

Crowdfunding immobilier : succès pour une nouvelle forme d'investissement ?

## Crowdfunding immobilier

### Les contraintes de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE)

Chris MONNEY

Avocat associé - CAPT & WYSS Avocats



# Sommaire

- 1 Rappels utiles
- 2 **Le Crowdfunding immobilier (ou "Crowdfunding de copropriété" dans un actif immobilier) et la LFAIE : un étranger au sens de la LFAIE peut-il acquérir des parts dans un véhicule d'investissement immobilier (typiquement une SA)?**
- 3 **Le Crowdlending (ou Crowdfunding) immobilier et la LFAIE : un étranger au sens de la LFAIE peut-il financer le projet d'un promoteur en lui accordant un prêt?**

# 1. Rappels utiles

## 1.1 Les sources

- Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE – RS 211.412.41)
- Ordonnance sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (OAIE – RS 211.412.411)
- Loi genevoise d'application de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LaLFAIE – E 1 43)
- Aide-mémoire de l'Office fédéral de la justice, du 1<sup>er</sup> juillet 2009
- Instructions de l'Office fédéral de la justice aux registres fonciers, du 1<sup>er</sup> juillet 2009
- Directives genevoises d'interprétation concernant la législation fédérales sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, de juin 2008

# 1. Rappels utiles (suite)

## 1.2 Les principales autorités

a.) L'autorité cantonale de première instance chargée de statuer sur l'assujettissement au régime de l'autorisation, sur l'octroi de l'autorisation ainsi que sur la révocation d'une autorisation ou d'une charge (art. 15 al. 1 let. a LFAIE).

- Genève : Département de la sécurité et de l'économie (ci-après : le département)

b.) L'autorité cantonale 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 let. b LFAIE).

- Genève : le Ministère public

c.) l'autorité cantonale de recours (art. 15 al. 1 let. c LFAIE).

- Genève : la Chambre administrative de la Cour de Justice (CACJ)

# 1. Rappels utiles (suite)

d) l'Office fédéral de la justice qui contrôle la légalité des décisions des autorités cantonales de première instance (articles 17 al. 3 et 20 al. 2 let. b LFAIE) ou agit en cessation de l'état illicite (art. 27 LFAIE)

e) Les autorités « secondaires » qui jouent le rôle de filtre : le registre du commerce et le registre foncier. Lorsque le conservateur du registre foncier ou le préposé au registre du commerce ne peut d'emblée exclure qu'une opération soit soumise au régime de l'autorisation, il suspend la procédure d'inscription et impartit à l'intéressé un délai de trente jours pour demander l'autorisation ou faire constater le non-assujettissement de l'opération au régime de l'autorisation (art. 18 al. 1 et 2 LFAIE).

En cas de fondation (ou d'augmentation de capital) d'une société immobilière, l'autorité compétente du lieu de situation des immeubles a le devoir de rechercher, d'office, s'il se trouve parmi les souscripteurs des personnes assujetties au régime de l'autorisation. Il appartient également au préposé du registre du commerce de procéder à ce contrôle avant de décider l'inscription de la société immobilière. (ATF 109 Ib 107)

# 1. Rappels utiles (suite)

## 1.3 Les sanctions

a.) Sanctions administratives : révocation d'office de l'autorisation lorsque l'acquéreur l'a obtenue frauduleusement en fournissant des indications inexactes ou lorsque, malgré une mise en demeure, il ne respecte pas une charge. Par ailleurs, l'assujettissement au régime de l'autorisation est constaté d'office ultérieurement lorsque l'acquéreur a fourni à l'autorité compétente, au conservateur du registre foncier ou au préposé au registre du commerce des indications inexactes ou incomplètes sur des faits dont pourrait dépendre cet assujettissement (art. 25 al. 1 et 1bis LFAIE).

b.) Sanction civiles : inefficacité et nullité d'office de l'opération lorsque celle-ci doit être au bénéfice d'une autorisation et qu'elle ne l'est pas, ce qui entraîne notamment la non-exigibilité des prestations promises, un droit de répétition sur les prestations fournies, une action en rétablissement de l'état antérieur, voire

# 1. Rappels utiles (suite)

une décision du juge ordonnant les enchères publiques conformément aux prescriptions sur la réalisation forcée des immeubles, étant précisé que l'acquéreur ne peut prétendre qu'au remboursement du prix de revient, tout excédent revenant de droit au canton (art. 26 et 27 LFAIE)

c.) **Sanction pénale** : peine privative de liberté de trois ans au plus ou peine pécuniaire (art. 28 à 25 LFAIE).

