



## Questions choisies en matière de due diligence immobilière

Manuel Bianchi della Porta, avocat, Dr en droit, LL.M. et Mathieu Simona, avocat, LL.M. (Etude BCCC Avocats Sàrl)

*La pierre est généralement considérée comme un investissement sûr garant de revenus prévisibles et réguliers. On aurait toutefois tort de considérer que l'acquisition d'immeubles (ou de titres de sociétés immobilières) présente des risques limités. Nombreuses sont en effet les problématiques qui peuvent affecter le rendement de l'investissement, voire entraîner une décote parfois importante de la valeur de l'immeuble. C'est la raison pour laquelle les conseils de l'investisseur procéderont à une due diligence complète de la cible avant son acquisition, afin d'identifier ces différents risques et, le cas échéant, négocier une réduction du prix de vente. L'expérience démontre que les risques les plus importants prennent souvent des visages inattendus.*

*Immobilien werden meistens als sichere Anlagen betrachtet, die regelmässige und vorhersehbare Erträge ermöglichen. Der Erwerb von Immobilien (oder Aktien von Immobiliengesellschaften) kann jedoch besondere Gefahren bergen. Es gibt viele Faktoren, die den Ertrag oder den Wert solcher Anlagen beeinträchtigen können. Deswegen sollten vor dem Erwerb von Immobilien die Berater des Anlegers eine umfassende due diligence durchführen, um allfällige Risiken zu identifizieren und um gegebenenfalls eine Herabsetzung des Preises zu verlangen. Die Erfahrung zeigt, dass die grössten Risiken oft unerwartet auftauchen.*

### Table des matières

1. Introduction
2. Les thèmes importants de la due diligence
  - 2.1 Le bien-fonds
    - 2.1.1 L'extrait du registre foncier
    - 2.1.2 Le contrat de superficie
  - 2.2 Les contrats
    - 2.2.1 Contrats de bail
      - 2.2.1.1 Introduction
      - 2.2.1.2 Approbation des baux
      - 2.2.1.3 Risques associés à l'état locatif
        - 2.2.1.3.1 Loyer
        - 2.2.1.3.2 Sûretés
        - 2.2.1.3.3 Indexation et échelonnement
        - 2.2.1.3.4 TVA
        - 2.2.1.3.5 Charges
        - 2.2.1.3.6 Réduction de loyer et dommages-intérêts
      - 2.2.1.4 Risques liés à la durée des baux
    - 2.2.2 Contrats d'architecte, contrats d'entreprise et permis de construire
    - 2.2.3 Contrat de maintenance de Facility Management
    - 2.2.4 Contrat de gérance (Asset Management) et contrat de recherches de locataires



- 2.2.5 Contrat d'assurance
- 2.2.6 Contrat de financement

### **2.3 Problématiques fréquentes liées à la Lex Koller**

- 2.3.1 La transaction porte sur l'immeuble
- 2.3.2 La transaction porte sur les actions d'une société

### **2.4 Les questions d'aménagement du territoire et de construction**

- 2.4.1 Considérations d'ordre général à inclure dans le rapport de due diligence
- 2.4.2 Existence de droits de préemption ou d'emption
- 2.4.3 Les restrictions liées à l'activité des locataires
- 2.4.4 Les restrictions importantes en lien avec les possibilités de construire

## **3. Conclusion**

### **1. Introduction**

Le terme de *due diligence* est largement usité dans les transactions. De manière générale, il désigne la diligence dont une personne raisonnable et prudente doit faire preuve dans une situation donnée. Nous nous intéressons ici à la diligence exercée avant la conclusion d'une transaction (audit préalable) en ce qu'elle porte sur l'acquisition d'un actif immobilier et concerne les aspects juridiques de cet actif. Le bien examiné peut être un immeuble, une société immobilière ou encore une société dont le bilan a une composante immobilière. Nous nous intéressons en particulier aux immeubles bâtis et aux problèmes de reprise ou non des baux, ainsi qu'aux immeubles en zone industrielle et aux questions délicates liées au droit de superficie.

Le processus dans lequel s'inscrit l'audit juridique implique des professionnels de différents horizons ; l'avocat (le juriste) devra s'en rappeler, soit pour mettre à profit, dans le cadre de sa mission, les connaissances des autres membres de l'équipe constituée par l'acheteur (comptable, fiscaliste, expert immobilier), soit pour s'en remettre à eux sur des questions qui ne sont pas de son ressort, tant il est vrai que connaître ses limites est la marque de la sagesse.

La due diligence légale est un moment important du processus et une des opérations les plus critiques pour l'avocat. Ce n'est cependant pas sa seule tâche. L'avocat sera en général impliqué en amont dans le cadre de la rédaction ou révision de la lettre d'intention de l'acheteur et en aval dans la rédaction du contrat de vente et la négociation de ses termes ; l'usage voulant que l'avocat de l'acheteur tienne la plume (dans le cadre d'une vente d'actions du moins). De ce point de vue, la due diligence n'est pas un acte isolé ; il se conduit en fonction de la lettre d'intention, qui donnera souvent des indications concrètes sur la façon de le conduire ; les conclusions de la due diligence (qui prendra souvent la forme d'un rapport) détermineront si une suite doit être donnée à la transaction, et, si suite il y a, pourront, cas échéant, influencer (vers le bas) le prix arrêté dans la lettre d'intention. Dans tous les cas ou presque, les conclusions du rapport détermineront le contenu du contrat (en tout état les assurances et garanties données par le vendeur, éventuellement d'autres conditions ou obligations accessoires). Clairement, l'audit s'inscrit dans un processus juridique.

L'objectif de la due diligence est avant tout d'identifier les incertitudes et les risques juridiques qui peuvent, s'ils se matérialisent, se traduire par une perte ou une moins-value, compromettre un gain ou une plus-value ou encore par une absence de qualité promise ou attendue. De ce point de vue, la due diligence doit se concentrer sur les éléments qui sont perçus (par l'acheteur) comme contribuant à la valeur de l'actif visé. L'optique peut ainsi changer selon que l'acheteur est intéressé par le rendement de l'immeuble (accent mis sur

l'examen des baux) ou par sa revente à court ou moyen terme (accent mis sur l'examen de certaines qualités du bien). En d'autres termes, les principes de valorisation de l'actif immobilier retenus par l'acheteur guideront l'avocat dans son travail de due diligence.

Dans ce qui suit, nous ferons porter notre examen sur certains thèmes choisis de la due diligence, en gardant à l'esprit que chaque transaction est spécifique et que, au début de chaque due diligence, l'avocat ne peut faire l'économie d'une analyse de ce qui est important (et de ce qui l'est moins), au regard des circonstances de l'opération, des caractéristiques de l'actif immobilier concerné et des intentions de l'acheteur quant à l'exploitation qu'il veut en faire. Le moment opportun pour se livrer à cette première analyse correspondra le plus souvent à la phase de la rédaction de la demande d'informations et de documents adressée au vendeur (*due diligence check list*).

## 2. Les thèmes importants de la due diligence

### 2.1 Le bien-fonds

#### 2.1.1 L'extrait du registre foncier

La due diligence commence par l'analyse du foncier. Il s'agira généralement d'un bien-fonds ou d'un droit de superficie constitué sous forme de droit distinct et permanent immatriculé au registre foncier. Plus rarement, l'acquisition pourra porter sur une part de copropriété, voire même sur une part de copropriété par étage d'un droit de superficie.

