résultat dégagé par l'immeuble alors que pour les immeubles commerciaux à usage propre, c'est l'évaluation de l'emprunteur qui constitue la base de ce contrôle (voir ch. 3.4 s. des Directives ASB Gage Immobilier).

⁶⁸ Arrêt du Baurekursgericht Zürich I n° 0166/2011 du 2 septembre 2011.

assujettir à la LFAIE une opération de financement par ailleurs conforme à la pratique bancaire suisse s'il donne à un tiers garant la possibilité d'exercer une « influence prépondérante » (au sens de l'art. 6 LFAIE) sur le débiteur principal du financement. En effet, si le créancier est remboursé par suite d'un appel de la garantie ou de la réalisation d'une sûreté fournie par un tiers garant, celui-ci peut, en fonction des dispositions applicables⁶⁹, exercer un recours à l'encontre du débiteur principal, par voie de subrogation, pour un montant correspondant à celui payé par le garant et ainsi acquérir une forme de contrôle sur un immeuble soumis à la LFAIE. A notre sens, une possibilité d'atténuer (si ce n'est d'éliminer complètement) ce risque consiste à exclure l'exercice d'un droit de subrogation (tant et aussi longtemps que le garant est une personne à l'étranger) en relation avec la sûreté⁷⁰.

Les Instructions de l'OFJ précisent qu'« [e]n tous les cas, comme doit le faire une banque ou une assurance suisse lorsque le crédit excède les 80 pourcent, la banque ou l'assurance étrangère en cause doit certifier par écrit qu'elle accorde le prêt en son nom propre et pour son propre compte, qu'elle n'agit pas à titre fiduciaire pour une personne à l'étranger et qu'elle n'a pas reçu, ni ne doit encore recevoir, de sûretés réelles ou personnelles de la part de personnes à l'étranger [...] »⁷¹.

Il ne ressort pas clairement de ce passage si, de l'avis de l'OFJ, des sûretés supplémentaires provenant de personnes à l'étranger doivent être proscrites dans chaque cas ou uniquement lorsque le crédit excède le seuil généralement admis de 80 % de la valeur vénale de l'immeuble. En toute hypothèse, ainsi que nous l'avons déjà souligné, l'analyse de la compatibilité d'un financement avec la LFAIE doit être effectuée au cas par cas et en prenant en compte des critères économiques. Pour autant qu'elles n'engendrent pas un rapport de dépendance effectif entre les parties, des sûretés supplémentaires peuvent à notre sens être admises sous l'angle de la LFAIE.

A titre d'exemple, des sûretés additionnelles de personnes à l'étranger sont, à notre avis, en général admissibles dans les cas de figure suivants :

- si elles couvrent un prêt dont le montant total n'excède pas 80 % de la valeur vénale de l'immeuble, de sorte qu'une banque suisse appelée à refinancer l'opération pourrait, en conformité avec les normes de l'ASB, reprendre le prêt aux mêmes conditions, voire en remplaçant la sûreté fournie par la personne à l'étranger par un montant correspondant d'hypothèque sur le bien financé ;

- si la valeur de la sûreté en question est de faible importance par rapport à la valeur vénale du bien financé (par exemple, de 10 à 15 %) et qu'elle est destinée à couvrir une tranche destinée à être entièrement amortie dans les premières années de la durée du crédit (par exemple 5 à 10 ans) ;
- si la personne étrangère qui apporte ces sûretés est elle-même l'acquéreur du bien. Cela concerne essentiellement les acquéreurs de résidences secondaires en Suisse, qui effectuent cette acquisition en vertu d'une autorisation accordée par les autorités cantonales compétentes⁷². En effet, une telle autorisation LFAIE est normalement octroyée par les autorités indépendamment de la structure de financement prévue et donne théoriquement à l'acquéreur la possibilité d'acquérir l'immeuble uniquement avec des fonds propres. *A fortiori*, le bénéficiaire de l'autorisation devrait pouvoir constituer des sûretés sur son patrimoine en vue d'obtenir un financement.

1.3 Les conséquences de l'assujettissement à la LFAIE

a. Non-conformité du financement à la LFAIE

Lorsque les conditions d'assujettissement sont remplies, c'est le financement lui-même qui est soumis à autorisation⁷³. A cet égard, comme la loi ne prévoit aucun motif d'autorisation spécial pour les financements assimilés aux acquisitions d'immeubles assujetties à autorisation selon la LFAIE (en dehors de celui relatif à l'exécution forcée⁷⁴), force est de constater qu'un tel financement est en fin de compte un financement prohibé. Le cas échéant, se pose dès lors (uniquement) la question de la conformité du financement à la LFAIE.