# 1. Rappels utiles (suite)

## 1.4 Définition d'une "personne à l'étranger" selon la LFAIE (assujettissement subjectif à la loi)

Le principe posé par l'art. 2 al. 1 LFAIE: « L'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger est subordonnée à une autorisation de l'autorité cantonale compétente. » => qu'est-ce qu'une "personne à l'étranger"?

a.) Les ressortissants des Etats membres de la CE ou de l'AELE qui n'ont pas leur domicile légalement constitué et effectif en Suisse. *A contrario*, les européens domiciliés en Suisse et au bénéfice d'un permis B ne sont pas des étrangers au sens de la LFAIE.  
(art. 5 al. 1 let. a LFAIE).

b.) les ressortissants des autres Etats étrangers (hors CE & AELE) qui n'ont pas le droit de s'établir en Suisse. *A contrario*, tout étranger domicilié en Suisse et au bénéfice d'un permis C n'est pas un étranger au sens de la LFAIE.  
(art. 5 al. 1 let. abis LFAIE).



## 1. Rappels utiles (suite)

c.) les personnes morales (ou les sociétés sans personnalité juridique, mais ayant la capacité d'acquérir) qui ont leur siège statutaire ou réel à l'étranger.  
(art. 5 al. 1 let. b LFAIE)

d.) les personnes morales (ou les sociétés sans personnalité juridique, mais ayant la capacité d'acquérir) qui ont leur siège statutaire et réel en Suisse, et dans lesquelles des personnes à l'étranger ont une position dominante, notamment si des personnes à l'étranger détiennent plus d'un tiers du capital ou disposent de plus du tiers des voix pouvant être exprimées à l'assemblée générale ou à l'assemblée des associés.  
(art. 5 al. 1 let. c *cum* art. 6 LFAIE)

e.) les personnes physiques ainsi que les personnes morales ou les sociétés sans personnalité juridique, mais ayant la capacité d'acquérir, qui ne sont pas des personnes à l'étranger au sens des let. a, a<sup>bis</sup> et c (de l'art. 5), lorsqu'elles acquièrent un immeuble pour le compte de personnes à l'étranger.  
(art. 5 al. 1 let. d LFAIE)

## 2. Le Crowdfunding et la LFAIE

### 2.1 Le Crowdfunding immobilier (ou Crowdfunding de «copropriété» dans un actif immobilier, ou encore Crowdequity) est une "acquisition d'immeubles" au sens de la LFAIE (assujettissement objectif à la loi)

A teneur de l'art. 4 LFAIE, l'on entend notamment par "acquisition d'immeubles"

- 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 let. e LFAIE).

L'acquisition d'une seule part d'une société immobilière suisse par une personne à l'étranger (physique ou morale) est ainsi soumise au régime de l'autorisation, et donc non réalisable si aucune exception légale ni aucun motif d'autorisation ne peut être invoqué.

- l'acquisition d'un droit de propriété, de superficie, d'habitation ou d'usufruit sur un immeuble (art. 4 al. 1 let. a LFAIE);

## 2. Le Crowdfunding et la LFAIE (suite)

### 2.2 Les exceptions légales permettant le Crowdfunding par des étrangers au sens de la LFAIE

- L'acquisition d'immeubles servant d'établissement stable (articles 2, al. 2, let. a LFAIE et 3 OAIE)

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

L'art 3 OAIE précise ceci : « *Il n'y a pas établissement stable au sens de l'art. 2, al. 2, let. 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 apparthôtel* ».

