

LFAIE: transformations d'immeubles commerciaux en logements

La transformation totale ou partielle d'un immeuble commercial en immeuble d'habitation constitue-t-elle une acquisition d'immeuble au sens de la LFAIE? Dans cet arrêt relatif à une surélévation, le Tribunal fédéral interprète cette notion de manière extensive afin de prévenir le contournement de la loi.

Stellt der vollständige oder teilweise Umbau einer Betriebsstätte in ein Wohngebäude einen Grundstückserwerb im Sinne des BewG dar? In dieser Entscheid befasst sich das Bundesgericht mit dieser Frage im Zusammenhang mit einer Gebäudeerhöhung, wobei es den Begriff des Grundstückserwerbs zur Verhinderung von Gesetzesumgehungen extensiv auslegt.

Arrêt du Tribunal fédéral du 10 juillet 2020 (2C_639/2019)

Etienne Trandafir, docteur en droit, avocat, Zurich

I. Résumé des faits

(78) La recourante est une société anonyme zurichoise dont l'actionnaire unique est une société luxembourgeoise. Elle est propriétaire d'une parcelle qui comprend un bâtiment de six étages affecté exclusivement à des activités commerciales en Ville de Genève.

Le 1^{er} juin 2016, la recourante obtient l'autorisation de surélever ce bâtiment pour y construire cinq logements. Le 21 mars 2017, le département compétent autorise la construction de neuf logements au lieu de cinq suite à une modification de la demande d'autorisation de construire. Le 12 octobre 2018, le département en charge de l'application de la LFAIE constate toutefois que cette surélévation constitue une acquisition d'immeuble au sens de la LFAIE et refuse d'octroyer une autorisation. La Chambre administrative de la Cour de justice, puis le Tribunal fédéral confirment cette décision.

II. Considérants principaux

La recourante est détenue par une société étrangère; elle est donc une personne à l'étranger selon l'art. 6 al. 1 et 2 let. a LFAIE (cons. 6.1).

Le Tribunal fédéral rappelle d'abord que la définition d'acquisition d'immeuble de l'art. 4 LFAIE n'est pas exhaustive: la surélévation projetée constitue une telle acquisition dans la mesure où elle entraîne une augmentation de la surface habitable du bâtiment (cons. 6.2).

Le Tribunal fédéral examine ensuite si le projet de la recourante bénéficie de l'exemption relative à l'acquisition d'établissements stables au sens de l'art. 2 al. 2 let. a LFAIE. Il retient que la disposition précitée ne laisse aucune place à une interprétation large de cette notion: le fait que le projet de la recourante augmente la surface totale du bâtiment de moins de 10% ne change rien à l'assujettissement de ce projet à la LFAIE. En outre, dans la mesure où les logements projetés ne sont pas imposés par des quotas de logements au

sens de l'art. 2 al. 3 LFAIE et n'apparaissent pas nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, ils ne peuvent pas être acquis en lien avec l'établissement stable existant (cons. 7.1.3).

Enfin, la recourante ne peut se prévaloir d'aucun motif d'autorisation. En particulier, les logements projetés ne constituent pas des logements à caractère social au sens de l'art. 9 al. 1 let. a LFAIE. C'est donc à juste titre que le département compétent a refusé d'octroyer une autorisation LFAIE à la recourante (cons. 7.2).

III. Commentaire

A Régime d'autorisation

1. Assujettissement: élément déclencheur

Le concept d'acquisition d'immeuble de l'art. 4 LFAIE est économique: il vise non seulement le transfert de la propriété foncière, mais également les actes juridiques qui produisent des effets analogues¹. C'est sur cette conception économique que se fonde l'arrêt ici commenté: il assimile le projet de surélévation à une acquisition d'immeuble dès lors qu'il débouche sur la création de nouveaux logements. Selon le Tribunal fédéral, l'élément décisif est l'accroissement de la *surface habitable*. Partant, il importe peu qu'un projet de transformation entraîne ou non une modification du volume du bâtiment, comme c'est le cas dans l'hypothèse d'une surélévation; des travaux intérieurs devraient également tomber sous le coup du régime d'autorisation s'ils augmentent la surface destinée à l'habitation.

