

VD_OMNI FO.2011.0022 vom 28. August 2012

VD Tribunal cantonal, 2012-08-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_FO.2011.0022

FR: VD_OMNI FO.2011.0022 du 28 août 2012

IT: VD_OMNI FO.2011.0022 del 28 agosto 2012

Regeste

X. _____/Commission foncière, Département de l'économie et du sport | Recours admis contre une décision constatant l'assujettissement à la LFAIE d'une société d'investissement à capital variable (SICAV) ayant son siège en Suisse. La SICAV recourante est un fonds immobilier suisse investi dans l'immobilier résidentiel et commercial; elle ne saurait pour autant être assimilée à une société immobilière stricto sensu. Les actions de son compartiment investisseurs sont cotées à la bourse suisse et leur acquisition n'est pas soumise au régime de l'autorisation. Les actions entrepreneurs de la SICAV sont en mains de sa fondatrice, soit une banque privée, dont le capital-actions est lui-même détenu à hauteur de 80% par une holding en mains de personnes physiques de nationalité française et établies en Suisse. La majorité de l'actionariat des investisseurs, coté en bourse, a été souscrite par des investisseurs institutionnels suisses, parmi lesquels la fondatrice; au surplus, ce compartiment apparaît comme trop divers et trop dilué pour contrôler réellement la SICAV. Par ailleurs, il n'est pas démontré que la délégataire de l'administration et la gestion du fonds, soit une société faisant partie d'un groupe français, exerce une position dominante sur la SICAV. Ni l'acquisition d'immeubles dans le canton par la SICAV recourante, ni l'acquisition des parts de son compartiment investisseurs ne sont par conséquent assujetties à la LFAIE, sous réserve du maintien de la position dominante de la banque fondatrice.

Erwägungen

E. 1

En la présente espèce, deux questions de droit matériel sont soumises à l'examen du Tribunal: la première a trait à l'assujettissement à la LFAIE ou non de l'acquisition par la recourante d'immeubles sur le territoire du canton de Vaud; la seconde concerne l'assujettissement à la LFAIE ou non de l'acquisition, auprès d'une bourse suisse, par des tiers des actions du compartiment investisseurs de la recourante. Avant de résoudre, le cas échéant, ces deux questions, il importe au préalable de trancher plusieurs questions d'ordre procédural.

E. 2

La recourante requiert la convocation d'une audience afin de pouvoir exprimer verbalement ses arguments et faire entendre des témoins, dont elle a requis du reste la convocation. a) Les parties ont le droit d'être entendues (art. 29 al. 2 Cst. et 27 al. 2 Cst./VD). Cela inclut pour elles le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à leur détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 133 I 270 consid. 3.1 p. 277; 132 II 485 consid. 3.2 p. 494; 132 V 368 consid. 3.1 p. 370/371, et les arrêts cités). Le droit d'être entendu s'exerce

essentiellement en rapport avec les faits de la cause. Il n'implique pas que les parties se voient réserver la faculté de s'exprimer sur l'appréciation des faits ou sur l'argumentation juridique que l'autorité se propose de retenir à l'appui de la décision à prendre (ATF 132 II 257 consid. 4.2 p. 267, 485 consid. 3.4 p. 495; 129 II 497 consid. 2.2 p. 505). Il n'est fait exception à cette règle que lorsque l'autorité envisage de fonder sa décision sur une norme ou un motif juridique non évoqué dans la procédure antérieure et dont aucune partie en présence ne s'est prévaluée et ne pouvait supputer la pertinence, que la situation juridique a changé ou que l'autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation particulièrement étendu (ATF 129 II 497 consid. 2.2 p. 505). En outre, l'autorité peut renoncer au moyen de preuve offert par une partie, pour autant qu'elle puisse admettre sans arbitraire que ce moyen n'aurait pas changé sa conviction (ATF 131 I 153 consid. 3 p. 157; 130 II 425 consid. 2.1 p. 429; 124 I 241 consid. 2 p. 242, et les arrêts cités). Pour le surplus, les parties à la procédure de recours ont le droit de recevoir toutes les écritures déposées et disposent en principe du droit de répliquer aux arguments des parties adverses (ATF 133 I 98, 100; ATF 2C_688/2007 du 11 février 2008). Devant la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal, la procédure est en principe écrite (art. 27 al. 1 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD; RSV 173.36; en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009). Les parties participent à l'administration des preuves (art. 34 al. 1 LPA-VD). L'autorité peut recourir à l'audition des parties et aux témoignages (art. 29 al. 1 let. a et f LPA-VD). Elle n'est toutefois pas liée par les offres de preuves formulées par les parties (art. 28 al. 2 LPA-VD); elle doit examiner les allégués de fait et de droit et administrer les preuves requises, si ces moyens n'apparaissent pas d'emblée dénués de pertinence (art. 34 al. 3 LPA-VD). Les art. 29 al. 2 Cst. et 27 al. 2 Cst./VD n'accordent en effet pas à la partie dans la procédure devant la juridiction administrative le droit inconditionnel d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins ou la mise en œuvre d'une expertise, à moins que soit en cause l'examen personnel de la partie en cause (ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148; 122 II 464 consid. 4c p. 469/470). b) En l'espèce, le Tribunal peut se dispenser de l'audience réclamée par la recourante et de l'audition de témoins pour s'en tenir à une procédure exclusivement écrite. La recourante s'est exprimée par écrit à trois reprises; on ne retire pas de ses explications qu'une audience doive, par surcroît, être tenue. Le litige a trait à des questions d'ordre exclusivement juridique, que le Tribunal examine avec un plein pouvoir d'examen (art. 98 LPA-VD). Au surplus, les éléments de fait déterminants ressortent du dossier. Dès lors, par appréciation anticipée des preuves, le Tribunal s'estime en mesure de statuer en connaissance de cause, en se dispensant de convoquer une audience aux fins de recueillir les explications orales des représentants de la recourante et les dépositions de témoins.