L'Office fédéral de la Justice, dans son aide-mémoire du 1<sup>er</sup> juillet 2009 relatif à la LFAIE, précise ceci à propos de l'art. 2 al. 2 let. a LFAIE : « *Les immeubles destinés à l'exercice d'une activité économique (immeubles servant d'établissement stable, par exemple les 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, de cabinet médical) peuvent être acquis sans autorisation (art. 2, al. 2, let. a, LFAIE).* »

## 2. Le Crowdfunding et la LFAIE (suite)

L'OFJ ajoute ceci : « *Il n'y a pas d'activité économique au sens de l'article 2, 2<sup>ème</sup> alinéa, lettre a, LFAIE, lorsque des logements sont créés, loués ou affermés ou lorsqu'il en est fait le commerce (art. 3 OAIE). Pour de tels buts, l'acquisition d'immeubles est assujettie au régime de l'autorisation et l'octroi de l'autorisation est en fait exclue, car il n'existe alors pas de motifs d'autorisation (à l'exception du cas des logements à caractère social). Les logements objet d'une exploitation hôtelière constituent en revanche des établissements stables et peuvent être acquis ou construits sans autorisation* ».

A propos des logements qui font l'objet d'une exploitation hôtelière, une jurisprudence du Tribunal fédéral vient confirmer l'interprétation (plutôt large) de l'OFJ. Dans l'ATF 106 Ib 209, qui traite des « serviced apartments », le TF analyse en effet – à la lumière des articles 2, al. 2, let. a, LFAIE, et 3 OAIE – le cas d'objets immobiliers architecturalement plus proches d'un appartement que d'une chambre d'hôtel, prévus pour des séjours de moyenne à longue durée (tarif dégressif), mais également avec possibilité de passer un séjour d'une seule nuit, et généralement gérés par un groupe hôtelier (avec fourniture de services tels que réception, nettoyage, WiFi, etc.). Or, le TF conclut que ce type d'objet peut être assimilé à un établissement stable si le caractère des prestations de services propres à l'hôtellerie l'emporte sur celui de mise à disposition à titre professionnel de logements.

## 2. Le Crowdfunding et la LFAIE (suite)

- Les logements imposés par les prescriptions relatives aux quotas de logements, ainsi que les surfaces réservées à cet effet, qui peuvent être acquis simultanément à l'acquisition d'un immeuble servant d'établissement stable (art. 2 al. 3 LFAIE).

Selon les Directives genevoises, cela signifie que les logements doivent avoir été imposés par une autorité étatique lors de la construction de l'immeuble, pour des motifs d'aménagement du territoire. Il peut s'agir soit de conditions posées directement dans l'autorisation de construire, soit d'un préavis de la commune, soit d'un règlement d'application de PLQ (plan localisé de quartier) ou du règlement d'application relatif au plan d'utilisation du sol (PUS) en Ville de Genève.

La part de logements ne doit pas dépasser un tiers de la surface brute utile de l'immeuble (pour le détail, cf. ch. 4.1.2.2.3 des Directives genevoises). En cas de doute, l'acquéreur est renvoyé devant le département. Si la part de logements dépasse ce tiers, une décision du département est requise. Le département peut autoriser, selon les circonstances du cas d'espèce, une proportion de logements jusqu'à 50% de la surface de l'immeuble ou de l'ensemble des constructions de la parcelle. Le caractère commercial doit être prépondérant, en surface et en valeur (Directives genevoises, ch. 4.1.2.2.1).

## 2. Le Crowdfunding et la LFAIE (suite)

- Des logements peuvent être acquis librement avec un immeuble servant d'établissement stable, lorsqu'ils sont nécessaires à l'activité de l'entreprise

Par exemple, pour un concierge ou technicien, si une présence permanente ou quasi-permanente est indispensable à proximité de l'entreprise – Aide-mémoire de l'OFJ, p. 5).

