



Association Romande des Intermédiaires Financiers

Rue de Rive 8 – Case postale 3178 – 1211 Genève 3

Tél. 022 310 07 35 – Fax 022 310 07 39 – www.arif.ch - e-mail : info@arif.ch

CHE-101.192.434 TVA

Aux Membres de l'ARIF actifs dans le
domaine de l'immobilier

Genève, le 20 juillet 2017

Concerne : activités liées à l'immobilier et à la Régie d'immeubles au regard
de la législation des services financiers (en particulier la LBA et la
LB)

Mesdames, Messieurs,

Chers Membres de l'ARIF actifs dans l'immobilier,

L'ARIF, qui est un organisme d'autorégulation généraliste auquel sont affiliés
400 intermédiaires financiers, dont beaucoup actifs dans le domaine de
l'immobilier, a accumulé au cours des années nombres d'expériences
pratiques, et constaté certains manquements, presque toujours dus à la
méconnaissance des obligations.

La présente est donc pour attirer votre attention, et vous proposez des
solutions, à l'égard d'un certain nombre de problèmes fréquemment constatés
ou de questions régulièrement posées.

A. NORMES APPLICABLES

Deux normes principales sont à prendre en considération :

1. La LBA, Loi sur le blanchiment d'argent, et son ordonnance d'application, OBA, qui s'applique aux intermédiaires financiers professionnels, ainsi qu'aux négociants.

On trouve la définition de ces personnes à l'article 2 de cette loi, que nous reproduisons en annexe.

Le caractère « professionnel » existe dès que, sur une année civile, l'intermédiaire financier a (une seule condition remplie suffit):

- plus de 20 relations assujetties à la LBA, ou
- plus de CHF 50'000.- de gain à raison de l'activité assujettie, ou
- des transactions assujetties de plus de CHF 2'000'000.-, ou
- un pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales assujetties de plus de CHF 5'000'000.-

2. La LB, Loi sur les banques, et son ordonnance d'application, OB, qui qualifie comme bancaires, et donc soumises à conditions ou autorisations, un certain nombre de situations auxquelles vous pouvez être confrontés.

Les cas qui seront examinés ci-après le seront au regard de ces deux groupes de normes exclusivement, ainsi que de leur pratique et des circulaires d'interprétation qui ont été publiées par la FINMA, en particulier 2008/3 sur les dépôts du public, et 2011/1 sur l'activité d'intermédiaire financier.

B. DÉPÔTS DE CLIENTS

De par leurs activités, les Régisseurs sont amenés à encaisser les loyers, ainsi que des montants accessoires, tels que les charges, et à les conserver un certain temps pour les besoins de la gestion de l'immeuble, avant d'en restituer le solde au propriétaire.

Du point de vue de la LBA, cette tâche d'encaissement n'est pas en elle-même considérée comme une intermédiation financière et n'est donc pas assujettie à la LBA. De même, les paiements effectués pour la gestion de l'immeuble ne constituent pas de l'intermédiation financière.

La conservation des sommes, et leur utilisation, peuvent cependant aboutir dans certaines circonstances à un assujettissement à la LBA et / ou à la LB.

En particulier, si les avoirs en compte du client font l'objet d'une gestion financière (placements à terme, investissements) avant leur restitution au propriétaire de l'immeuble, cette activité s'apparente à de la gestion de fortune, et est assujettie à la LBA.

Lorsque la Régie détient plus de 20 portefeuilles de clients, et que les avoirs cumulés de ces clients dépassent à un quelconque moment CHF 1'000'000.-, la question d'un assujettissement à la législation bancaire doit aussi être examinée.