E. 3

Dans la mesure où les immeubles de Lucens que la recourante s'était initialement engagée à acquérir ont été vendus à des tiers, il importe de se pencher au préalable sur sa qualité pour contester la décision attaquée. a) A qualité pour former recours toute personne physique ou morale ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou ayant été privée de la possibilité de le faire, qui est atteinte par la décision attaquée et qui dispose d'un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 75 LPA-VD). Constitue un intérêt digne de protection, au sens de cette disposition, tout intérêt pratique ou juridique à demander la modification ou l'annulation de la décision attaquée. L'intérêt digne de protection consiste ainsi en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant (ATF 133 II 249 consid. 1.3.1 p. 252). L'intérêt digne de protection doit être

actuel (ATF 128 II 34 consid. 1b p. 36 et les arrêts cités). Cet intérêt actuel est déterminé en fonction du but poursuivi par le recours, des conséquences et de la portée d'une éventuelle admission de celui-ci. Le Tribunal peut toutefois renoncer à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque le recours porte sur un acte qui pourrait se reproduire en tout temps dans des circonstances semblables et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, ne pourrait vraisemblablement jamais être soumis au contrôle judiciaire et, enfin, que, en raison de sa portée de principe, il existe un intérêt public suffisamment important à la solution de la question litigieuse (v. ATF 135 I 79 consid. 1.1 p. 81; 131 II 670 consid. 1.2 p. 674). L'autorité de première instance notifie sa décision, en la motivant et en indiquant les voies de recours, aux parties, à la commune sur le territoire de laquelle l'immeuble est sis et, avec le dossier complet, à l'autorité cantonale habilitée à recourir (art. 17 al. 2 LFAIE). Sans doute, la loi n'indique pas qui sont les parties à la procédure d'autorisation, auxquelles la décision de l'autorité de première instance doit être notifiée en vertu de la disposition précitée. Selon la doctrine toutefois, il s'agit en premier lieu du requérant, qui a adressé une demande à cette autorité et qui est le destinataire de la décision en question. En second lieu, la qualité de partie doit être reconnue à toutes les personnes qui sont habilitées à recourir en vertu de l'art. 20 al. 2 let. a LFAIE, soit à l'acquéreur, à l'aliénateur et à toute autre personne ayant un intérêt digne de protection à ce que la décision soit annulée ou modifiée (v. Urs Mühlebach/Hanspeter Geissmann, Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Brugg/Baden 1986, n° 13 ad art. 17). b) La décision attaquée en l'occurrence comporte deux volets. En premier lieu, l'autorité intimée a constaté que l'acquisition par la recourante d'immeubles ou de part d'immeubles situés dans le canton était, sur le principe, assujettie à la LFAIE. En second lieu, elle a constaté l'assujettissement à la LFAIE de l'acquisition par des investisseurs de parts du compartiment ad hoc de la recourante. Or, bien qu'en l'état elle n'ait aucun projet d'acquisition dans le canton, force est d'admettre que la recourante a un intérêt actuel évident à contester la décision, dans l'un comme dans l'autre cas. A défaut, le caractère exécutoire de cette décision pourrait lui être opposé à l'occasion d'une nouvelle requête conforme à l'art. 17 al. 1 LFAIE. Il importe en conséquence d'entrer en matière sur le recours.