Les informations les plus importantes seront naturellement celles qui sont inscrites au Registre foncier, soit en particulier :

- (a) l'état descriptif de l'immeuble (type d'immeuble, numéro de parcelle, surface, désignation des bâtiments construits, etc.) ;
- (b) l'identité du propriétaire de l'immeuble, ainsi que du type de propriété ;
- (c) les mentions (par exemple de précarité<sup>1</sup>), les servitudes, les charges ainsi que les annotations (par exemple inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs). L'acquéreur obtiendra du vendeur qu'il lui remette l'extrait du registre des droits, décrivant dans le détail, contrats de servitude et plans à l'appui, les servitudes à charges (C) de l'immeuble, ainsi que celles dont il profite (D) ;
- (d) les gages immobiliers (type de gage, montant, rang, et intérêt maximal). La question des hypothèques légales de droit cantonal (qui peuvent exister indépendamment de leur inscription au registre foncier) fera l'objet d'une disposition spéciale du contrat de vente, au terme de laquelle le vendeur garantira l'inexistence de dette ou autre cause qui pourrait donner lieu à l'inscription d'un tel gage<sup>2</sup>.

Si les conseils de l'acquéreur pourront préparer leur rapport de due diligence sur la base des informations disponibles online, un extrait récent certifié conforme du Registre foncier devra en tous les cas être revu avant la signature de l'acte de vente.

---

<sup>1</sup> Certaines mentions peuvent découler du droit cantonal positif, voire abrogé. Par exemple, dans le canton de Vaud, des mentions de précarité de construction subsistent encore, malgré l'abrogation en 1992 de la Loi du 25 mai 1964 sur les routes. Pour toutes les questions liées au Registre foncier vaudois, le lecteur trouvera de nombreuses informations utiles dans les explications écrites sur le site <http://www.vd.ch/fr/themes/territoire/registre-foncier/principe-du-registre-foncier/>.

<sup>2</sup> Voir l'art. 836 CC. De telles hypothèques existent quasiment toujours en garantie de certaines créances fiscales.



## 2.1.2 Le contrat de superficie

Lorsque l'acquisition porte sur un droit distinct et permanent immatriculé au registre foncier (droit de superficie), l'analyse du contrat de superficie et des échanges entre le superficiant et le superficiaire constitueront la pièce de résistance du rapport de due diligence. En cas d'*asset deal*<sup>3</sup>, les Conseils de l'acquéreur vérifieront d'entrée qu'aucune clause du contrat de superficie ne fait obstacle à sa cessibilité dans le cadre de la transaction envisagée, puis attireront l'attention de leur client sur le droit de préemption légal dont bénéficie le propriétaire du fonds<sup>4</sup>.

L'analyse du contrat de superficie (*share deal / asset deal*) débutera par l'examen de la durée résiduelle du droit de superficie, laquelle devra correspondre aux indications du vendeur. Les éventuelles correspondances entre le vendeur et le superficiant relatives à la prolongation du droit de superficie (par exemple pour 15 années supplémentaires), généralement moyennant augmentation de la rente de superficie, devront faire partie de la *data room*. Qu'il soit ici rappelé au lecteur que ces promesses ne seront guère effectives aussi longtemps qu'elles n'auront pas été formalisées dans un acte authentique<sup>5</sup>. La solution serait toutefois différente si le contrat de superficie a été conclu pour une durée initiale fixe à l'issue de laquelle le superficiaire serait autorisé à en exiger la reconduction (jusqu'à une durée totale maximale de 100 ans).

Le rapport de due diligence résumera les différentes questions liées à la rente du droit de superficie, sans sous-estimer les possibilités d'augmentation (cas classiques : en fonction de la location d'un certain pourcentage des locaux à des tiers, ou en fonction des résultats financiers du superficiaire), voire d'indexation (par exemple en tenant compte de facteurs tels que les taux hypothécaires et/ou l'indice suisse des prix à la consommation) ou encore d'échelonnement, de même que les questions liées à la garantie de cette rente<sup>6</sup>. A noter que certaines sociétés peuvent être amenées à payer des fractions de rente pour la réservation d'autres terrains appartenant au superficiant. Une telle pratique, courante dans le canton de Genève en ce qui concerne les relations entre l'Etat (en sa qualité de propriétaire foncier) et les particuliers, n'est toutefois pas pleinement satisfaisante en raison du défaut d'accord passé sous forme authentique.

Le rapport de due diligence résumera la clause relative au « but » du contrat de superficie, compte tenu des contraintes qui en découlent (le non-respect du but pouvant par exemple donner lieu à une résiliation anticipée du contrat de superficie).

Le contrat de superficie contiendra généralement une clause imposant un certain nombre d'obligations à charge du superficiaire. Il sera généralement inutile et fastidieux de les énumérer dans le rapport de due diligence, sauf bien-entendu lorsque celles-ci s'éloignent de la marche habituelle des affaires (par exemple : le superficiant doit approuver tout nouveau contrat de bail).

Le chapitre du rapport relatif au contrat de superficie se refermera avec le résumé des diverses questions qui se posent en cas d'extinction du droit. Il y aura ainsi lieu de décrire les hypothèses dans lesquelles une extinction anticipée (droit de retour) du droit peut avoir lieu (non-respect du but du contrat de superficie, non-paiement de la rente, utilisation du

<sup>3</sup> L'*asset deal* se rapporte à l'acquisition de l'immeuble. On y oppose généralement le *share deal*, qui porte lui sur l'acquisition des actions d'une société (immobilière ou non).

<sup>4</sup> Art. 682 al. 2 CC ; à ne pas confondre, lorsque l'Etat est propriétaire du fonds, avec le second droit de préemption légal dont il pourrait bénéficier en vertu du droit public cantonal (voir chapitre 2.5.2 ci-dessous).

<sup>5</sup> Art. 779a CC.

<sup>6</sup> Art. 779i CC.

sol contraire aux buts de la zone, etc.). Enfin, la question de l'indemnité versée au superficiaire pour les constructions sera présentée (valeur intrinsèque des constructions, frais de démontage et reconstruction des installations transportables, gain manqué en plus, etc.). Cette indemnité sera variable selon les cas, et sera logiquement plus faible si le droit de superficie prend fin de manière anticipée en raison de la faute du superficiaire.

## 2.2 Les contrats

### 2.2.1 Contrats de bail

#### 2.2.1.1 Introduction

Lorsque le projet d'acquisition porte sur les actions d'une société propriétaire d'un immeuble occupé par un ou plusieurs locataires, l'examen des baux conclus représentera un des aspects importants de la due diligence. Le prix de vente dépendant souvent en grande partie de l'état locatif, l'acquéreur doit pouvoir compter sur le revenu locatif qui lui est présenté et connaître toute circonstance propre à l'affecter. L'expérience montre qu'il est tout aussi important pour l'acquéreur de bien évaluer les différents coûts pouvant être associés aux baux.

#### 2.2.1.2 Approbation des baux

Il est fréquent, notamment en zone industrielle, que le propriétaire du fonds ou du droit de superficie doive obtenir l'accord préalable de l'Etat ou du superficiaire avant de conclure tout nouveau contrat de bail. En pareille circonstance, l'acquéreur veillera à ce qu'un tel accord existe pour chacun des locataires.

#### 2.2.1.3 Risques associés à l'état locatif

##### 2.2.1.3.1 Loyer

Sous réserve des demandes de réduction du loyer<sup>7</sup>, les litiges relatifs au montant du loyer restent rares. On rappellera simplement ici que même si la fixation du loyer ressort de la liberté contractuelle, le locataire peut, y compris en matière commerciale, contester le montant du loyer lorsque ce dernier est abusif. Si l'action doit être introduite dans les 30 jours suivants la prise de possession des locaux<sup>8</sup>, l'acquéreur ne devra pas perdre de vue le fait que le locataire est également fondé à contester le montant du loyer pour le prochain terme de résiliation, conformément à l'art. 270a CO.