## 2. Le Crowdfunding et la LFAIE (suite)

### 2.3 Les motifs d'autorisation

- Les motifs généraux d'autorisation de l'art. 8 al. 1 lettres b et c LFAIE

#### Art. 8 LFAIE – Motifs généraux d'autorisation

<sup>1</sup> L'autorisation est accordée lorsque l'immeuble doit:

b. servir au placement de capitaux provenant de l'activité d'une institution d'assurance étrangère ou sous domination étrangère autorisée à pratiquer en Suisse, pour autant que soient respectés les principes de placement généralement reconnus et que la valeur de l'ensemble des immeubles de l'acquéreur ne dépasse pas les réserves que l'autorité de surveillance des assurances juge techniquement nécessaires pour les activités suisses;

c. être affecté à un but de prévoyance en faveur du personnel d'établissements stables en Suisse ou exclusivement à des buts d'intérêt public, lorsque l'acquéreur est exonéré, pour l'immeuble en cause, de l'impôt fédéral direct;

## 2. Le Crowdfunding et la LFAIE (suite)

- Les motifs d'autorisation à disposition des cantons, que ceux-ci peuvent prévoir dans leur législation d'application, conformément à l'art. 9 LFAIE

### Art. 9 LFAIE – Motifs d'autorisation dans les cantons

<sup>1</sup> Les cantons peuvent disposer, par la voie législative, que l'autorisation est accordée lorsque l'immeuble:

a. est destiné à la construction, sans aide fédérale, de logements à caractère social au sens de la législation cantonale dans les lieux où sévit la pénurie de logements, ou comprend de tels logements s'ils sont de construction récente;

En l'occurrence, le canton de Genève a prévu dans sa loi d'application de la LFAIE (art 3 et 4 LaLFAIE) d'utiliser la possibilité offerte par l'art. 9 LFAIE, sous certaines conditions et charges imposées à l'acquéreur étranger, qui sont les suivantes:



## 2. Le Crowdfunding et la LFAIE (suite)

### Art. 3 LaLFAIE - Conditions

L'acquisition par une personne à l'étranger d'un immeuble comprenant des logements d'utilité publique au sens de la loi générale sur le logement et la protection des locataires, du 4 décembre 1977, en particulier de l'article 16, peut être autorisée aux conditions suivantes :

- a) existence d'une situation de pénurie de logements dans le canton de Genève, reconnue par l'office cantonal du logement et de la planification foncière;
- b) l'acquisition ne peut porter que sur :
  - 1° un terrain destiné à la construction de logements d'utilité publique;
  - 2° un immeuble en construction;
  - 3° un immeuble de construction récente, ou qui fait l'objet d'une rénovation lourde, soit un immeuble de 5 ans au plus à partir de la date d'entrée moyenne des locataires.

Ainsi, la notion de logement d'utilité publique est définie aux articles 16 et suivants de la loi générale sur le logement et la protection des locataires, du 4 décembre 1977 (LGL – I 4 05).

La notion de pénurie de logements est quant à elle définie à l'article 25 de la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation, du 25 janvier 1996 (LDTR – L 5 20).

Dans tous les cas, le département requiert l'avis du service financier du logement (art. 19 al. 1 let. d OAIE).

## 3. Le Crowdfunding et la LFAIE

### 3.1 Le Crowdfunding est une "acquisition d'immeubles" au sens de la LFAIE (assujettissement objectif à la loi) s'il entraîne un rapport de dépendance particulière à l'égard du créancier étranger

L'art. 4 al. 1 let. g LFAIE prévoit que « *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* ».

L'art. 1 al. 2 let. b OAIE précise que « *Par autres droits qui confèrent à leur titulaire une position analogue à celle du propriétaire d'un immeuble, 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* ».

### 3. Le Crowdfunding et la LFAIE (suite)

Le Tribunal fédéral a défini la notion de dépendance. Une jurisprudence récente du TF a même précisé cette notion (ATF 142 II 481), en traitant un cas de financements multiples, à certain égards comparable à l'outil du Crowdfunding.