E. 4

La recourante s'était engagée à acquérir plusieurs parts de PPE et de copropriété constituées sur les parcelles nos 1204 et 1205 du chapitre cadastral de la commune de Lucens. En relation avec cette acquisition, elle a requis de l'autorité intimée une décision constatant son non-assujettissement à la LFAIE, ainsi que le non-assujettissement de l'acquisition des parts de son compartiment d'actions investisseurs par ceux-ci. Or, ces immeubles ont entre-temps été aliénés à une société tierce et la recourante n'a fait état d'aucun autre projet d'acquisition dans le canton. Ce nonobstant, l'autorité intimée a constaté que, sur le principe, la recourante et par conséquent, l'acquisition des parts du compartiment investisseurs de son capital, étaient assujettis à la LFAIE. C'est par conséquent contre cette décision de principe qu'est dirigé le recours. a) L'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger est subordonnée à une autorisation de l'autorité cantonale compétente (art. 2 al. 1 LFAIE). L'article 2 al. 2 LFAIE prévoit des exceptions. Ainsi, l'autorisation n'est pas nécessaire notamment «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» (let. a). En d'autres termes, il doit s'agir d'un établissement stable où est exercée une activité

économique, conditions qui n'ont pas été modifiées par la nouvelle du 30 avril 1997, entrée en vigueur le 1er octobre 1997 (ATF 2A.428/1999 du 28 janvier 2000 consid. 3d, publié in Pra 2001 n° 6 p. 36 et RNR 83/2002 p. 35). Par acquisition d'immeubles, la loi entend (art. 4 al. 1 LFAIE): l'acquisition d'un droit de propriété, de superficie, d'habitation ou d'usufruit sur un immeuble (let. a); la participation à une société sans personnalité juridique mais ayant la capacité d'acquérir et dont le but réel est l'acquisition d'immeubles (let. b); l'acquisition d'un droit de propriété ou d'usufruit sur une part d'un fonds de placement immobilier lorsque celle-ci ne fait pas l'objet d'un marché régulier, ou sur une part d'un patrimoine analogue (let. c); 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 (let. e); la constitution et l'exercice d'un droit d'emption, de préemption ou de réméré sur un immeuble ou une part au sens des let. b, c et e (let. f); l'acquisition d'autres droits, qui confèrent à leur titulaire une position analogue à celle du propriétaire d'un immeuble (let. g). Les motifs d'autorisation sont liés à la destination de l'immeuble (cf. art. 8 et 9 LFAIE). 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 LFAIE). Conformément à l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance du 1er octobre 1984 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (OAIE; RS 211.412.411), l'acquéreur requiert une décision en constatation de l'autorité de première instance lorsque l'assujettissement au régime de l'autorisation (art. 2 et 4 à 7 LFAIE) n'est pas d'emblée exclu (art. 17 al. 1 LFAIE). b) Les décisions rendues en matière de LFAIE le sont toujours en relation avec l'acquisition d'un immeuble particulier. L'annexe 2 à l'OAIE prévoit, en son chiffre 3, que l'indication de l'immeuble fait partie des données minimales devant figurer dans les décisions rendues en application de la LFAIE. Cette condition est encore plus évidente en ce qui concerne la décision relative à l'assujettissement ou à la constatation du non-assujettissement rendue en application de l'art. 2 al. 2 let. a LFAIE (cf. Jean-Christophe Perrig, L'acquisition d'immeubles en Suisse par des personnes à l'étranger, Lausanne 1990, ch. 5.2.2.5, p. 100). En effet, dès lors qu'il s'agit d'examiner si l'immeuble sert d'établissement stable, force est de constater que l'autorité doit être en présence d'un immeuble et d'une acquisition prochaine de cet immeuble pour pouvoir statuer. Tel n'est pas le cas lorsque la question de l'assujettissement en relation avec l'acquisition d'un immeuble est purement théorique (ATF 2C_423/2011 du 12 octobre 2011, consid. 1.2.1/1.2.2). Dès l'instant où les immeubles de Lucens que la recourante s'était engagée initialement à acquérir n'étaient plus disponibles, car vendus entre-temps à un tiers, ipso facto la requête perdait tout objet. L'autorité intimée ne pouvait statuer sur l'assujettissement de la recourante à la loi qu'en relation avec l'acquisition d'un immeuble dans le canton. Or, dès lors que cette acquisition devenait purement théorique, on peut se demander si l'autorité intimée était fondée à rendre une décision de principe sur cette question. L'autorité intimée a sans doute considéré que le but de la recourante était analogue à celui d'une société immobilière, de sorte qu'il lui importait également de statuer sur l'acquisition des parts au capital (art. 4 al. 1 let. e LFAIE); c'est l'autre volet de la décision attaquée. On rappelle à cet égard que l'autorité est tenue de statuer pour autant que l'on puisse d'emblée reconnaître qu'une part importante des biens sociaux est constituée en biens immobiliers (v. sur cette question ATF 109 Ib 95 consid. 4b p. 99). Cette dernière question peut demeurer indéterminée, dès lors que le recours doit de toute façon être admis,