Le montant du loyer peut également devoir correspondre à celui fixé par une autorité, ce qui sera le cas pour les immeubles subventionnés ou pour certains immeubles situés dans une zone d'affectation particulière<sup>9</sup>.

Pour les baux d'habitations, l'acquéreur vérifiera que les avis de fixation du loyer initial (formule officielle) ont bien été communiqués aux locataires au début du bail, faute de quoi le délai de 30 jours pour contester le loyer initial n'aurait, sous réserve de l'abus de droit, pas encore commencé à courir.

<sup>7</sup> Ci-dessous 2.2.1.3.6.

<sup>8</sup> Art. 270 CO.

<sup>9</sup> Voir par exemple, dans le canton de Genève, l'art. 5 al. 3 de la loi générale sur les zones de développement, L 1 35 (LGZD-GE).



### 2.2.1.3.2 Sûretés

L'acquéreur s'assurera que les différents locataires ont constitué des sûretés, et que celles-ci revêtent une forme admise par la loi, en particulier par le droit cantonal. Dans certains cantons romands, seuls sont en règle générale admis les dépôts bloqués, le recours au cautionnement simple ou solidaire étant au surplus possible pour les baux commerciaux<sup>10</sup>. Toute autre forme de garanties, telle que la garantie bancaire à première demande, sont exclus. On trouve pourtant encore dans les cantons romands certains baux commerciaux qui font appel à de telles garanties, sous peine de caducité<sup>11</sup>. La problématique des sûretés ne saurait donc être sous-estimée.

En cas d'arriéré de paiement du loyer, l'acquéreur vérifiera que les démarches visant au recouvrement des arriérés ont été (ou seront) entreprises dans les meilleurs délais. Le droit cantonal peut également poser certaines conditions temporelles à la réalisation des sûretés. Dans le canton de Genève par exemple, le bailleur doit agir dans l'année qui suit la restitution des locaux<sup>12</sup>, ce qui est d'ailleurs la règle en matière de sûretés<sup>13</sup>. Il est toutefois tout à fait possible que le délai prévu par le contrat de sûretés soit plus court (par exemple quatre semaines suivant la libération des locaux). Il pourra être utile de mettre de telles particularités en évidence dans le rapport de due diligence.

### 2.2.1.3.3 Indexation et échelonnement

L'indexation d'un bail à l'indice suisse des prix à la consommation (IPC) permet au propriétaire de s'assurer que son investissement ne sera pas affecté par l'inflation. On retrouve fréquemment de tels baux en pratique (surtout commerciaux). Ces baux ne sont valables que s'ils ont été conclus pour une durée minimale de 5 ans. A noter qu'en cas de bail renouvelable d'une durée initiale de 5 ans, le renouvellement doit être pour 5 ans au moins également pour que le loyer puisse continuer à être indexé à l'IPC<sup>14</sup>. Enfin, il est fréquent de rencontrer des clauses d'indexation prévoyant que le loyer ne pourra en aucun cas être réduit en cas de baisse de l'indice, ou encore que le loyer ne saurait en aucun cas descendre en dessous du loyer initial. Le rapport de due diligence mentionnera à ce sujet que la validité de telles clauses est contestée par une partie de la doctrine<sup>15</sup>. L'acquéreur vérifiera enfin que l'indice de base correspond à celui de la date de conclusion du contrat, faute de quoi le locataire serait fondé à contester un indice différent (antérieur ou postérieur) qui lui serait défavorable<sup>16</sup>.

En outre, le cas des prestations supplémentaires du bailleur mis à part, l'indexation est un mode exclusif de fixation du loyer<sup>17</sup>. Elle ne se marie en particulier pas avec une clause d'échelonnement du loyer. En présence d'une clause d'indexation, l'acquéreur veillera à bien étudier les raisons derrière toute autre variation du loyer, y compris celles qui pourraient à première vue sembler favorable au locataire. La clause suivante, rencontrée en pratique, n'est par exemple pas conciliable avec une indexation : «*Le loyer est de CHF 200 000.– par an. Le bailleur accorde toutefois une réduction de loyer de CHF 30 000.– pen-*

<sup>10</sup> Par exemple art. 1<sup>er</sup> de la Loi genevoise protégeant les garanties fournies par les locataires, RSG I 4 10 (LGFL-GE) ; art. 1<sup>er</sup> de la Loi vaudoise sur les garanties en matière de baux à loyer, RS 221.307 (LGBL-VD).

<sup>11</sup> Voir art. 11 LGFL-GE.

<sup>12</sup> Art. 5 LGFL-GE.

<sup>13</sup> Art. 257e al. 3 CO.

<sup>14</sup> DIETSCHY, in Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, n° 33 ad art. 269b CO.

<sup>15</sup> DIETSCHY, in Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, n°20 ad art. 269b CO et références citées.

<sup>16</sup> DIETSCHY, in Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, n° 10 ad art. 269b CO.

<sup>17</sup> LACHAT, Le bail à loyer, Lausanne 2008, p. 510.

*dant la première année du bail, et de CHF 20000.– pendant la deuxième année du bail. »*  
A moins que la réduction de loyer ne soit effectivement justifiée (en raison de travaux prévisibles lors de la signature du contrat, par exemple), une telle clause correspond à une clause d'échelonnement déguisée.

#### 2.2.1.3.4 TVA

Selon les cas, l'acquéreur pourra souhaiter soumettre l'immeuble à la TVA. La TVA ne pourra toutefois être répercutée sur les locataires que si le contrat de bail le prévoit. Rares sont les baux qui contiennent une telle disposition. Les Conditions générales pour locaux commerciaux du canton de Genève ne le prévoient, par exemple, que depuis leur édition 2010<sup>18</sup>.

#### 2.2.1.3.5 Charges

La question des frais accessoires est parfois sous-estimée lors de la due diligence. Les litiges relatifs aux frais accessoires peuvent toutefois s'avérer très coûteux, ces frais pouvant représenter 10 à 20% du montant du loyer. Les frais accessoires ne peuvent être facturés au locataire qu'à condition que cela ait été convenu spécialement<sup>19</sup>. Concrètement, l'acquéreur vérifiera que tant le principe du paiement des frais accessoires par le locataire que le détail de ces frais figurent dans les contrats de bail.

Nous recommandons à l'acquéreur de bien vérifier quels sont les frais qui ont été et sont supportés par le locataire à titre de frais accessoires. Il peut par exemple arriver que certains contrats passés par le bailleur avec les prestataires de services contiennent un aspect « entretien », que le bailleur inclut également dans le décompte de frais accessoires. Or, il est exclu de faire supporter ces frais aux locataires<sup>20</sup>. Le locataire pourra donc en tout temps refuser de payer ces frais, voire demander la restitution des montants payés à tort durant les cinq dernières années (même lorsque le contrat prévoit que le locataire accepte le décompte, faute de réclamation dans les 30 jours).

L'acquéreur attachera dans ce contexte une importance toute particulière aux décomptes de frais accessoires passés et à celui prévisible pour l'année en cours, sachant que les locataires s'intéressent généralement à cette problématique lorsque le décompte prévoit un solde important à payer en faveur du bailleur. On rappellera également, en cas de contestation du décompte par un locataire, que certains tribunaux refusent encore de condamner le locataire à payer le solde du décompte lorsque ce dernier est supérieur à 10 ou 20% des acomptes. Cette pratique nous paraît contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>21</sup>.

