

BCCC

AVOCATS ATTORNEYS-AT-LAW



Conférence du jeune barreau du 26 mai 2014

La Lex Koller du point de vue du praticien

Genève

tél. +41 22 704 3600
fax +41 22 704 3601

5, rue Jacques-Balmat
PO Box 5839
CH-1211 Genève 11

Lausanne

tél. +41 21 318 7400
fax +41 31 318 7401

12, avenue des Toises
PO Box 5410
CH-1002 Lausanne

Mathieu Simona

Table des matières

I. Introduction

- 1) Les sources
- 2) Chronologie
- 3) Motions Badran
- 4) Les autorités
- 5) Pas vu pas pris?

II. L'assujettissement subjectif (personnes à l'étrangers)

III. Non-assujettissement (Etablissements stables)

- 1) Serviced apartments
- 2) Arrêt Moritz

IV. L'assujettissement objectif

- 1) Sociétés immobilières
- 2) Le financement étranger

V. Motifs d'autorisation

VI. Les conditions et charges

VII. Ruling or not ruling?

I. Introduction (1. Les sources)

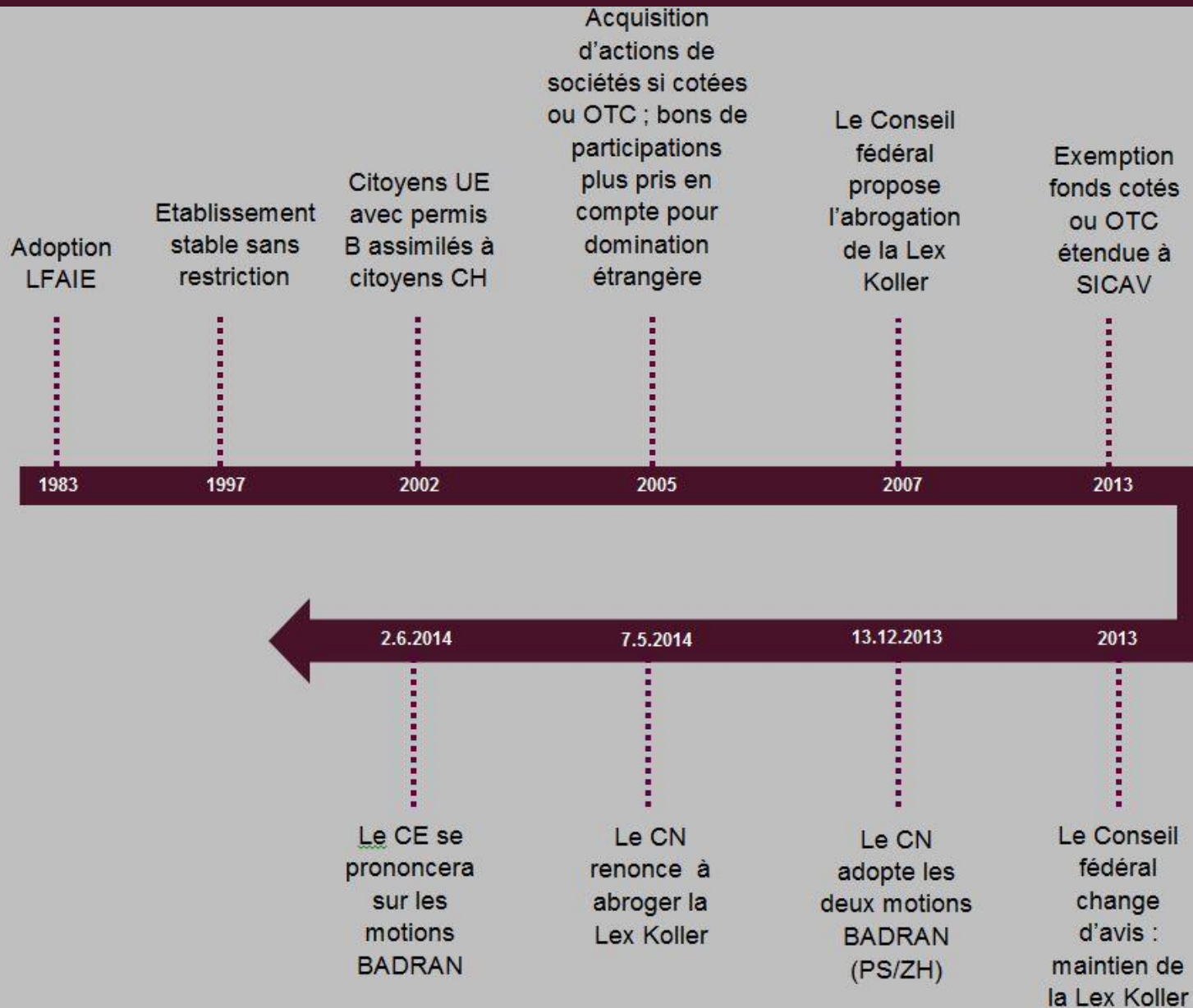
Législation

- Loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE)
- Ordonnance du 1^{er} octobre 1984 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (OAIE)
- Législation cantonale d'application (GE: Loi d'application de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, RSG E 1 43)

Aide-mémoire et directives

- Aide-mémoire du 1^{er} juillet 2009 de l'Office fédéral de la justice («Aide-mémoire»)
- Instructions aux offices du registre foncier du 1^{er} juillet 2009 de l'Office fédéral de la justice («Instructions»)
- Directives d'interprétation concernant la LFAIE de 2008 du Département de l'économie et de la santé de la République et canton de Genève («Directives»)

I. Introduction (2. Chronologie)



I. Introduction (3. Motion Badran)

Motion 13.3975