comme on le verra au considérant suivant. c) L'autorité compétente de première instance chargée, notamment, de statuer sur l'assujettissement au régime de l'autorisation est celle du lieu où l'immeuble est sis ou, en cas d'acquisition de parts de personne morale ou de participation à une société sans personnalité juridique, mais ayant la capacité d'acquérir, celle du lieu où se trouve la part des immeubles prépondérante en valeur (cf. art. 15 al. 2 LFAIE). Il s'agit bien en l'occurrence de la Commission foncière, section II (art. 6 al. 1 de la loi d'application de la LFAIE, du 16 novembre 1986 – LVLFAIE; RSV 211.51). Toutefois, la compétence *ratione loci* de cette autorité pour statuer résulte de la situation dans le canton des immeubles que la recourante envisageait d'acquérir. L'art. 15 al. 2 LFAIE ne trouve cependant pas application lorsque, comme en l'espèce, l'immeuble ou les immeubles que la société anonyme a pour but statutaire d'acquérir ne sont pas connus. A défaut de lieu de situation de l'immeuble, le seul point de rattachement possible est celui du lieu où la société a son siège social (ATF 114 Ib 261 consid. 4 p. 267). En l'occurrence, à partir du moment où les immeubles de Lucens ont été vendus à un tiers et que la recourante ne faisait état d'aucun autre projet d'acquisition dans le canton, on peut sérieusement s'interroger sur la compétence de l'autorité intimée pour statuer à raison de la matière. En effet, le siège de la recourante se situe à Genève. Se posait ainsi la question de la compétence de l'autorité intimée pour statuer sur l'assujettissement ou non à la LFAIE, à tout le moins de l'acquisition par des tiers d'actions du compartiment investisseurs de la recourante. On peut se demander si, en pareil cas, cette compétence n'appartenait pas, à raison du lieu, aux autorités genevoises. Quoiqu'il en soit, cette question d'ordre procédural évoquée par la recourante, peut également demeurer ouverte.

E. 5

LFAIE et 2 OAIE n'exerce ainsi de position dominante au sein du compartiment entrepreneurs des actions de la recourante, dont les actionnaires répondent de sa gestion et peuvent décider de sa dissolution. La situation est en revanche plus complexe s'agissant de l'actionnariat des investisseurs, puisque celui-ci est coté en bourse depuis le 22 mars 2011. La majorité des actions de ce compartiment a cependant été souscrite par des investisseurs institutionnels suisses, parmi lesquels on retrouve la Banque Y. _____ SA, ce qui n'est pas contesté. Comme le relève l'OFJ, l'actionnariat de ce compartiment apparaît au surplus comme trop divers et trop dilué pour contrôler réellement la recourante. En outre, on gardera à l'esprit qu'une personne à l'étranger est réputée exercer une position dominante sur une personne morale en raison de son influence prépondérante, non pas nécessairement à l'assemblée générale, mais bien sur l'administration ou la gestion de celle-ci (v. Perrig, op. cit., ch. 10.2.2.1 p. 237). Dans la mesure où la composition du conseil d'administration de la recourante n'a pas varié depuis sa fondation, il est plus que douteux qu'un investisseur étranger puisse concrètement exercer une telle influence sur elle. Au surplus, la recourante, comme toute société cotée en bourse ayant son siège en Suisse et dont au moins une partie des titres sont cotés en Suisse, a l'obligation de déclarer l'acquisition ou l'aliénation de titres lorsque la participation, à la suite de cette opération, atteint, dépasse ou descend en dessous des seuils de 3, 5, 10, 15, 20, 25, 33■, 50 ou 66■ % des droits de vote (cf. art. 20 al. 1 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM; RS 954.1). Le champ d'application de cette obligation, qui vise à assurer la transparence du marché, s'étend naturellement aux SICAV cotées, à l'image de la recourante, à la bourse suisse (v. sur ce point, Rolf H. Weber, in Basler Kommentar, Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Watter/Vogt éd., 2^{ème} éd., Bâle 2011, ad art. 20 LBVM n° 113, pp. 913-914). Il en résulte qu'une prise de participation dominante dans