Il revient en principe au conservateur du registre foncier d'entamer une procédure de contrôle : lorsqu'il ne peut exclure d'emblée qu'une acquisition soit soumise au régime de l'autorisation, le conservateur suspend la procédure d'inscription et impartit au demandeur un délai de trente jours pour demander l'autorisation ou faire constater le non-assujettissement au régime de l'autorisation. Il écarte la réquisition si le demandeur n'agit pas dans ce délai ou si l'autorisation est refusée⁷⁵. S'il conçoit un doute quant à la conformité d'un financement à la LFAIE, le conservateur, appliquant la procédure usuelle, doit impartir ce délai de trente jours au propriétaire (ou à l'acquéreur) du bien immobilier et/ou au bailleur de fonds concerné pour obtenir la constatation du non-assujettissement du financement au régime de l'autorisation. En l'absence d'une telle constatation, l'opération ne pourra aller de l'avant.

⁶⁹ Voir par exemple art. 110 et 507 al. 1 CO.

⁷⁰ Une telle exclusion ne sera pas toujours possible ; si la garantie est fournie sous forme de cautionnement, la renonciation de la caution à son droit de recours est frappée de nullité (art. 492 al. 4 cum 507 al. 1 CO).

⁷¹ Instructions de l'OFJ, n° 77.

⁷² Art. 9 al. 1 let. c LFAIE.

⁷³ MÜHLEBACH/GEISSMANN, art. 4 n° 76.

⁷⁴ Voir ch.V.2 ci-après.

⁷⁵ Art. 18 LFAIE cum art. 18 OAIÉ.

De nombreuses opérations de financement ou de refinancement se font cependant hors la vue du registre foncier, particulièrement lorsque la constitution de sûreté intervient par le biais du transfert au bailleur de fonds d'une cédula hypothécaire sur papier existant déjà et dont il n'est pas nécessaire d'augmenter le montant dans le contexte de l'opération. En pareilles circonstances, il appartient au créancier (ou à ses conseillers) d'évaluer si l'opération est soumise à autorisation et, le cas échéant, d'obtenir une décision de non-assujettissement de la part des autorités compétentes.

Potentiellement, l'acquisition d'un immeuble partiellement financée par un tiers engendre dès lors deux procédures LFAIE séparées : une procédure relative à l'achat de l'immeuble (concernant avant tout l'acquéreur) et une autre relative au financement hypothécaire (concernant principalement le bailleur de fonds). En ce qui concerne les critères d'examen, on peut observer que la qualification du bien concerné en tant qu'établissement stable ou d'immeuble soumis au régime de l'autorisation LFAIE est identique pour les deux procédures. En revanche, les deux autres critères (à savoir les notions de personne à l'étranger et d'acquisition) concernent des éléments distincts et seront examinés de manière séparée.

Si l'immeuble est qualifié d'établissement stable, aucune autorisation ne sera requise – ni pour l'achat, ni pour son financement. Pour le reste, le fait que la vente puisse se faire sans autorisation LFAIE (par exemple si l'acquéreur est un Suisse) ou qu'une autorisation LFAIE soit octroyée pour la vente (notamment si l'immeuble est acquis en tant que logement de vacances dans le respect des critères applicables⁷⁶) ne préjuge aucunement de la conformité du financement à la Lex Koller. De même le non-assujettissement d'un financement hypothécaire au régime d'autorisation LFAIE n'empêche-t-il pas que l'achat de l'immeuble puisse être soumis à une telle autorisation.

b. Conséquences du non-respect de la loi

Un manquement à l'obligation du créancier gagiste d'obtenir une autorisation peut mener à l'inefficacité et la nullité des actes juridiques en question⁷⁷ et à l'obligation de rétablir l'état antérieur à l'opération intimée comme si la transaction non conforme à la LFAIE n'avait pas eu lieu. Si la nullité concerne l'opération d'acquisition en tant que telle, comme il est difficile de contraindre l'ancien propriétaire à reprendre le bien (ce qui l'obligerait à en restituer le prix de vente) pour une violation de la loi dont il n'est pas responsable, les autorités compétentes octroient plutôt un délai de grâce à l'acquéreur pour transférer l'immeuble à une personne autorisée à l'acquiescer. La non-conformité du financement à la LFAIE peut mener à l'invalidité du prêt et du droit de gage, selon les

circonstances. En cas de nullité du prêt, le créancier devrait néanmoins être en mesure de réclamer la restitution des sommes avancées selon les règles de l'enrichissement illégitime⁷⁸ ; il ne peut cependant pas être désintéressé sur le produit de la réalisation du gage sur l'immeuble (et/ou d'éventuelles sûretés supplémentaires) et supporte donc entièrement le risque de crédit sur le débiteur, à l'encontre duquel il n'aura plus qu'une créance chirographaire.