Le Conseil fédéral est chargé de présenter au Parlement un projet de modification de la Lex Koller afin que les immeubles destinés à une activité commerciale ou professionnelle soient de nouveau soumis au régime d'autorisation obligatoire de la Lex Koller. Il examinera les exceptions à apporter à ce régime pour l'acquisition d'immeubles hôteliers.



Motion 13.3976

Le Conseil fédéral est chargé de présenter au Parlement un projet de modification de la Lex Koller afin que le privilège accordé aux personnes de l'étranger en ce qui concerne l'acquisition de parts dans des fonds immobiliers et dans des sociétés immobilières cotées en bourse soit aboli.

I. Introduction (4. Les autorités)

1. **L'autorité de première instance** chargée de statuer sur l'assujettissement [art. 15 al. 1^{er} lit. a LFAIE]
 - Genève: Direction juridique, Secrétariat Général du DSE
 - Vaud: Commission foncière II
 - CAVEAT: pratique peut varier d'un canton à l'autre.

2. **L'autorité habilitée à recourir**, à requérir la révocation d'une autorisation ou l'ouverture d'une procédure pénale et à agir en cessation de l'état illicite [art. 15 al. 1^{er} lit. b LFAIE]
 - Genève: le Procureur général

3. **Une autorité de recours**
 - à Genève, CACJ. Extrêmement peu de jurisprudence: 28 cas entre 1987 et 1997, 1 cas en 2001, 1 cas en 2005

4. **L'Office fédéral de la justice**

I. Introduction (5. Pas vu, pas pris)

1. Les «Filtres»

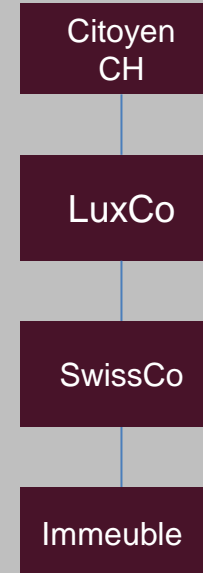
- Registre du commerce
 - Registre foncier
 - Notaires
- L'autorité de première instance ne voit passer qu'une faible partie des transactions pour lesquelles la question de l'application de la Lex Koller se pose. L'essentiel des cas échappe à tout contrôle (préalable ou postérieur)