Le rapport de due diligence contiendra ainsi une section « frais accessoires » qui comprendra au moins les rubriques suivantes :

- (i) détail des différents frais accessoires (avec énumération des contrats conclus avec les prestataires de services) ;
- (ii) prise en charge (ou non) par chacun des locataires de ces frais (selon le principe du coût effectif ou du forfait) et acomptes payés par eux ;
- (iii) clé de répartition des frais accessoires entre locataires (qui devra être objective) ;
- (iv) période de facturation (1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre, 1<sup>er</sup> mai au 30 avril, etc.) ;

<sup>18</sup> Art. 31 al. 3 des conditions générales pour locaux commerciaux établies par la Chambre genevoise immobilière et l'USPI (édition 2010).

<sup>19</sup> Art. 257a al. 2 CO.

<sup>20</sup> LACHAT, op. cit., p. 343.

<sup>21</sup> ATF 132 III 24 ; DB 2009 19.





- (v) acomptes et solde de décomptes éventuellement en souffrance (ce qui pourrait être un indice d'un potentiel litige) ; et
- (vi) identification des principaux risques (pour le passé comme pour le futur).

Nous recommandons enfin de profiter de l'analyse de la problématique des frais accessoires pour examiner les questions de propriété sur les diverses installations accompagnant les locaux loués, tels les systèmes de chauffage, ventilation, air conditionné, ascenseurs, raccordements électrique et IT, etc.

De manière paradoxale, le propriétaire pourra parfois préférer que ces installations appartiennent au(x) locataire(s), dès lors que la responsabilité liée à leur fonctionnement ainsi que le coût, souvent élevé, liés à leur entretien et leur remplacement pourront ainsi être supportés par le(s) locataire(s). Si, dans la majorité des cas, ces installations seront propriété du propriétaire (à titre de partie intégrante de l'immeuble), des exceptions nous paraissent envisageables, notamment lorsque les locaux ont été loués « bruts » (*core and shell*) ou que l'activité particulière du locataire (restauration, data center, industrie, etc.) a entraîné l'installation de matériel particulier (par exemple des gaines de ventilation supplémentaires) dans les locaux communs, voire encore toutes installations ajoutées par le locataire dans les locaux loués et reliées aux conduites dans les communs (on pense par exemple aux gaines acheminant l'air pulsé dans les faux-plafonds des locaux loués, posées par le locataire, à l'inverse des conduites entre la chaudière et la limite des locaux, posées par le bailleur). Il sera ainsi utile d'identifier les travaux effectués par le locataire (ou le matériel repris du précédent locataire) lors de la prise de possession des locaux. Les conseils de l'acquéreur retiendront que les travaux d'aménagements intérieurs (cloisons, système IT, mobiliers, etc) effectués par le locataire seront en principe propriété du locataire (et devront être entretenus et remplacés par lui). Ils examineront ensuite si les circonstances peuvent donner au locataire un droit de propriété sur les installations relatives à l'approvisionnement des locaux en eau, électricité et chauffage, ce qui sera rarement le cas. L'analyse ne sera complète qu'à condition de relier les conclusions du rapport de due diligence avec un éventuel droit du locataire de demander une indemnité pour la plus-value apportée à la chose louée ou avec son éventuelle obligation (voire avec son éventuel droit) de remettre la chose en état à la fin du bail<sup>22</sup>. Dans les cas extrêmes (nombreux travaux à charge du locataire, aucune indemnité à la fin du bail, loyer non réduit de manière à tenir compte des efforts du locataire), le rapport de due diligence pourra inclure une réserve attirant l'attention de l'acquéreur sur le caractère peu équilibré du contrat de bail et le risque, qui n'est pas nul, que le locataire le conteste avec succès.

#### 2.2.1.3.6 Réduction de loyer et dommages-intérêts

L'acquéreur demandera au vendeur de le renseigner sur tous les événements qui auraient pu permettre aux locataires de demander une réduction de loyer dans les années précédant la vente<sup>23</sup>. Il s'agira essentiellement des travaux effectués dans ou à proximité des locaux. A l'évidence, les prétentions déjà formulées par les locataires seront clairement décrites dans le rapport de due diligence.

Il est également judicieux d'inclure dans le rapport de due diligence un bref paragraphe expliquant à l'acquéreur que le locataire, en sus d'une réduction de loyer, est en droit de

<sup>22</sup> Art. 260a CO.

<sup>23</sup> Le droit du locataire à réclamer une réduction de loyer se prescrit après 5 ans dès le jour où le bailleur a eu connaissance du défaut (art. 128 ch. 1 CO).



réclamer, des dommages-intérêts au bailleur, en cas de faute (présumée) de ce dernier<sup>24</sup>. S'il est vrai que, en soi, ce principe n'a rien d'exceptionnel, son rappel ainsi que quelques explications sur la notion de dommage en droit suisse (y inclus le gain manqué) permettra à l'acquéreur d'affiner son *risk assessment* en fonction de la qualité et des activités des locataires. L'acquéreur préférera ainsi un immeuble de rapport loué à des entreprises tertiaires classiques plutôt que, par exemple, à des sociétés pharmaceutiques exploitant des laboratoires, les risques de dommages et la quotité de ceux-ci pouvant considérablement différer d'un cas à l'autre. Il est important que l'acquéreur en soit conscient, en particulier s'il a pour intention de procéder à des travaux de rénovation qui ne manqueront pas de donner lieu à des prétentions de la part des locataires.

#### 2.2.1.4 Risques liés à la durée des baux

En fonction du projet qu'il poursuit, l'acquéreur pourra prévoir de résilier les baux rapidement après la transaction. Le rapport de due diligence comprendra donc utilement un tableau résumant la durée des différents baux, les délais de résiliation et les possibilités de prolongation légale maximale<sup>25</sup>.

Les conseils de l'acquéreur devront parfois s'éloigner des délais de résiliation prévus par les contrats de bail, soit que la loi prévoie des délais de résiliation minimaux (par exemple 6 mois pour les baux commerciaux), soit que certains baux doivent être qualifiés de baux commerciaux ou d'habitation en dépit de leur appellation différente (les baux conclus pour des places de stationnement sont ainsi généralement qualifiés de baux commerciaux lorsque les places sont louées en lien avec un bail commercial<sup>26</sup>).

L'acquéreur se renseignera par ailleurs sur toutes les circonstances qui pourraient permettre au(x) locataire(s) de demander l'annulation du congé, le cas le plus fréquent étant l'existence d'une procédure judiciaire lors de la résiliation ou dans les trois ans précédant la résiliation<sup>27</sup>.

#### 2.2.2 Contrats d'architecte, contrats d'entreprise et permis de construire

La liste complète des travaux effectués dans les dix dernières années devra être produite par le vendeur, de concert avec une copie des permis de construire y relatifs. La première tâche de l'acquéreur sera donc de vérifier qu'aucuns travaux n'ont été entrepris sans permis de construire idoine. Cette analyse s'étendra plus généralement à tout autre événement requérant un permis de construire, par exemple aux changements d'affectation, même mineurs.

L'analyse se portera ensuite sur les contrats d'architectes et d'entreprises. Toute clause inusuelle, par exemple d'exclusion de responsabilité (faute légère, faute des auxiliaires) ou d'avis de défaut inférieur aux deux ans préconisés par l'art. 172 de la norme SIA 118 sera relevée (avec un bref avis concernant sa validité).

<sup>24</sup> Art. 259e CO.