En outre, quiconque enfreint intentionnellement la LFAIE (y compris en exécutant un acte juridique nul en raison du défaut d'autorisation) peut être puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire⁷⁹. Selon notre expérience, une peine privative de liberté est très rarement (voire jamais) prononcée en pratique. En plus des conséquences purement juridiques (parmi lesquelles la nullité potentielle de son droit de gage), une procédure LFAIE peut cependant avoir des conséquences sévères pour le créancier, notamment en ternissant sa bonne réputation ; si celui-ci est une banque ou une compagnie d'assurance, une violation de la Lex Koller pourrait également remettre en cause le respect de l'exigence de garantie d'une activité irréprochable⁸⁰ et donner lieu à des investigations de la part de l'autorité de surveillance.

IV. La LFAIE au moment du transfert de crédits hypothécaires ou de leur refinancement

La conformité à la loi doit être examinée à chaque nouveau financement d'un même bien. Ce principe vaut également lorsque l'objet du financement est de rembourser un crédit existant par la mise à disposition d'un nouveau prêt, et ce même si le montant du crédit diminue ou demeure inchangé. Chaque transaction doit en effet être examinée de façon individuelle à l'occasion de la conclusion de chaque nouvel acte juridique⁸¹. Partant, il n'est pas possible de conclure *a priori* que tout refinancement d'un prêt à l'origine conforme à la LFAIE est à nouveau conforme à cette loi.

Le refinancement peut également intervenir par novation, qui engendre un nouveau rapport de droits et obligations⁸² et doit être, à notre avis, examiné comme s'il s'agissait d'un tout nouveau financement.

⁷⁶ Voir notamment art. 9 al. 2 LFAIE.

⁷⁷ Art. 26 LFAIE.

⁷⁸ Art. 62 ss CO.

⁷⁹ Art. 28 al.1 LFAIE.

⁸⁰ Art. 3 al. 2 let. c LB et art. 14 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (LSA ; RS 961.01).

⁸¹ Art. 17 LFAIE.

⁸² Art. 116 CO ; BSK OR I-LOCKER, Art.116, n° 2 ; CR CO I-Piotet, art. 116, n° 1.

Sous cet angle, le refinancement se distingue du transfert de crédit intervenant par le biais d'une cession de créances⁸³ ou d'un transfert illimité de contrat (sans novation)⁸⁴, qui ont pour effet de substituer un nouveau bailleur de fonds au créancier initial, sans altérer en principe les modalités des créances ou contrats transférés. En pareilles circonstances, si le créancier initial était une personne à l'étranger et qu'au regard des conditions du financement, celui-ci était conforme à la LFAIE, notamment en ce qui concerne l'absence d'un rapport de dépendance particulière entre le propriétaire de l'immeuble et ce créancier initial, le transfert à un tiers, sans altération de ces conditions, ne devrait pas modifier de manière significative l'appréciation de l'intensité du lien de dépendance entre le propriétaire et le (nouveau) créancier.

Un tel transfert de crédits hypothécaires en soi non soumis, au moment de leur octroi, au régime d'autorisation de la Lex Koller, ne requerrait donc pas non plus d'autorisation (sous réserve de cas exceptionnels comme la nette diminution de la valeur vénale de l'immeuble depuis l'octroi ou d'un rapport de dépendance préexistant entre débiteur et nouveau créancier), y compris si l'ancien créancier était une banque et le nouveau créancier une entité non bancaire. Par exemple, en matière de titrisation de crédits hypothécaires initialement accordés par une banque considérée comme une personne à l'étranger, opération qui implique le transfert de créances garanties par hypothèque à un véhicule dédié (*special purpose vehicle* ou *SPV*)⁸⁵, il n'est pas nécessaire de réexaminer de ce point de vue le portefeuille de crédits transféré pour savoir si, en tant que telle, l'acquisition de ce portefeuille par un tiers déclenche l'assujettissement de certains crédits au régime de l'autorisation. Ce constat vaut alors également si le SPV doit lui-même être considéré comme une personne à l'étranger.

Cela étant, le transfert de créances à une personne autre qu'une banque ou une compagnie d'assurance (par exemple à un *SPV* en cas de titrisation⁸⁶) a des conséquences sur le sort des éventuelles procédures en exécution forcée, en éliminant le cas échéant la possibilité pour le nouveau créancier gagiste de se porter acquéreur de l'immeuble financé⁸⁷.