le compartiment investisseurs de la recourante devrait à l'avenir être déclarée. Cette situation pourrait, le cas échéant, déclencher l'intervention de l'autorité compétente chargée de statuer sur l'assujettissement au régime de l'autorisation au sens de l'art. 15 LFAIE, s'il apparaissait que cette prise de participation dominante émanait d'une personne à l'étranger. cc) L'autorité intimée paraît, cela étant, mettre en doute la position dominante de la Banque Y. _____ SA dans la gestion de la recourante. Celle-ci étant une SICAV à gestion externe, l'autorité intimée rappelle à cet égard que le 7 décembre 2010, l'administration et la gestion du fonds ont été déléguées pour une durée indéterminée à Z. _____ (Switzerland) SA, à Nyon, contrat résiliable, avec l'autorisation préalable de la FINMA, pour la fin d'une année moyennant un préavis de six mois (art. 12). Or, cette société est elle-même détenue par des capitaux étrangers, puisqu'il s'agit d'une filiale d'un groupe appartenant majoritairement à une banque française, E. _____ SA. L'autorité intimée insiste du reste sur le caractère inusité de cette construction. Sans doute, la FINMA a exigé de la recourante la délégation des tâches de contrôle et d'administration, ainsi que la gestion des placements à un gestionnaire de fortune soumis à une surveillance reconnue (cf. art. 31 al. 3 et 51 al. 2 LPCC); elle ne lui a en revanche pas imposé de confier ces tâches à Z. _____ (Switzerland) SA, comme la recourante le laisse entendre. S'il s'agit bien d'une personne à l'étranger au sens de l'art. 5 al. 1 LFAIE, il n'est pas pour autant démontré que cette société exerce une position dominante sur la recourante. On objectera tout d'abord aux craintes de l'autorité intimée que ce n'est pas le groupe propriété de E. _____ qui a créé la SICAV recourante par l'intermédiaire de la Banque Y. _____ SA, en faisant déléguer par la suite sa gestion à l'une de ses entités (v. sur ce point, Rebord, p. 64, référence citée); au contraire, les éléments du dossier démontrent que ce dernier établissement apparaît bien comme étant le fondateur. En deuxième lieu, Z. _____ (Switzerland) SA a elle-même sous-délégué à la Banque Y. _____ SA la gestion de la fortune et des compartiments de la recourante, soit la tâche de la gestion des placements telle qu'elle est définie à l'art. 31 al. 3 LPCC. Il en résulte que chez la recourante, la délégation de la direction des affaires, au sens où l'entend l'art. 51 al. 2 LPCC, a principalement, sinon exclusivement, trait dans le cas d'espèce à des tâches d'administration du fonds, notamment celles prévues dans l'annexe I au contrat de délégation. Les compétences de Z. _____ (Switzerland) SA ne s'étendent dès lors pas à la gestion de la fortune de la recourante, ni à la stratégie de placement du fonds. Dans ces conditions, il n'apparaît pas que la délégataire détienne une position dominante sur la recourante. Le Tribunal partage, sur ce point également, l'opinion de l'OFJ selon laquelle la Banque Y. _____ SA continue d'exercer une influence prépondérante sur la gestion des affaires et par conséquent sur la politique des placements de la recourante. Par conséquent, celle-ci échappe, en l'état actuel à tout le moins, à l'assujettissement à la LFAIE. dd) La recourante pourrait cependant, à l'occasion d'une nouvelle requête liée à l'acquisition d'immeubles dans le canton de Vaud, être invitée à confirmer, au regard de la composition de l'actionnariat des investisseurs, la position dominante de la Banque Y. _____ SA.

E. 6

a) Les considérants qui précèdent conduisent dès lors à l'admission du recours et à la réforme de la décision attaquée, en ce sens que l'acquisition d'immeubles sis sur le territoire du canton par la recourante n'est pas assujettie à la LFAIE et que l'acquisition des parts du compartiment investisseurs de la recourante ne l'est pas non plus, sous réserve toutefois du maintien de la position dominante de la Banque Y. _____ SA. b) Le sort du recours commande que les frais soient laissés à la charge de l'Etat (art. 48 al. 1, a contrario, 52 al. 1

et 91 LPA-VD). Des dépens seront par ailleurs alloués à la recourante, qui obtient gain de cause en ayant procédé par l'intermédiaire d'un conseil (art. 55 et 91 LPA-VD).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.