<sup>25</sup> Art. 272b CO.

<sup>26</sup> Art. 253a al. 1<sup>er</sup> CO. Peu importe qu'un contrat de bail unique ou deux contrats de bail indépendants aient été conclus. Sur cette question, voir par exemple l'ATF 137 III 123 ainsi que la note de Patricia Dietschy, in DB 23/2011 p.21.

<sup>27</sup> Art. 271a al. 1<sup>er</sup> lit. d et e CO.



En cas de transfert antérieur de propriété, l'acquéreur vérifiera que l'acte de vente contient une clause aux termes de laquelle les droits contre les entrepreneurs sont cédés à l'acquéreur.

Thème classique s'il en est dès qu'il est question de travaux, les risques d'inscription de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs<sup>28</sup> devront être évalués si les travaux ont été achevés moins de quatre mois avant l'acquisition, avec ceci précisé que la date de fin des travaux est généralement elle-même sujette à interprétation. Idéalement, en cas de travaux récents, le vendeur fournira à l'acquéreur lors de la signature de la vente une attestation écrite des artisans et entrepreneurs certifiant qu'ils ont été intégralement payés pour leurs prestations effectuées à ce jour, étant ici rappelé qu'une telle attestation établie avant les travaux ne serait pas efficace<sup>29</sup>.

### 2.2.3 Contrat de maintenance et *Facility Management*

Les contrats de maintenance (nettoyage, sécurité, ascenseur, installations de chauffage et production de froid, etc) auxquels la société-cible est partie contiennent généralement des clauses de limitation de responsabilité, dont l'acquéreur doit bien comprendre la portée. Ces limitations devront être soigneusement listées dans le rapport de due diligence. Les limitations peuvent être de fond (responsabilité exclue pour dommages indirects, responsabilité limitée à un montant plafond, responsabilité exclue pour faute légère, etc.) ou de forme (obligation de notifier le prestataire dans un délai de 30 jours, etc.).

Nous conseillons par ailleurs à l'acquéreur de soumettre ces contrats à un spécialiste technique (due diligence technique), qui veillera à ce que les prestations offertes correspondent aux besoins de la société.

La durée des contrats de maintenance peut revêtir une certaine importance lorsque l'acquéreur prévoit de confier ces contrats à d'autres prestataires. La qualification juridique des contrats sera décisive (contrat mandat ou contrat d'entreprise?). On rappellera en effet que le mandat peut en principe être résilié en tout temps, nonobstant d'éventuelles dispositions contraires prévues dans le contrat<sup>30</sup>. En règle générale, la plupart de ces contrats devra toutefois être qualifiée de contrat d'entreprise (dit de durée).

Un contrat de *Facility management* (FM) peut être confié à une entreprise chargée de gérer toutes les problématiques liées au site (sécurité, maintenance des installations, conciergerie, approvisionnement en capsules de café, etc.), cas échéant en recourant à des sous-traitants. La rémunération contiendra en règle générale un forfait de base, modulé selon les performances du *facility manager*. Il est généralement admis que ce genre de contrat relève du mandat<sup>31</sup>. L'acquéreur qui envisage de mettre un terme au FM ne saurait toutefois partir aveuglément du principe qu'il pourra gratuitement mettre fin au contrat dès la prise de contrôle de la société-cible, le risque que la résiliation intervienne en temps inopportun étant élevé si le manager recourt à des sous-traitants (dont les contrats doivent eux être qualifiés de contrats d'entreprise). L'analyse du FM et de l'organisation mise en place par le manager devra dès lors être examinée avec soin.

<sup>28</sup> Art. 837 al. 3 CC.

<sup>29</sup> Art. 837 al. 2 CC.

<sup>30</sup> Art. 404 CO.

<sup>31</sup> Pour une présentation du contrat de Facility Management, voir S. ODOK, Le « facility management » aspects juridiques, in TREX 2002 139 ; LIATOWITSCH/MONDINI, Jederzeitige Kündigung von Aufträgen schadet dem Dienstleistungsstandort Schweiz – Zeit für eine Praxisänderung zu Art. 404 OR, in AJP 2009 S. 296.

#### 2.2.4 Contrat de gérance (*Asset Management*) et contrat de recherches de locataires

Les contrats de gérance confiés à une régie immobilière ne contiennent en règle générale que peu de clauses problématiques. L'acquéreur recherchera les éventuelles clauses de limitation de responsabilité et relèvera les pouvoirs de représentation, cas échéant, attribués à la régie. Il est ici rappelé qu'il peut être mis fin en tout temps à un tel contrat. En cas d'acquisition directe du bien-fonds, un accord séparé tripartite devra être conclu entre les parties et la régie, pour autant que telle soit leur volonté, dès lors que le contrat de gérance n'est pas automatiquement transféré à l'acquéreur.

Les contrats de courtage portant sur la recherche de locataires posent généralement peu de problèmes. Il est toutefois recommandé d'obtenir du courtier une déclaration portant sur son absence de prétention contre la société au jour du transfert des profits et risques.

#### 2.2.5 Contrat d'assurance

L'analyse détaillée des contrats d'assurance échappe traditionnellement aux questions examinées dans le rapport de due diligence. Ce dernier veillera toutefois à lister les assurances existantes, les valeurs d'assurances, les franchises, primes et éventuels bonus, et enfin leur durée et possibilité de résiliation anticipée.

Il est généralement utile de rappeler à l'acquéreur lorsque tel est le cas (soit pratiquement toujours) que l'assurance bâtiment ne couvre généralement pas le gain manqué subi par les locataires. Notre remarque sur les risques supplémentaires supportés par le bailleur selon le type d'activité exercée par les locataires prend ici tout son sens<sup>32</sup>.

#### 2.2.6 Contrat de financement

Au-delà de la vérification des termes principaux du prêt hypothécaire (montant du prêt ou de la ligne de crédit, durée du prêt et délai de résiliation en cas de taux variable, calcul des intérêts, amortissement, prorogation de for, etc.), l'acquéreur attachera une attention particulière aux éventuels cas de résiliation anticipée du prêt par la banque.

L'acquéreur recherchera ainsi avant tout s'il existe une clause dite de *change of control*, fréquente, qui permettrait à la banque d'accélérer le prêt en cas de vente du manteau d'actions de la société emprunteuse. Le cas échéant, il y aura lieu d'obtenir l'accord de la banque avant le *signing*, ou d'en faire une condition au *closing*.

Plus généralement, l'acquéreur prendra bonne note de chaque cas dans lesquels la banque pourra, selon la documentation contractuelle, demander le remboursement anticipé du prêt (*events of default*): faillite ou sursis concordataire accordé à l'emprunteur, retard dans le paiement des intérêts ou amortissements, assurance immobilière insuffisante, transformations importantes de l'immeuble, modification de la capacité financière de l'emprunteur, perte de valeur de l'immeuble (défaut de maintenance, retournement du marché), etc. Ces deux derniers cas en particulier doivent être bien compris par l'acquéreur, la banque étant susceptible d'appeler le versement de fonds propres supplémentaires (et, à défaut, de résilier le prêt) au seul motif que la situation financière de l'emprunteur ou que le marché immobilier se serait, selon sa propre appréciation, détérioré.

Le rapport de due diligence listera les garanties données par l'emprunteur, ainsi que celles qui pourraient (en plus) être réclamées par la banque en vertu de la documentation

<sup>32</sup> Ci-dessus 2.2.1.3.6 in fine.



contractuelle. Il peut également être utile d'attirer l'attention de l'acquéreur sur les devoirs d'information éventuels de la société cible (envoi chaque année des comptes audités de la société, possibilité pour la banque de demander en tout temps une copie de l'état locatif, etc.).