En résumé, il convient de retenir de la jurisprudence du TF que les articles 4 al. 1 let. g LFAIE et 1 al. 2 let. b OAIE sont applicables lorsque deux conditions sont remplies :

- (i) un ou des prêt/s est/sont accordé/s par des personnes à l'étranger au sens de la LFAIE,
- (ii) prêts dont les montants totaux excèdent les usages, ce qui doit généralement être constaté lorsque les montants totaux prêtés dépassent le seuil de 2/3 voire de 80% du prix de vente.

### 3. Le Crowdlending et la LFAIE (suite)

A propos de ce seuil, qui semble voguer entre 66,6% et 80%, le Tribunal fédéral définit les deux présomptions suivantes:

- le crédit étranger qui ne dépasse pas le seuil des 2/3 de la *valeur vénale de l'immeuble* n'est en principe pas soumis à l'art. 4 al. 1 let. g LFAIE;
- le crédit étranger qui atteint le seuil de 80% de la *valeur vénale de l'immeuble* entraîne un rapport de dépendance économique qui déclenche l'application de l'art. 4 al. 1 let. g LFAIE.

*« Selon la jurisprudence, le financement de l'acquisition d'un bien-fonds grâce à un crédit étranger (...) ne tombe en principe pas sous le coup de l'art. 4 al. 1 let. g LFAIE, pour autant que ledit crédit reste dans la limite usuelle des deux tiers de la valeur vénale de l'immeuble (...). (...) le créancier peut se voir octroyer une position similaire à celle d'un propriétaire [au sens de l'article 4 alinéa 1 lettre g LFAIE], notamment si le propriétaire et débiteur est économiquement faible ou dépend économiquement du créancier (...). On considère que ce cas de figure est réalisé lorsque le financement étranger est de 80 % ou plus »* (ATF 142 II 481, consid. 3.3 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_219/2015, du 2 novembre 2015, consid. 7.5.3).

### 3. Le Crowdlending et la LFAIE (suite)

⚠ En cas de prêts multiples et "mixtes" (c'est-à-dire suisses et étrangers), à l'instar des opérations de Crowdlending qui présentent la particularité d'un financement suisse (par exemple un prêt bancaire) complété par des prêts étrangers :

Avant d'aborder les deux conditions précitées, une analyse préalable des rapports économiques entre les acteurs du financement doit permettre de déterminer si l'octroi du prêt suisse (en général un prêt bancaire) dépend ou non de prêts complémentaires de créanciers étrangers.

Or, si l'on constate que, sans l'aide du/des créancier(s) étranger(s), le financement suisse ne peut pas être accordé, de sorte que l'opération serait irréalisable, le débiteur est alors dans une situation de faiblesse économique et de dépendance vis-à-vis du/des créancier(s) étranger(s), car il dépend de celui/ceux-ci pour obtenir la part suisse du financement. Dans ce cas, le montant du financement suisse est additionné au(x) prêt(s) étranger(s) pour calculer la proportion des prêts étrangers (ATF 142 II 481, consid. 3.4).

### 3. Le Crowdlending et la LFAIE (suite)

Si une telle dépendance est constatée, trois cas de figure se présentent :

- **Prêts CH + prêts étrangers < 66,6% vvi** (valeur vénale de l'immeuble)  
(articles 4 al. 1 let. g LFAIE en principe non applicable : financement ok)
- **80% vvi > Prêts CH + prêts étrangers < 66,6% vvi**  
(articles 4 al. 1 let. g LFAIE potentiellement applicable : financement à soumettre à l'examen de l'autorité de 1<sup>ère</sup> instance : art. 17 al. 1 LFAIE)
- **Prêts CH + prêts étrangers = ou > 80% vvi**  
(articles 4 al. 1 let. g LFAIE applicable : analyser l'existence éventuelle d'une exception légale ou d'un motif d'autorisation : cf. chapitres 2.2 & 2.3)

**Merci de votre attention**

Chris MONNEY

Avocat associé – CAPT & WYSS Avocats

[monney@cw-avocats.ch](mailto:monney@cw-avocats.ch)

[www.cw-avocats.ch](http://www.cw-avocats.ch)