Le Tribunal fédéral place ainsi le propriétaire étranger qui souhaite transformer un bâtiment dans la même situation que s'il était *l'acquéreur initial* du bâtiment transformé: il ne peut «acquérir» les logements qui résultent de cette transformation que s'il peut se prévaloir d'une exemption ou d'un motif d'autorisation (cf. III.A.2.). À défaut, il ne peut trans-

¹ Cf. arrêt du TF 2C_1069/2015 du 3 novembre 2016, cons. 3.3.

former son bâtiment, à moins de vendre les logements nouvellement créés à un tiers (p.ex. un acquéreur suisse).

Cette approche permet notamment de prévenir les *abus de droit*: elle empêche qu'un étranger n'acquière un établissement stable au bénéfice de l'exemption de l'art. 2 al. 2 let. a LFAIE dans le but de le transformer ensuite en logements et de réaliser ainsi un investissement dans le marché immobilier résidentiel².

2. Exemptions et motifs d'autorisation

a) Quotas de logement

Dans l'arrêt 2C_639/2019, le Tribunal fédéral considère que l'acquisition des logements projetés ne peut pas bénéficier de l'exemption de l'art. 2 al. 3 LFAIE (quotas de logements). Cette appréciation ne semble pas critiquable, notamment au vu du fait que le projet de la recourante vise uniquement la création de logements sur un bâtiment commercial existant.

À notre sens, la situation serait toutefois différente dans l'hypothèse où un propriétaire étranger souhaitait *agrandir des surfaces commerciales existantes*, mais se voyait dans l'obligation d'affecter une partie des surfaces supplémentaires à l'habitation en vertu de dispositions de droit public³. Dans une telle hypothèse, le propriétaire étranger pourrait à notre avis se prévaloir de l'exemption de l'art. 2 al. 3 LFAIE et ne devrait dès lors pas être contraint de vendre les logements qu'il a l'obligation de réaliser, à condition toutefois que l'agrandissement de l'établissement stable réponde à un besoin réel et attestable de l'entreprise et ne vise pas uniquement à éviter l'application du régime d'autorisation de la LFAIE.

b) Autres dispositions

Lorsque le propriétaire étranger est une personne morale comme dans l'arrêt 2C_639/2019, seul le motif d'autorisation relatif aux *logements sociaux* (art. 9 al. 1 let. a LFAIE) lui permet en principe de conserver les logements créés dans un bâtiment commercial transformé. En revanche, dans l'hypothèse où le propriétaire étranger est une personne physique, il serait concevable qu'il souhaite habiter lui-même dans la partie du bâtiment affectée à l'habitation. Les dispositions sur l'acquisition de résidences principales, de résidences secondaires ou de logements de vacances pourraient

alors s'appliquer. L'étranger ne pourrait toutefois rester propriétaire que d'un seul logement pour ses propres besoins (art. 11 al. 1 OAIE); celui-ci devrait en outre respecter les limites de surface de l'OAIE.

B Révocation d'une charge ou nouvelle acquisition ?

1. Deux régimes distincts

Lorsqu'une autorité cantonale constate que l'acquisition d'un immeuble bénéficie de l'exemption relative aux établissements stables, elle assortit en principe sa décision d'une charge qui oblige l'acquéreur à maintenir cette affectation de manière durable. Selon le Tribunal fédéral, cette charge est implicite; elle existe même dans l'hypothèse où l'autorité compétente ne la prévoit pas expressément dans sa décision⁴. La question de savoir si la transformation totale ou partielle d'un immeuble commercial en logements nécessite la révocation d'une charge d'affectation ou doit, au contraire, être assimilée à une nouvelle acquisition comme dans l'arrêt 2C_639/2019 est décisive; elle entraîne l'application de deux régimes juridiques distincts:

1. Une charge de maintien de l'affectation peut être révoquée en présence de *motifs impérieux*, à savoir un changement de circonstances postérieur à l'acquisition qui rend le maintien de l'affectation impossible ou insupportable pour le propriétaire (art. 14 al. 4 LFAIE et 11 al. 4 OAIE); ce changement de circonstances doit en outre être imprévisible⁵. Selon les circonstances, l'impossibilité d'exploiter une entreprise de manière rentable en raison notamment d'une évolution défavorable de la conjoncture peut constituer un motif impérieux de révoquer une charge d'affectation⁶.
2. En revanche, l'approche du Tribunal fédéral qui traite la transformation comme une nouvelle acquisition fait dépendre cette transformation de la réalisation d'une *exemption ou d'un motif d'autorisation légal*. Contrairement au régime applicable à la révocation des charges qui se fonde sur le principe de la proportionnalité, les exemptions et motifs d'autorisation légaux sont exhaustifs et ne permettent pas de tenir compte de l'impact d'un refus sur la situation personnelle et financière du propriétaire étranger.

² Le 14 janvier 2021, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a décidé d'élaborer un projet d'acte qui réassujettirait l'acquisition d'établissements stables au régime d'autorisation de la LFAIE lors d'une situation «particulière» ou «extraordinaire» selon la loi sur les épidémies ainsi que pendant deux ans suite à la fin de cette situation (objet n° 21.400). Si un tel projet devait être adopté, la question de l'éventuel contournement du régime d'autorisation au moyen de l'exemption de l'art. 2 al. 2 let. a LFAIE ne se poserait plus pour les acquisitions effectuées pendant ce régime temporaire dès lors qu'elles seraient soumises à autorisation.

³ Cf. p.ex. les taux de répartition logement – activités que prévoient les art. 6 à 8 du règlement relatif aux plans d'utilisation du sol de la Ville de Genève.

⁴ ATF 129 II 361, cons. 4.6 à 5.3.

⁵ ATF 129 II 361, cons. 6.2 et les réf. cit.

⁶ Exemple: dans l'arrêt 2C_13/2009 du 19 février 2010, le Tribunal fédéral a admis la réaffectation d'un hôtel en logement de vacances. Au moment de la cessation de l'exploitation hôtelière, l'hôtel ne pouvait pas être exploité de manière rentable en raison d'une dégradation imprévisible de la conjoncture hôtelière; le rétablissement d'une telle exploitation aurait en outre nécessité des travaux coûteux et potentiellement impossibles à réaliser; le maintien de la charge d'affectation aurait dès lors imposé un sacrifice disproportionné aux propriétaires étrangers. Pour un autre exemple de révocation d'une charge pour des motifs économiques cf. ATF 132 II 171.

2. Délimitation des champs d'application

Même si l'arrêt 2C_639/2019 ne le précise pas, l'assimilation de la transformation d'un immeuble à une nouvelle acquisition doit à notre sens se limiter aux situations où l'acquisition initiale n'a pas fait l'objet d'une décision de non-assujettissement. C'est notamment le cas lorsque l'affectation commerciale de l'immeuble ne faisait aucun doute ou que l'entité propriétaire n'était pas sous domination étrangère au moment de l'acquisition initiale. En revanche, lorsque l'autorité LFAIE a constaté le non-assujettissement de cette acquisition, la transformation de l'immeuble devrait être régie exclusivement par les règles sur la révocation de la charge d'affectation. Les autorités LFAIE rendent des décisions de non-assujettissement dans des situations moins évidentes, par exemple lorsque la surface de réserve d'un tiers est dépassée (art. 18a al. 1 let. c OAIE) ou lorsque l'immeuble est un terrain nu sur lequel l'acquéreur s'engage à ériger un bâtiment commercial.

Cette approche différenciée a pour conséquence de soumettre des projets de transformation similaires à des règles différentes; elle nous paraît toutefois justifiée:

1. Premièrement, les dispositions qui régissent la révocation des charges permettent de *prévenir les abus de droit*: les conditions de l'insupportabilité du maintien de l'affectation et de l'imprévisibilité du changement de circonstances font obstacle aux opérations qui visent à éluder la LFAIE. Lorsque ce régime s'applique à un projet de transformation en vertu d'une décision de non-assujettissement, il n'y a pas lieu d'adopter une approche différente qui permet d'atteindre le même but (cf. III.A.1.).
2. Secondement, l'acquéreur qui obtient une décision LFAIE est en droit d'attendre qu'un changement d'affectation soit régi par les charges (même implicites) qu'elle contient, respectivement les règles qui permettent de révoquer ces charges. Dans un tel cas de figure, l'application de ces règles nous semble donc s'imposer sous l'angle de la *protection de la confiance*. À l'inverse, le propriétaire qui n'a jamais obtenu de décision LFAIE ne peut prétendre à cette protection; comme aucune autorité n'a statué sur l'acquisition initiale de l'immeuble, il se justifie à notre avis de traiter ce propriétaire comme un nouvel acquéreur et d'examiner le projet de transformation sous l'angle des exemptions et motifs d'autorisation légaux.