## 2.3 Problématiques fréquentes liées à la Lex Koller

L'approche de l'acquéreur différera selon que la vente porte sur les actions d'une société ou l'immeuble directement.

### 2.3.1 La transaction porte sur l'immeuble

Un immeuble commercial (établissement stable) peut être librement acquis<sup>33</sup>. Cette règle est bien connue des investisseurs étrangers. Son application dans la pratique peut toutefois se révéler épineuse, notamment lorsqu'une partie du terrain acquis n'est pas construite. Une surface de réserve destinée à l'extension de l'entreprise ne peut en effet être acquise sans autorisation qu'à condition de ne pas dépasser un tiers de la surface totale<sup>34</sup>. Cette proportion peut atteindre 50%, pour autant que l'autorité d'application de la Lex Koller l'autorise<sup>35</sup>. La due diligence devra donc déterminer les proportions exactes du bâti (les emplacements de stockage ainsi que les voies d'accès et parkings sont considérés comme des surfaces bâties) et du non-bâti, sous peine de potentielle nullité du contrat<sup>36</sup>. L'extrait du Registre foncier constituera le point de départ de cette analyse. Des constructions vacantes (qui ne servent plus à l'exercice de l'activité économique), les parcs et jardins ou encore les zones forestières seront en principe considérés comme du non-bâti et leur surface ne devrait pas dépasser le tiers, respectivement la moitié, de la surface de la parcelle. Encore faut-il, à notre sens, que cette surface de réserve puisse effectivement servir au développement futur de l'entreprise, ce qui signifiera a priori qu'elle doit être constructible. Nous recommandons ainsi à l'acquéreur de procéder à une analyse approfondie et prudente de cette problématique lorsque le terrain non-bâti n'est pas situé en zone à bâtir (par exemple zone agricole, zone forestière ou tout autre type de zone protégée) ou que les soldes des droits à bâtir sont insuffisants, voire épuisés.

La prudence commandera parfois d'obtenir au préalable (ou comme condition à la vente) une décision de non-assujettissement de la part de l'autorité cantonale d'application de la Lex Koller. Les autorités cantonales d'application de la Lex Koller savent faire montre de pragmatisme lorsque le cas le justifie.

<sup>33</sup> Art. 2 al. 2 lit. a LFAIE.

<sup>34</sup> Art. 18a al. 1<sup>er</sup> lit. c OAIE.

<sup>35</sup> Voir Directives d'interprétation de la LFAIE émises par le Département de l'économie et de la santé du canton de Genève (« Directives LFAIE »), dont la dernière mise à jour date de 2008. Ces directives sont disponibles à l'adresse suivante [http://ge.ch/dares/acquisition-immobiliers/directives\\_interpretation-683.html](http://ge.ch/dares/acquisition-immobiliers/directives_interpretation-683.html). Sur certaines questions, la pratique diffère parfois considérablement d'un canton à l'autre. Un aide-mémoire a également été préparé par l'Office fédéral de la justice. Sa dernière révision date de 2009 (<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/grundstueckerwerb/lex-f.pdf>).

<sup>36</sup> Art. 26 LFAIE.

### 2.3.2 La transaction porte sur les actions d'une société

L'acquisition d'une seule part d'une personne morale non-cotée à la bourse suisse dont le but réel est l'acquisition d'immeubles (« société immobilière ») est assimilée à une acquisition d'immeuble<sup>37</sup>.

La pratique distingue entre sociétés immobilières *stricto sensu* et sociétés immobilières *lato sensu*. Les premières sont celles dont le but social statutaire porte uniquement sur l'acquisition d'immeuble. Elles sont facilement reconnaissables. L'acquisition de parts ne sera possible qu'à condition que les actifs immobiliers assujettis (logements, surfaces de réserve, terrains à construire, etc.) n'excèdent pas un certain seuil. Les secondes sont celles dont le but social ne se rapporte pas exclusivement à l'acquisition d'immeubles, mais dont les actifs immobiliers assujettis atteignent le seuil évoqué ci-dessus.

Il n'existe pas de consensus sur le test à appliquer pour définir ce seuil. Ainsi, le Département de l'économie et de la santé du canton de Genève n'admet pas que les actifs immobiliers de la société (estimés à leur valeur vénale) soient composés pour plus d'un tiers d'actifs immobiliers assujettis<sup>38</sup>. Nous comprenons que les autorités vaudoises n'ont, pour leur part, jamais été confrontées à un tel cas de figure, mais qu'elles pourraient se montrer très strictes sur cette question. La doctrine se montre plus souple, de manière convaincante. Elle propose de porter ce seuil à une moitié d'actifs immobiliers assujettis, voire à un tiers ou une moitié calculé en fonction du patrimoine total, et non seulement du patrimoine immobilier<sup>39</sup>. Dans les cas limites, les parties auront tout intérêt à requérir une expertise des biens immobiliers de la société.

La problématique relative aux surfaces de réserve est traitée différemment selon que l'acquisition porte directement sur le bien-fonds ou sur les actions d'une société immobilière. Prenons le cas d'une société immobilière propriétaire d'une parcelle de 5000 m<sup>2</sup> comprenant un établissement stable de 1000 m<sup>2</sup> au sol et un pré de 4000 m<sup>2</sup>, et qui a pour seule activité de louer l'immeuble et encaisser les loyers. L'acquisition du bien-fonds par une personne à l'étranger sera proscrite au motif que la surface du pré dépasse le tiers (et même la moitié) de la parcelle. L'acquisition des parts de la société pourrait en revanche être admise (en tout cas dans le canton de Genève), dès lors que la valeur vénale de l'établissement stable sera très probablement supérieure aux deux-tiers des actifs de la société. Il est utile de garder ces considérations à l'esprit lorsque les parties hésitent sur la forme à donner à la transaction (*share deal* ou *asset deal*). Face à un tel constat, il peut évidemment être tentant pour les parties, lorsque la surface non-bâtie pose problème, de transférer le bien-fonds dans le patrimoine d'une société (constituée ou à constituer) contrôlée par le vendeur, pour ensuite revendre les actions de cette société à l'acquéreur. Il ne fait que peu de doute que les tribunaux y verraient une fraude à la loi.

Dans les cas limites, il est recommandé de solliciter des autorités d'application de la Lex Koller une décision de non-assujettissement qui pourra être rendue préalablement à la conclusion de la vente. Les parties peuvent également conclure une promesse de vente ou une vente à terme (encore que les pratiques cantonales divergent sur l'admissibilité de l'une ou de l'autre de ces formes), conditionnée à l'obtention d'une telle décision.

<sup>37</sup> Art. 4 lit. e LFAIE.

<sup>38</sup> Directives LFAIE, chapitre 3.2.3.

<sup>39</sup> Geissman/Huber/Wetzel, Grundstückerwerb in der Schweiz durch Personen im Ausland, Zürich 1998, p. 62; Malacrida, Unternehmenübernahmen im Lichte der Lex Koller, in AJP/PJA 1998 1187.



## 2.4 Les questions d'aménagement du territoire et de construction

### 2.4.1 Considérations d'ordre général à inclure dans le rapport de due diligence

Le rapport de due diligence comprendra en règle générale une section décrivant les grandes lignes des restrictions au droit de propriété qui découlent des normes de droit public applicables à l'immeuble cible.

Ces restrictions pourront être classées en deux catégories: celles qui portent sur la construction, et celles qui affectent l'aliénation du bien.