Pour y échapper, plusieurs conditions doivent impérativement être réunies :

- ces dépôts ne doivent pas faire l'objet d'opérations apparentées à de la gestion de fortune, ni servir à octroyer des crédits;
- aucun intérêt ne doit être versé par la Régie au propriétaire sur ces dépôts ;
- ces dépôts doivent être nécessaires pour la gestion de l'immeuble et y être exclusivement affectés, par exemple pour le paiement des intérêts et des amortissements relatifs aux capitaux étrangers et aux crédits garantis par hypothèque ; le règlement des dépenses courantes sur la base de factures pour la fourniture périodique de biens ou de services tels que l'eau, l'électricité, etc. ; le paiement des impôts, d'autres types de taxes et de primes d'assurance relatives à l'immeuble ; le paiement de l'achat de

produits de chauffage et d'énergie ; le paiement de l'exécution de rénovations ou de travaux d'amélioration de l'immeuble, y compris le maintien d'une réserve suffisante pour les imprévus en cours d'exercice ; le versement des salaires en rémunération des prestations périodiques ou permanentes nécessaires au bon fonctionnement et à l'entretien de l'immeuble (concierge, jardinier, etc.), y compris le paiement des prestations sociales aux institutions correspondantes ; le paiement des honoraires de la Régie;

- la partie du solde en compte qui n'apparaît pas raisonnablement nécessaire pour la gestion de l'immeuble doit être reversée au propriétaire dans les plus brefs délais usuels selon la bonne marche des affaires. Il faut comprendre cette notion au sens du délai normal dans lequel la Régie est à même de déterminer ce qu'il est nécessaire ou non de conserver en faisant preuve de la meilleure diligence. Une définition rigide n'existe pas à notre connaissance de ce délai, mais il est en tous cas certain qu'il ne peut aller au-delà du délai de clôture normal d'un exercice comptable écoulé. Il n'est pas exclu que l'autorité impose des délais plus courts au regard des circonstances.

Nous vous invitons donc à disposer d'une organisation suffisamment efficace pour que le délai de restitution des soldes en compte de propriétaires non nécessaires à la gestion de l'immeuble soit aussi court que possible.

Si cette restitution n'est pas faite en temps utile, la conservation de plus de 20 dépôts totalisant plus de CHF 1'000'000.- constitue alors une activité bancaire, de surcroît assujettie à la LBA.

Comme il n'est guère envisageable qu'une Régie acquière le statut de banque, elle ne peut détenir de tels dépôts en tel nombre que moyennant la garantie d'un établissement bancaire quant au fait que ces montants peuvent être représentés en tout temps à leurs ayant-droits (garantie du risque de défaillance). Il incombe alors au Régisseur de négocier avec un banquier les conditions et le coût d'une telle garantie et à veiller qu'elle satisfasse à ses obligations au regard de la loi sur les banques.

C. PROCURATIONS SUR DES COMPTES BANCAIRES DE CLIENTS

Pour certaines Régies, il arrive que l'encaissement des loyers ainsi que de prestations complémentaires soient effectués non pas sur un compte bancaire ouvert au nom de la Régie, mais directement sur un compte appartenant au client propriétaire de l'immeuble, ouvert auprès de son propre Banquier.

Dans cette hypothèse, le client peut vouloir accorder une procuration sur son compte à la Régie afin de lui permettre de procéder aux paiements liés à la gestion de l'immeuble.

En principe, les personnes qui exécutent des ordres de paiement pour des tiers sur la base d'une procuration bancaire sont assujetties à la LBA, car elles disposent de valeurs patrimoniales de tiers. Ceci vaut aussi lorsque les ordres de paiement sont effectués par e-banking.

Une seule exception à cette règle existe : lorsque de telles procurations permettent uniquement le transfert de valeurs patrimoniales à titre accessoire et complémentaire de la prestation contractuelle principale, non financière, en l'occurrence celle de Régie de l'immeuble du client sur le compte duquel la procuration est donnée.