2. Les sanctions

- Nullité de l'opération [art. 26 LFAIE]
- Sanctions pénales [art. 28 ss LFAIE] contre **toute personne** participant à l'opération

II. Assujettissement subjectif (art. 5 LFAIE)

- Il faut parfois laisser le bon sens de côté.
- Exemple: personne à l'étranger dès qu'une société étrangère est impliquée, même si le bénéficiaire économique est suisse.
- On le comprend toutefois pour les difficultés de contrôle liées à une telle construction. Comme souvent avec cette loi, des règles extrêmement strictes sont adoptées pour contrebalancer la difficulté pour les autorités à appliquer la loi.



III. Non-assujettissement (Etablissements stables, 1. Serviced apartments)

Exemple 1: Serviced apartments

- Architecturalement plus proche d'un appartement que d'une chambre d'hôtel.
- Prévu pour des séjours de moyenne à longue durée (tarif dégressif), mais séjour d'une nuit possible aussi.
- Généralement géré par un groupe hôtelier.
- Services fournis: réception, nettoyage, WiFi, etc.
- *Il n'y a pas d'activité économique au sens de l'article 2, 2e alinéa, lettre a LFAIE, si l'immeuble est affecté à la construction ou à la location, à titre professionnel, de logements qui ne font pas partie d'un hôtel ou d'un appart-hôtel [art. 3 OAIE]*
- Test (ATF 106 Ib 209) : assimilé à un établissement stable si le caractère des prestations de services propres à l'hôtellerie l'emporter sur celui de mise à disposition à titre professionnel de logements.



III. Non-assujettissement (Etablissements stables, 2. Arrêt Moritz)

Exemple 2: l'activité administrative

(ATF 2A.428/1999 du 28 janvier 2000, arrêt Moritz Ltd)

- Immeuble loué à raison d'environ 85% de sa surface par le canton de Fribourg (Police cantonale, RF, le Tribunal d'arrondissement de la Glâne, l'Office des poursuites de la Glâne et l'Inspection des forêts.
- TF: «*les activités visées par les dispositions topiques sont des activités économiques, autrement dit, des activités ressortissant soit à la production industrielle, soit au commerce des produits et services, à quoi s'ajoutent l'artisanat et les professions libérales*» (consid. 3d)
- «*L'activité administrative qui est déployée dans l'immeuble concerné n'a pas de caractère commercial.*» (consid. 3f)



Assez clair quand il s'agit des services de l'Etat, mais quid de...

III. Non-assujettissement (Etablissements stables, 2. Arrêt Moritz)



III. Non-assujettissement (Etablissements stables, 2. Arrêt Moritz)

Test:

S'agit-il d'une activité publique qui pourrait tout aussi bien être effectuée par une entreprise privée, comme ce peut être le cas des services industriels d'une collectivité publique ou d'un établissement cantonal d'assurance? (ATF 2A.428/1999, consid. 3f)

- Une activité étatique / semi-étatique peut donc être qualifiée d'établissement stable dans certaines circonstances
- Réponse aisée quand **marché libre** (hôpitaux, valorisation des déchets, réseaux thermiques, télécommunications, etc.)
- Mais quid des universités? Monopole de fait dans certains domaines
 - Exemple: *Pour obtenir le brevet d'avocat, il faut remplir les conditions cumulatives suivantes (...):*
 - a) *avoir effectué des études de droit sanctionnées soit par une licence ou un master délivrés par une université suisse* [art. 24 LPAv]
- Et quid enfin en cas de monopole de droit? (SIG: Approvisionnement et la distribution d'eau et d'électricité, ainsi que l'évacuation et le traitement des eaux usées [art. 168 Cst-GE])

III. Non-assujettissement (Etablissements stables, 2. Arrêt Moritz)

Digression: Arrêt *Moritz* adapté aux PPP?