En matière de constructions, il s'agira de rappeler les principes particuliers relatifs à la zone et à l'immeuble, tels (i) les types de constructions possibles (nouvelles, mais aussi réparation, rénovation, transformation intérieure et démolition), des restrictions importantes pouvant découler des « LDTR » genevoises et vaudoise<sup>40</sup>, (ii) les types d'activités admissibles, (iii) la surface au sol et/ou surface brute de plancher maximale, (iv) les limites des constructions, (v) les surfaces minimales attribuées au logement ou aux places de stationnement, etc. On trouvera de nombreuses restrictions dans les règlements communaux. En matière d'aliénations, l'acquéreur sera rendu attentif aux obstacles et interdictions à la vente de l'immeuble, tels ceux découlant de la loi vaudoise du 11 décembre 1989 concernant l'aliénation d'appartement loués<sup>41</sup> ou la LDTR-GE précitée<sup>42</sup>. Les éventuels droits de préemption légaux y seront présentés, ceux-ci entrant en jeu tant au stade de l'acquisition que de l'aliénation.

Les problématiques rencontrées fréquemment en pratique sont exposées ci-après.

### 2.4.2 Existence de droits de préemption ou d'emption

Nombreuses sont les lois cantonales qui confèrent à la collectivité (canton et/ou communes) le droit d'acquérir l'immeuble convoité au prix de vente arrêté entre les parties, voire, dans de rares cas, à un prix inférieur. Que se passe-t-il si la collectivité publique exerce son droit de préemption ? Il est fréquent que les parties, spécialement l'acquéreur, se posent une telle question durant les négociations précédant la vente.

L'existence en filigrane de ce droit de préemption légal doit être intégré par les parties tant pour les questions d'exercice de ce droit que de timing de la transaction.

Les principaux droits de préemption dont l'Etat bénéficie sont les suivants :

(a) Canton de Genève :

- aliénation de biens-fonds sis en zone de développement industriel (art. 10 LGDZIGE<sup>43</sup>) ;
- aliénation de biens-fonds sis en zone aéroportuaire (art. 19 al. 6 LaLAT-GE<sup>44</sup>) ;

<sup>40</sup> Loi genevoise du 25 janvier 1996 sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation, RSG L 5 20 (LDTR-GE) ; Loi vaudoise du 4 mars 1985 concernant la démolition, la transformation et la rénovation de maisons d'habitation, ainsi que l'utilisation de logements à d'autres fins que l'habitation, RS 840.15 (LDTR-VD).

<sup>41</sup> LAAL-VD, RS 840.13.

<sup>42</sup> Art. 39 LDTR-GE.

<sup>43</sup> RSG L 1 45.

<sup>44</sup> RSG L 1 30.

- aliénation de biens-fonds faisant l’objet d’une modification des limites de zones ou sis en zone de développement et qui peuvent être affectés à la construction de logements (art. 3 LGL-GE<sup>45</sup>) ;
- aliénation d’immeubles classés (art. 24 LPMNS-GE<sup>46</sup>).

(b) Canton de Vaud :

- aliénation d’immeubles ou d’actions d’une société propriétaire d’un immeuble ayant bénéficié des facilités offertes par la loi sur le logement (art. 20 al. 5 LL-VD<sup>47</sup>) ;
- aliénation d’objets classés (art. 45 et 65 LPMNS-VD<sup>48</sup>).

La due diligence devra également porter sur la réglementation communale. A titre d’exemple, la commune de Vevey jouit elle d’un droit de préemption en cas d’aliénation de logement de vacances ou d’apparthôtels sis sur son territoire (art. 4 de l’Arrêté concernant l’acquisition d’immeubles par des personnes à l’étranger sur le territoire de la Commune de Vevey<sup>49</sup>).

Une problématique purement genevoise mérite un développement ci-après. Les lois genevoises font référence à l’aliénation de *biens-fonds* uniquement. Peut-on en déduire que l’aliénation des autres formes d’immeubles désignés par l’art. 655 CC, par exemple d’un droit de superficie constitué sous forme de droit distinct et permanent, échappe au droit de préemption de l’Etat ? Cette question est particulièrement brûlante en cas de transaction en zone de développement industrielle, l’objet de la plupart des transactions conclues dans cette zone étant précisément un droit de superficie immatriculé au Registre foncier. Il n’existe à notre connaissance aucune décision judiciaire tranchant cette question. Jusqu’à présent, ni l’Etat de Genève ni la Fondation pour les terrains industriels de Genève (FTI)<sup>50</sup> n’ont cherché à soutenir (à raison selon nous) qu’un droit de préemption existerait dans un tel cas. L’Etat bénéficiant toutefois déjà d’un droit de préemption en sa qualité du superficiant<sup>51</sup>, il est possible que la question ne se soit pas posée en pratique. Il serait toutefois imprudent d’en déduire que cette problématique peut demeurer purement théorique, les conditions d’exercice de ces droits de préemption différant drastiquement. L’Etat est par exemple autorisé à exercer le droit de préemption prévu par l’art. 10 LGDZI-GE à un prix inférieur au prix de vente (en recourant à la procédure d’expropriation), si ce dernier est excessif<sup>52</sup>.

Les cas d’application de ces droits de préemptions, et, plus généralement, de tout autre droit de préemption légal (par exemple du superficiant) ou conventionnel se compliquent encore lorsque l’acquisition porte sur l’entier du capital-action d’une société immobilière. Une partie de la doctrine est d’avis qu’une telle aliénation constitue un cas de préemption<sup>53</sup>. A notre connaissance, la FTI ne défend pas ce point de vue. Le débat reste toutefois vif, et les parties ne pourront complètement écarter un tel risque tant que la question n’aura pas été tranchée par les tribunaux.

<sup>45</sup> RSG I 4 05.

<sup>46</sup> RSG L 4 05.

<sup>47</sup> RS 840.11.

<sup>48</sup> RS 450.11.

<sup>49</sup> RS 211.51.1.2.

<sup>50</sup> La FTI est l’organisme mandaté par l’Etat de Genève pour acquérir, valoriser et gérer les terrains industriels du canton.

<sup>51</sup> Art. 682 al. 2 CC.

<sup>52</sup> Art. 12 al. 4 LGDZI-GE.

<sup>53</sup> Foëx, Commentaire Romand, Code des obligations I, 2003, n° 11 ad art. 216c CO et références sous note de bas de page n° 31.





Si l'existence d'un éventuel droit de préemption a un impact immédiat sur la transaction, le rapport de due diligence ne négligera pas l'existence d'éventuels droits d'emption qui pourraient permettre à l'Etat d'acquérir à l'avenir le bien sur lequel porte la transaction. A l'heure actuelle assez limités, de nouveaux droits d'emption ou de préemption pourraient voir le jour par exemple en matière de politique du logement (sujet actuellement brûlant dans le canton de Vaud) ou encore d'aménagement du territoire. L'acquéreur sera ainsi bien avisé de se renseigner sur les initiatives, motions, projets de loi ou débats parlementaires traitant de telles questions.

### 2.4.3 Les restrictions liées à l'activité des locataires

L'acquéreur veillera à ce que les locataires du bien immobilier exercent une activité conforme à la zone. Toujours plus d'entreprises, y compris du secteur tertiaire, « délocalisent » tout ou partie de leurs activités en périphérie urbaine, par exemple en zone industrielle, attirées par des loyers plus modérés et des voies d'accès plus aisées. Or, la réglementation des zones industrielles et artisanales ne tolère en principe pas qu'une activité de type administrative ou de bureau, y soit exercée<sup>54</sup>. Sous réserve que l'activité administrative reste en relation (à titre accessoire) avec la vocation industrielle ou artisanale de la société. Nous saluons l'introduction prochaine dans le canton de Genève d'une « zone de développement d'activité mixte » qui permettra aux activités du secteur tertiaire de côtoyer celles du secteur secondaire, étant toutefois précisé que les zones industrielles existantes ne pourront bénéficier d'un tel statut qu'à condition d'être formellement déclassées.