V. La LFAIE au moment de l'exécution forcée

1. Application de la LFAIE aux exécutions forcées

Si le débiteur hypothécaire ne satisfait pas à ses obligations, le créancier gagiste est habilité à procéder à une mise en poursuite en réalisation de gages selon les règles de la LP⁸⁸ pour se désintéresser sur le prix de réalisation de l'immeuble. Il lui est en revanche interdit de s'approprier directement l'immeuble grevé à défaut de paiement⁸⁹ et il ne jouit pour le surplus d'aucun droit de préférence en cas de vente aux enchères forcées de l'immeuble.

Les règles ordinaires de la LFAIE s'appliquent également dans le cadre de l'exécution forcée. Partant, l'acquisition d'immeubles résidentiels par des personnes à l'étranger est soumise à un régime d'autorisation spécial.

2. Le motif d'autorisation spécial

2.1 La règle et sa raison d'être

La LFAIE prévoit un motif d'autorisation spécial lorsque l'immeuble doit « être affecté à la couverture de créances, garanties par gage, de banques ou d'institutions d'assurance étrangères ou sous domination étrangère autorisées à pratiquer en Suisse, lors d'exécutions forcées ou de liquidations concordataires »⁹⁰.

Ce motif d'autorisation spécial bénéficie donc spécifiquement aux institutions bancaires ou d'assurance étrangères ou sous domination étrangère. Il est important pour l'institution financière d'avoir la possibilité de participer à une procédure de réalisation forcée de son droit de gage en vue de limiter ses pertes. Le cas échéant, elle courrait en effet le risque de ne pas obtenir le remboursement (intégral) de sa créance si un tiers offrait pour l'immeuble un prix inférieur au montant du prêt. Cette procédure spéciale permet donc à une banque considérée comme une personne à l'étranger d'acquérir l'immeuble si nécessaire, de compenser sa créance avec le prix payé pour l'immeuble⁹¹, puis de le revendre à sa convenance

⁸³ Art. 164 ss CO.

⁸⁴ Voir arrêt du TF 4A_313/2014 du 9 septembre 2014, c. 3.

⁸⁵ VON BÜREN : Die Verbriefung papierloser Schuldbriefe, GesKR 2/2012, 231 ss, ch. 2.2.

⁸⁶ KAUFMANN, Der Einsatz eines Hypothekenportfolios einer Bank als Sicherheit bei der Refinanzierung, Diss. Zürich 2006, 300, 307 s.

⁸⁷ Voir ch. V, 2.2 ci-dessous.

⁸⁸ Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 281.1).

⁸⁹ Art. 816 al. 1 et 2 CC.

⁹⁰ Art. 8 al. 1 let. d LFAIE.

⁹¹ MÜHLEBACH/GEISSMANN, art. 8 n° 40 s. : «Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist es, die Banken und Versicherungen bei Zwangsvollstreckung nicht dem Risiko auszusetzen, zusehen zu müssen, wie ihre Forderungen teilweise oder ganz ungedeckt bleiben, weil sie nicht mitbieten dürfen und Gewehr bei Fuss zusehen zu müssen, wie ein Dritter durch ein tiefes Angebot das Grundstück an sich ziehen kann. Durch diese Bestimmung wird ihnen ermöglicht, bei fehlendem genügendem Drittangebot das Grundstück an sich zu ziehen, um sich für ihre Forderungen aus dem Grundstück selbst bezahlt zu machen.».

pour minimiser sa perte et couvrir ses coûts. En instituant cette exception (et en l'assouplissant en 1997 quand l'obligation initiale du créancier gagiste de revendre l'immeuble dans un laps de temps de deux ans a été radiée), le législateur a notamment voulu éviter pour des raisons économiques de désavantager les créanciers étrangers par rapport aux banques et compagnies d'assurance suisses en vue de libéraliser les investissements étrangers⁹².

En pratique, l'acquisition d'un immeuble grevé de gage apparaît cependant comme une *ultima ratio* pour une banque, tant il est vrai que l'acquisition de biens immobiliers ne fait en général pas partie de ses activités commerciales typiques.

2.2 La notion de banque étrangère

Il ressort à notre sens de l'historique et de la *ratio legis* de l'art. 8 al. 1 let. d LFAIE que la définition de banques (ou compagnies d'assurance) étrangères ou sous domination étrangère doit être comprise de manière large.

Cette définition s'applique d'une part à toute banque ayant son siège en Suisse mais se trouvant en mains étrangères⁹³. Elle s'étend, d'autre part, à toutes les banques étrangères ayant établi en Suisse une succursale ou une représentation avec l'agrément de la FINMA⁹⁴.