III. Non-assujettissement (Etablissements stables, 2. Arrêt Moritz)

Exemple de la Traversée du Lac

Modèle plausible:

- L'Etat accorde une concession au SPV chargé de la construction / exploitation / maintenance du pont/tunnel. Le foncier reste en mains de l'Etat
- Le SPV finance la construction (via banques) et est rémunéré dès la livraison du pont/tunnel (péage ou loyer payé par l'Etat)
- La concession présente des analogies avec le bail à ferme de longue durée (10 ans) [art. 4 al. 1^{er} lit. g LFAIE; art. 1 al. 2 lit. a OAIE]. Mais douteux que soit assimilé à acquisition d'immeuble au sens de la Lex Koller, dans la mesure où le SPV n'a aucun droit sur l'infrastructure. Suppose qu'aucun droit de gage, ni du SPV et surtout ni des banques (dans la pratique, *step in right*), sur l'infrastructure...
- Selon doctrine, même si le foncier est transféré au SPV, les particularités des PPP exclut l'application de la Lex Koller [voir Th. Müller-Tschumi, PPP une Lex Koller, in AJP 2010 907]

IV. Assujettissement objectif (1. Sociétés immobilières)

Exemple: Acquisition d'une société industrielle propriétaire des murs de son usine ainsi que de plusieurs champs dans le voisinage de l'usine

Base légale

Par acquisition d'immeubles on entend (...) l'acquisition d'un droit de propriété ou d'usufruit sur une part d'une personne morale dont le but réel est l'acquisition d'immeubles, si les parts de cette personne morale ne sont pas cotées auprès d'une bourse en Suisse [art. 4 al. 1^{er} lit. e LFAIE]

Sociétés immobilières stricto sensu et lato sensu

- Bon exemple de la pratique très différente d'un canton à l'autre.
- GE: test = Société immobilière lato sensu si plus de 33% du patrimoine immobilier, estimé à sa **valeur vénale**, n'est pas un établissement stable [Directives, p. 13]. Test le plus sévère.
- Autres tests: 33% voire 50% des actifs totaux (non seulement immobilier). Enorme différence quand acquisition de sociétés commerciales / industrielles qui détiennent des biens immobiliers [voir Geissmann/Huber/Wetzel, *Grundstückwerb in des Schweiz durch Personen in Ausland*, 1998, p. 62; Malacrida, *Unternehmensübernahmen im Lichte der Lex Koller*, in AJP/PJA 1998 1187]

IV. Assujettissement objectif (2. Financement étranger)

Exemple: refinancement par une banque étrangère d'un prêt hypothécaire portant sur une résidence principale

Base légale

Par acquisition d'immeubles on entend (...) l'acquisition d'autres droits, qui confèrent à leur titulaire une position analogue à celle du propriétaire d'un immeuble [art. 4 al. 1^{er} lit. g LFAIE]

Par autres droits qui confèrent à leur titulaire une position analogue à celle du propriétaire d'un immeuble (art. 4, al. 1, let. g, LFAIE), on entend notamment (...) 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 [art. 1 al. 2 lit. b OAIE]

IV. Assujettissement objectif (2. Financement étranger)

Dans la pratique

- Ne concerne pas les établissements stables.
- Le montant total des crédits ne doit pas dépasser 66-80% de la valeur vénale du bien au moment du financement. Le taux d'effort doit être inférieur à 33%.
- Dans la pratique, les banques requièrent rarement une décision de non-assujettissement. Risque pour la banque si le débiteur parvient postérieurement à démontrer un rapport de dépendance: nullité du prêt et de la cédule / perte de la faculté d'acquérir l'immeuble dans le cadre d'une procédure de recouvrement [art. 8 al. 1^{er} lit. d LFAIE]. Filtre au RF que si création de cédule (pas de contrôle en cas de transfert d'une banque à l'autre lors d'un refinancement). La situation est ici d'autant plus inconfortable que la pratique est assez floue (les Instructions et les Directives précisent encore que les banques octroient des prêts allant parfois jusqu'à 100% de la valeur du bien et permettent au RF d'enregistrer sans décision de telles opérations).
- Le test devrait être: l'emprunteur aurait-il pu obtenir ce financement d'une banque suisse?