Il n'existe pas à notre connaissance de pratique clairement définie par la FINMA quant à la manière dont la relation d'affaire doit être organisée pour éviter toute controverse quant au respect des limites de cette exception. Notre conseil est donc d'opérer comme suit :

- le compte (ou le sous-compte) sur lequel la procuration est donnée au Régisseur doit être individualisé et ne servir que pour les besoins d'un seul propriétaire vis-à-vis d'un seul Régisseur ;
- l'octroi d'une telle procuration doit être nécessaire et strictement limitée à la bonne gestion de l'immeuble ;
- le compte ne doit être alimenté que par les produits de l'immeuble, ou par des versements complémentaires du propriétaire, à l'exclusion de tiers, dans la mesure strictement nécessaire à la gestion de l'immeuble ;
- la gestion de fortune (placement) des avoirs en compte doit incomber exclusivement au propriétaire ;
- un contrat écrit doit être passé entre le propriétaire et la Régie précisant les points ci-dessus, et la Régie a l'obligation de veiller à ce que ni elle, ni le propriétaire, ne les transgressent.

D. LES SOCIÉTÉS IMMOBILIÈRES

Les SI ont fait couler beaucoup d'encre par le fait qu'elles sont considérées par la FINMA comme des sociétés de domicile lorsque, cumulativement :

- les valeurs patrimoniales détenues par ces sociétés, qu'elles soient suisses ou étrangères, sont exclusivement ou principalement constituées d'immeubles ;
- ces immeubles ne sont pas gérés par la société immobilière elle-même, mais par une Régie, en particulier si les employés ou organes de la Régie sont aussi les administrateurs de la société immobilière.

L'ARIF a toujours essayé d'infléchir la position de la FINMA à ce sujet, mais sans succès jusqu'à ce jour, de sorte qu'il faut s'y tenir.

Le statut de société de domicile donné aux sociétés immobilières a pour conséquences que leurs administrateurs sont considérés comme exerçant une activité d'intermédiaire financier assujettie à la LBA.

Deux manières existent pour ces administrateurs de satisfaire aux conditions d'assujettissement : soit qu'ils se déclarent eux-mêmes intermédiaire financier, en nom propre, soit que la Régie qui les emploie acquière pour elle-même le statut d'intermédiaire financier ; dans les deux cas, ce statut s'acquière en requérant une autorisation d'exercer de la part de la FINMA (mais cette possibilité est probablement appelée à disparaître), soit en s'affiliant auprès d'un organisme d'autorégulation tel que l'ARIF.

La qualité d'intermédiaire financier entraîne les obligations prévues par la LBA, que nous ne détaillerons pas ici, mais dont la première est d'identifier formellement le cocontractant (la société immobilière), et ses ayant-droits économiques ultimes, qui doivent obligatoirement être des personnes physiques.

Nous vous en renvoyons sur ces points à la lecture des directives de l'ARIF.

E. LES ACTIVITÉS DE PROMOTION

Il est courant que plusieurs professionnels de l'immobilier s'unissent en vue de la réalisation d'un projet de promotion immobilière, sans constituer une société commerciale dédiée au projet. Dans cette hypothèse, les participants au projet mettent en général en commun des fonds qui sont gérés par un (ou plusieurs) des promoteurs, et déposés en leurs mains ou en celles d'un tiers. La question se pose de savoir si les dépôts et paiements effectués dans ce contexte constituent une activité d'intermédiaire financier assujettie à la LBA ou à la LB.

Dans le cas où les fonds sont déposés sur le compte d'un tiers agent fiduciaire, celui-ci agit clairement à titre d'intermédiaire financier.

Si les participants au projet de promotion forment une société simple qui a pour but la réalisation d'un projet de construction, et que c'est un des associés de la promotion qui reçoit les fonds, et effectue les paiements uniquement en lien avec le projet, ce dépôt et son utilisation constituent une prestation accessoire complémentaire à une prestation contractuelle principale, et ne sont de ce fait assujettis ni à la LBA ni à la LB.

La gestion des avoirs en compte, et leur placement par leurs ayants-droit dans l'attente de leur utilisation dans le cadre de la promotion n'est pas non plus assujettie à la LBA dans la mesure où les avoirs en compte sont la propriété commune des membres de la société simple et qu'il ne s'agit donc pas de « fonds de tiers ».