C LFAIE et autorisation de construire

La LFAIE s'applique lorsqu'un étranger *acquiert* un immeuble; contrairement aux lois d'aménagement du territoire et de police des constructions, elle régit en principe l'acquisition, et non la construction d'immeubles. Néanmoins, certaines de ses dispositions ont un impact sur les constructions que peuvent réaliser les propriétaires étrangers. C'est notamment le cas des dispositions de l'OAIE qui imposent des surfaces maximales pour certaines catégories d'objets. L'arrêt 2C_639/2019 accentue encore les interactions entre la LFAIE

et le domaine de la construction dans la mesure où il relativise la distinction entre acquisition et construction.

Ces interactions soulèvent la question de la *coordination* entre les procédures LFAIE et les procédures d'autorisation de construire. L'arrêt précité n'examine pas cette question, même si la chronologie des décisions de première instance dénote une absence de coordination (1^{er} juin 2016 et 21 mars 2017: octroi d'autorisations de construire; 12 octobre 2018: refus de l'autorisation LFAIE).

Afin de respecter le devoir de coordination que prévoit le droit fédéral (art. 25a LAT), le prononcé d'une décision LFAIE doit à notre sens faire l'objet d'une coordination formelle et matérielle avec la procédure d'autorisation de construire lorsqu'une décision de non-assujettissement, respectivement une autorisation LFAIE constitue une condition sine qua non à la réalisation du projet envisagé. À Genève, le département compétent pour la procédure d'autorisation de construire est responsable de la coordination; les autres autorités rendent leur décision sous la forme de préavis qui font partie intégrante de l'autorisation de construire (art. 3A LCI/GE). À notre avis, ces règles devraient également s'appliquer en relation avec une procédure LFAIE, à tout le moins lorsque la nécessité d'un examen sous l'angle de cette loi est reconnaissable pour le département qui mène la procédure d'autorisation de construire. Tel est notamment le cas si le requérant a déposé une requête LFAIE en parallèle à sa demande de permis de construire, ou si son assujettissement à cette loi est apparent (exemple: le propriétaire qui souhaite transformer un bâtiment commercial en logements est une personne morale dont le siège est à l'étranger)⁷.

D Un frein à la lutte contre la pénurie de logements ?

Diverses législations fédérales et cantonales visent à promouvoir la construction de logements en location ou en propriété, en particulier dans les régions où sévit la pénurie de logements. C'est notamment le cas de la loi fédérale sur le logement (LOG) ou de la loi genevoise sur le logement et la protection des locataires (LGL/GE). Le législateur genevois a en outre favorisé la réaffectation de locaux commerciaux en logements: l'art. 3 al. 4 de la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (LDTR/GE) exclut du contrôle des loyers et des prix les logements qui résultent d'une telle opération.

Dans certaines circonstances, le régime d'autorisation de la LFAIE fait obstacle à des projets de construction que les réglementations précitées entendent en principe promouvoir. En effet, la LFAIE répond à un intérêt public différent: elle ne vise pas à favoriser la création de logements, mais à limiter l'*afflux de capitaux* d'investisseurs étrangers dans le marché immobilier résidentiel. S'agissant plus particulièrement

⁷ L'art. 19a de l'avant-projet de révision de la LFAIE du mois de mars 2017 adoptait une approche similaire: il prévoyait d'imposer à l'autorité en charge des procédures d'autorisation de construire un devoir de vérification similaire à celui qui vaut pour le Registre foncier ou le Registre du commerce en matière de LFAIE. L'avant-projet a toutefois été abandonné dans son ensemble suite à la procédure de consultation.

de la transformation de locaux commerciaux en logements, cette tension entre le régime d'autorisation de la LFAIE et des buts d'intérêt public parfois divergents pourrait encore s'accroître à l'avenir, notamment si la tendance actuelle vers le commerce en ligne et le travail à domicile devait s'accroître et entraîner une réduction du besoin en surfaces commerciales dans les villes frappées par la pénurie de logements.