Conseil

Dans les cas limites: cession de la créance à un Suisse à un prix légèrement discount permet d'éviter que l'opération soit examinée a posteriori

V. Motifs d'autorisation



IV. Motifs d'autorisation

Exemple: Projet Andermatt Swissalps (<http://www.andermatt-swissalps.ch>)

- 6 hôtels, 25 chalets, 42 immeubles d'habitation (environ 500 appartements)
 - 1.2 million de m2 à bâtir, plus de CHF 400 millions déjà investis
 - Promoteur égyptien
- Problématique Lex Koller:
- pour le promoteur
 - pour les acheteurs des lots individuels (en principe, possible que si acquisition en nom et si la surface est inférieure à 200 m2 SN habitable [art. 10 al. 2 OAIE] en cas de résidence secondaire).
- La solution:
- *Ne sont pas assujettis au régime de l'autorisation (...) l'acquéreur lorsque l'intérêt supérieur de la Confédération le commande; la surface ne doit cependant pas être supérieure à ce qu'exige l'affectation de l'immeuble [Art. 7 lit. h LFAIE]*
 - Décision du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 [art. 16 al. 1^{er} lit. a LFAIE].

VI. Conditions et charges

Exemple 1: travaux de construction / transformation

« La présente décision sera nulle ab initio si l'Acquéreur ne remplit pas l'une des conditions suivantes: (1) commencement effectif des travaux dans un délai d'un an suivant l'acquisition immobilière et (2) occupation totale des locaux dans les 6 mois suivants la fin des travaux, mais au plus tard deux ans après l'acquisition immobilière»

Question 1: Quid si l'autorisation de construire n'est pas entrée en force un an après l'acquisition?

Question 2: Quid si difficulté à louer l'entier des surfaces dans le délai de 6 mois / 2 ans?

[Voir aussi art. 14 al. 4 LFAIE et art. 11 al. 4 OAIE]

Exemple 2: Surface de réserve excessive

« (...) La présente décision de non assujettissement est grevée de la charge suivante: obligation d'aliéner, dans un délai de 4 ans dès l'acquisition, au prix de revient, une portion de 10'000 m² de la parcelle en cause dans l'hypothèse où le projet de construction ne serait pas réalisé»

Exemple 3: Locaux commerciaux qui ne sont plus exploités

- Charge implicite: obligation d'exploiter un établissement stable sous forme d'établissement stable [Arrêt du 3 mars 2009 du Tribunal cantonal du canton de Vaud, FO.2008.0024]; Régime différent pour résidences principales: pour elles, ce qui compte c'est l'intention lors de l'acquisition]

VII. Ruling or not ruling?

Bases légales

*Sitôt après la conclusion de l'acte juridique ou, à défaut d'un tel acte, sitôt après l'acquisition, toute personne **dont l'assujettissement au régime de l'autorisation n'est pas d'emblée exclu** doit requérir l'autorisation d'acquérir l'immeuble ou faire constater qu'elle n'est pas assujettie [art. 17 al. 1^{er} LFAIE; voir aussi art. 18 al. 1 et 2 LFAIE si passage devant RF ou RC]*

- Application très stricte de ce principe par certaines autorités cantonales. Notamment, si charge ou condition envisageable (même si finalement écartée), décision de non-assujettissement à requérir.
- Implications: durée, coût [art. 15 LaLFAIE], imprévisibilité.
- L'opportunité / la nécessité d'un ruling se pose donc très souvent lorsque l'opération échappe à tout filtre (share deal).

Merci pour votre attention!

Mathieu Simona, simona@bccc.ch

BCCC Avocats Sàrl
Geneva ▪ Lausanne
www.bccc.ch