Pour cette raison, le contrat de superficie dans ce type de zone réserve parfois le droit à l'Etat de refuser l'installation d'un locataire qui ne répondrait pas aux critères d'affectation. Comme déjà indiqué ci-dessus, l'acquéreur vérifiera si nécessaire que l'Etat a bien accepté les locataires du bien immobilier.

Le conseil de l'acquéreur ne négligera pas d'analyser la réglementation communale relative au bien immobilier. C'est probablement là qu'il y trouvera les restrictions les plus importantes concernant l'activité pouvant être menée dans les locaux convoités. Il n'est pas rare que les rez-de-chaussée des immeubles des quartiers commerçants doivent être affectés au commerce ou aux activités ouvertes au public, étant rappelé que chaque commune mène sa propre politique en la matière<sup>55</sup>. Un autre exemple : celui qui envisage l'acquisition d'un établissement hôtelier en Ville de Genève sera en principe contraint de maintenir cette affectation<sup>56</sup>.

A noter que le Conseil municipal de la Ville de Genève a par exemple adopté le 28 juin 2011<sup>57</sup> une modification de son Règlement relatif aux plans d'utilisation du sol (RPUS-GE), qui entraînera une restriction importante des possibilités d'affectation des locaux accessibles au public dans la mesure où, dans certains secteurs, le type d'activités exercées jusqu'alors devra en principe être maintenu (par exemple un café ne pourra être remplacé que par un café, des commerces de proximité ne pourront pas être remplacés par une grande enseigne internationale). En outre, les vitrines aveugles (masquées) seront inter-

<sup>54</sup> Sur cette question, voir l'Arrêt du Tribunal administratif de la République et canton de Genève du 3 août 2010, ATA/518/2010.

<sup>55</sup> Voir par exemple art. 75 du Règlement de la Ville de Lausanne sur le plan général d'affectation et art. 9 du Règlement relatif à aux plans d'utilisation du sol de la Ville de Genève (RPUS-GE).

<sup>56</sup> Art. 11 RPUS-GE.

<sup>57</sup> Projet d'arrêté PA-78A, disponible sur le site de la Ville de Genève <https://www.ville-geneve.ch/conseil-municipal/>.

dites. A l'heure où sont écrites ces lignes, cette modification n'a pas encore été avalisée par le Conseil d'Etat et n'est donc pas encore entrée en vigueur. Il est fort probable que des recours seront en tous les cas déposés contre cet amendement, dont la constitutionnalité est douteuse. Son entrée en vigueur ne serait pas sans effet sur le potentiel de rendement des arcades et, par voie de conséquence, sur la valorisation des immeubles commerciaux situés dans les quartiers concernés en Ville de Genève.

#### 2.4.4 Les restrictions importantes en lien avec les possibilités de construire

Les restrictions aux possibilités futures de construire peuvent découler des rapports de droit privé (par exemple servitudes de non-bâtir) ou de la législation de droit public.

On citera ici les restrictions qui peuvent découler des zones ou immeubles protégés : distances minimales aux limites de cours d'eau ou lac<sup>58</sup>, inconstructibilité découlant de plans de site<sup>59</sup>, bâtiments classés ou inventoriés<sup>60</sup>, nombre maximum de niveaux constructibles<sup>61</sup>, etc.

D'autres règles pourront imposer une affectation aux constructions nouvelles situées dans certains secteurs. Ainsi, en Ville de Genève, le 50%, voire le 80% des mètres carrés de surface brute de plancher gagnés (construction nouvelle, surélévation, démolition-reconstruction) doit – sous réserve d'un certain seuil – être affecté en logement<sup>62</sup>. Cette règle constitue parfois une contrainte très lourde pour l'investisseur.

Dans d'autres cas enfin, c'est le niveau des loyers après travaux qui pourra faire l'objet d'un contrôle<sup>63</sup>.

La liste d'exemples qui précède est loin d'être exhaustive. Selon les projets de l'acquéreur et leur localisation, une analyse approfondie du droit de l'aménagement et des constructions (au sens le plus large) pourra être intégrée au rapport de due diligence.

### 3. Conclusion

Le professeur de faculté voit le droit comme un système en soi, dont il traque les incohérences. Le citoyen le perçoit comme un moyen de préserver des intérêts publics dans le meilleur des cas et, souvent, comme une limite à sa liberté. L'acteur économique l'apprécie pour le cadre qu'il fixe à la vie des affaires, et s'en méfie comme un frein possible à son activité ou pour les risques qu'il fait peser sur son investissement et/ou les profits qu'il en escompte. Lorsqu'il envisage l'acquisition d'un immeuble, le professionnel a des attentes spécifiques par rapport à la valeur du bien, qu'il la définit comme une capacité de générer des revenus, une plus-value future ou encore une opportunité économique (par ex. réserve de droits à bâtir). Il importe que ses attentes ne soient pas déçues. A ce titre, le droit recèle de multiples chausse-trapes.

C'est le rôle de la due diligence légale que de les débusquer. La tâche de l'avocat ou du juriste qui la conduit pour le compte de l'acquéreur n'est pas simple. La lecture de l'extrait du registre foncier ne nous apprend pas tout, loin s'en faut. De multiples normes juridiques

<sup>58</sup> Art. 15 de la Loi genevoise sur les Eaux, RSG L 2 05 (LEaux-GE).

<sup>59</sup> Voir le détail des plans auquel l'art. 2 Loi genevoise du 4 décembre 1992 sur la protection générale des rives du lac, RSG L 4 10 (LPRLac-GE) fait référence.

<sup>60</sup> Art. 15 LPMNS-GE ; art. 23 LPMNS-VD.

<sup>61</sup> Art. 7 LPRLac-GE.

<sup>62</sup> Art. 7 RPUS-GE.

<sup>63</sup> Art. 10 LDTR-GE.



affectent le bien convoité, en en limitant ou en rendant plus onéreuse l'utilisation, l'affectation, les possibilités de construire et de mise en valeur, la revente, etc. Nous en avons donné un large aperçu en abordant des thèmes choisis de la due diligence. Nous n'avons pas épuisé la matière, tant il est vrai que chaque opération immobilière présente de nouveaux défis en la matière. Deux éléments peuvent être relevés en conclusion, qui conditionnent la qualité de la due diligence légale. Tout d'abord – c'est une évidence – le juriste qui conduit un tel processus sera mieux armé s'il a une bonne connaissance de l'immobilier, comme activité économique propre, et, notamment, des besoins et attentes des professionnels de l'immobilier. Ensuite, pour assurer une vision d'ensemble des risques attachés à une opération, il est essentiel d'être polyvalent. C'est souvent vrai lorsque le droit quitte la faculté pour être mis en pratique. C'est particulièrement le cas dans une due diligence immobilière, qui requiert de solides notions dans des domaines aussi variés que les droits réels, le droit du bail, et plus largement le droit des contrats, la responsabilité civile, le droit des sociétés, le droit fiscal et le droit administratif. Cette polyvalence impliquera du reste souvent un travail en équipe et une rédaction à plusieurs mains du rapport de due diligence.

\* \* \*