Malgré ces finalités différentes, le régime d'autorisation de la LFAIE n'exclut à notre avis pas toute prise en compte de l'intérêt public à la création de nouveaux logements en

cas de transformation d'établissements stables en immeubles d'habitation. Ainsi, le motif d'autorisation de l'art. 9 al. 1 let. a LFAIE permet aux étrangers de réaliser des logements à caractère social. En outre, l'autorité LFAIE devrait à notre sens prendre en considération l'intérêt public à la création de logements lorsqu'elle statue sur la révocation d'une charge d'affectation selon l'art. 14 al. 4 LAIE : même si cet intérêt ne constitue pas en tant que tel un motif impérieux de révoquer une charge d'affectation, cette autorité devrait néanmoins en tenir compte dans la pesée des intérêts qu'elle effectue.

Taxe sur la plus-value d'aménagement du territoire (art. 5 LAT) : les méthodes d'évaluation des biens-fonds

La plus-value d'un terrain est en principe évaluée selon la méthode comparative. Il est possible d'utiliser une autre méthode d'estimation en l'absence de valeurs de comparaison suffisantes ou afin de contrôler le résultat issu de la méthode comparative.

Grundsätzlich ist der Mehrwert eines Grundstücks mit der Vergleichsmethode zu ermitteln. Andere Methoden sind statthaft, wenn es darum geht, ein nach der Vergleichsmethode ermitteltes Ergebnis nachzuprüfen, oder wenn Vergleichswerte fehlen.

Arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois du 17 novembre 2020 (TC FR 604 2020 19)

Jean-Baptiste Zufferey, professeur à l'Université de Fribourg et à l'EPFL, président de l'Institut du droit de la construction

Laurent Vago, expert en estimation et courtier breveté, ancien président et membre de la Chambre suisse d'experts en estimation immobilière (CEI)

Alexandra Rayroux, MLaw, titulaire du brevet d'avocat, assistante diplômée à l'Université de Fribourg

l'indice (IBUS). Le propriétaire conteste cette estimation et recourt contre la décision de taxation de la plus-value.

L'arrêt

Dans un premier temps, le Tribunal cantonal rappelle que l'art. 5 al. 1 LAT impose aux cantons de prévoir un régime de compensation ; ce dernier a pour but de tenir équitablement compte des «avantages et inconvénients» majeurs qui résultent de mesures d'aménagement. À Fribourg, les art. 113a ss LATeC/FR reprennent ce régime : la taxe sur la plus-value compense des **avantages majeurs** dus à des mesures d'aménagement. Tel est le cas lorsque la valeur d'une parcelle augmente suite à un changement d'affectation, à savoir lorsque la planification modifie notablement la destination de la zone et la typologie des constructions admises. Ce qui est déterminant pour savoir s'il y a une plus-value est la possibilité effective d'ériger une construction conforme à la nouvelle affectation de la zone. En l'espèce, le Tribunal cantonal retient que le recourant peut bénéficier de la totalité de l'IBUS afférent à sa parcelle, quand bien même les possibilités de l'utiliser pour la construction sont très limitées en

Les faits

(79) L'arrêt concerne une parcelle en nature de pré. Suite à la révision du plan communal d'aménagement local, une partie de cette parcelle (282 m² sur 1065 m²) est désormais affectée à la zone de village. Selon l'autorité cantonale, il s'agit d'un changement d'affectation au sens de la législation cantonale, dès lors assujéti à la taxe sur la plus-value. Dans sa décision, l'autorité fixe le montant de cette taxe d'après l'estimation de la Commission cantonale d'acquisition des immeubles : celle-ci a évalué la nouvelle valeur du terrain selon la méthode des classes de situation. Elle fonde son estimation notamment sur le fait que la partie de la parcelle désormais classée en zone de village bénéficie pleinement de