De tels comptes de promotion, s'ils sont ouverts dans les comptes d'un des participants auprès d'un établissement bancaire, doivent cependant indiquer les autres participants comme co-ayants-droit économiques de l'argent déposé.

Cette situation peut toutefois dégénérer en gestion de fortune assujettie à la LBA si les fonds sont utilisés à d'autres fins que l'exécution de la promotion, ou conservés en compte plus longtemps que nécessaire pour l'accomplissement de la promotion, notamment si celle-ci n'avance pas sans cause légitime (une telle cause pouvant être l'attente d'un permis de construire) ou que son projet est durablement suspendu ou abandonné. Si les participants membres de la société simple sont plus de vingt, se poserait même alors la question d'un assujettissement à la Loi sur les placements collectifs.

F. LES NÉGOCIANTS

La dernière version de la LBA a introduit la notion de négociant, appliquée à toute personne physique ou morale qui, sans être un intermédiaire financier, mais à titre professionnel, négocie des biens en obtenant leur paiement en espèces pour plus de CHF 100'000.- dans le cadre d'une même opération de négoce.

Cette circonstance oblige le négociant, même s'il n'est pas un intermédiaire financier, aux mêmes obligations d'identification du cocontractant et de l'ayant-droit économique, de conservation des documents, de clarification, et de dénonciation que celles applicables aux intermédiaires financiers.

Ainsi, un professionnel de l'immobilier est susceptible d'être qualifié de négociant s'il vend un bien immobilier en son nom et pour son compte et reçoit plus de CHF 100'000.- en espèces en paiement du prix.

G. LES COURTIERS

Lorsqu'un professionnel de l'immobilier agit comme courtier et que le prix de vente de l'immeuble, qu'il s'agisse d'espèces ou de virement bancaire, passe dans ses mains pour le compte de l'acheteur, il s'agit alors d'une activité d'intermédiaire financier, car un tel mandat de paiement n'est pas inhérent à l'activité de courtier.

Si le courtier encaisse le prix pour le compte du vendeur, il s'agit d'un mandat d'encaissement non assujetti, pour autant que l'argent soit immédiatement reversé au vendeur.

S'agissant des acomptes à la réservation, qui sont parfois versés par le candidat acquéreur au courtier pour qu'il les verse au vendeur ou les conserve jusqu'à ce que la vente soit conclue, il s'agit d'un mandat de paiement accessoire de l'activité du courtier pour le compte de l'acheteur ; si c'est pour le compte du vendeur, il s'agit d'un mandat d'encaissement non assujetti, pour autant que l'argent soit immédiatement reversé au vendeur.

Attention en tous les cas à ne pas détenir simultanément de tels versements en dépôt pour plus de vingt clients, acheteur ou vendeur, et plus de CHF 1'000'000.-, ce qui serait une activité bancaire, obligeant le courtier à obtenir une garantie de défaillance de la part d'une banque.

H. AUTRES RÈGLES À PRENDRE EN CONSIDÉRATION

Une nouveauté introduite en 2016 consiste dans la notion de délit fiscal qualifié, à savoir une soustraction d'impôts supérieure à CHF 300'000.- pour une période fiscale donnée, qu'il convient d'avoir à l'esprit compte tenu des montants souvent importants liés aux immeubles, qu'il s'agisse de leur rendement ou de leur vente ou achat.

Que la personne active dans l'immobilier soit ou non intermédiaire financier, elle doit se soucier de ne pas prêter la main à une telle soustraction fiscale qualifiée, compte tenu de ce que sa commission peut être qualifiée de blanchiment en Suisse.

En cas de soupçon ou d'indice d'évasion fiscale, et pour estimer si les conditions d'un délit fiscal qualifié sont réunies, il conviendra de prendre en compte le taux maximum de l'impôt considéré, dans le pays dont l'auteur est vraisemblablement contribuable.