En outre, des banques étrangères bénéficient à notre sens du traitement spécial de l'art. 8 al. 1 let. d LFAIE non seulement si elles sont autorisées à pratiquer en Suisse par la FINMA par le biais d'une succursale⁹⁵ ou d'une représentation⁹⁶, mais également si elles peuvent octroyer des prêts hypothécaires depuis l'étranger, sur une base purement transfrontalière, donc sans autorisation de la FINMA⁹⁷. Des établissements qui n'ont établi ni succur-

sale ni représentation en Suisse⁹⁸ tombent dans cette dernière catégorie.

VI. Conclusion

En matière de financement d'immeubles, la LFAIE est applicable lorsque l'immeuble a un caractère résidentiel (ne constituant pas un établissement stable) et que des fonds sont avancés par un tiers considéré comme une personne à l'étranger au sens de la Lex Koller. Notre analyse, qui traite en particulier des prêts hypothécaires octroyés par des banques, permet de confirmer que la question de la conformité à la LFAIE se pose alors essentiellement en fonction de l'intensité du rapport de dépendance entre le propriétaire de l'immeuble et le bailleur de fonds. Si l'ampleur du crédit octroyé ou les modalités commerciales sur lesquelles il repose ne correspondent pas à la pratique bancaire suisse, le rapport de dépendance entre le (futur) propriétaire de l'immeuble et son bailleur de fonds pourra être considéré comme particulièrement élevé, et, partant, le financement sera, à titre exceptionnel, soumis au régime d'autorisation prévu par la Lex Koller. Faute de motif d'autorisation spécifique prévu par celle-ci, le financement sera interdit.

Une telle interdiction pourra également survenir si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il apparaît que le financement placerait non pas le bailleur de fonds, mais une autre personne à l'étranger, par exemple un tiers garant ou un proche de l'emprunteur, dans une situation analogue à celle du propriétaire de l'immeuble.

Cette contribution nous a permis de décrire plus en détail les effets peut-être insoupçonnés d'une législation dont l'objectif était avant tout de lutter contre une certaine forme de spéculation immobilière, et qui, finalement assez loin de cet objectif, restreint parfois de façon importante certains apports de sûretés atténuant pourtant le risque de crédit des établissements bancaires. Cette contribution a également proposé quelques solutions pratiques, visant à réduire l'intensité du rapport de dépendance qui existe par nature entre un bailleur de fonds et son débiteur. Elle a également souligné que les restrictions introduites par la Lex Koller ne font pas forcément obstacle aux opérations de refinancement de crédits hypothécaires, par exemple sous forme de titrisation.

⁹² FF 1997 II 1115 ss.

⁹³ Art. 3ter LB.

⁹⁴ Art. 2 al. 2 LB. Selon la définition très large de l'article 1 de l'ordonnance du 21 octobre 1996 de la FINMA sur les banques étrangères en Suisse (OBE-FINMA ; RS 952.111), la notion de banque étrangère selon l'art. 2 al. 2 LB s'étend à toute entreprise organisée selon le droit étranger qui, dispose, à l'étranger, de l'autorisation d'exercer une activité bancaire, fait figurer le terme de « banque » ou de « banquier » dans sa raison sociale, dans la désignation de son but social ou dans ses documents commerciaux, ou exerce une activité bancaire au sens du droit suisse (voir le Commentaire de l'ordonnance sur les banques étrangères du 21 octobre 1996, in Bulletin CFB 32, p. 33, ch. 1.1.2).

⁹⁵ Art. 2 al. 1 let. a et 4 ss. OBE-FINMA.

⁹⁶ Art. 2 al. 1 let. b et 14 ss. OBE-FINMA.

⁹⁷ Rapport explicatif et avant-projet de mars 2017 concernant la modification de la LFAIE : « *Seuls les banques et les assureurs dominés par des personnes à l'étranger mais ayant leur siège en Suisse auront l'autorisation d'acquiescer un immeuble grevé d'un droit de gage pour couvrir une créance garantie par gage (al. 1, let. d). Les établissements ayant leur siège à l'étranger n'auront plus cette possibilité. Il ne suffira plus que la banque ou l'assureur puisse pratiquer en Suisse ou qu'elle puisse y exercer une activité depuis l'étranger sans autorisation* ».

⁹⁸ Art. 2 al. 1 OBE-FINMA *a contrario* ; voir également BIAGGINI/HÄNER/SAXER/SCHOTT, Verwaltungsrecht, Zurich 2015, ch. 2.45.