



FINMA		
ORG	2. AUG. 2010	SB
Mg		
Bemerkung:		FLP

**AUTORITÉ FÉDÉRALE DE
SURVEILLANCE DES MARCHÉS
FINANCIERS (FINMA)**
Einsteinstrasse 2

3003 BERNE

Paudex, le 30 juillet 2010
AF/OR/ir

Procédure d'audition relative à la circulaire « Activité d'intermédiaire financier au sens de la loi sur le blanchiment d'argent »

Madame, Monsieur,

L'USPI Suisse est l'organisation faîtière romande des professionnels de l'immobilier. Elle se compose des associations cantonales de l'économie immobilière implantées dans les six cantons romands. A ce titre, elle est le porte-parole de quelque 400 entreprises et de plusieurs milliers de professionnels.

Nous vous remercions d'avoir accepté de prolonger le délai pour vous adresser la présente au 30 juillet 2010 et sommes désormais en mesure de vous faire part de notre prise de position.

La circulaire, qui contient des dispositions d'exécution de l'Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel du 18 novembre 2009 (OIF), a notamment pour objet de préciser les critères à remplir pour qu'une personne soit considérée comme intermédiaire financier au sens de l'article 2 al. 3 de la Loi sur le blanchiment d'argent (LBA).

Elle remplace ainsi la pratique intitulée « Champ d'application personnel et territorial de la loi sur le blanchiment dans le secteur non bancaire » (ci-après la « pratique ») qui avait été adoptée par l'ancienne Autorité de contrôle LBA.

Cette ancienne pratique définissait les critères et conditions d'assujettissement à la LBA, notamment s'agissant des activités dans le domaine de l'immobilier.

Ces dispositions revêtaient un caractère particulièrement important pour ce domaine d'activité dès lors que la LBA, dont la dénomination complète est « Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissement d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier », ne concerne a priori pas les activités liées au domaine de l'immobilier.

Dès lors que le projet de circulaire prévoit une réglementation différente pour certaines activités liées à l'immobilier, ou s'abstient de régler expressément certaines questions qui l'étaient dans l'ancienne pratique, et compte tenu des conséquences extrêmement importantes qui en découlent pour les membres de nos associations – assujettissement ou non à la LBA –, nous nous permettons de nous déterminer comme suit :

1. GENERALITES

Comme indiqué en-tête de la présente, la LBA a en principe vocation, conformément à sa dénomination, à s'appliquer uniquement aux activités relevant du secteur financier.

Ainsi, les activités relevant du domaine de l'immobilier sont en principe, et sous réserve d'exceptions dûment justifiées et admissibles, exclues du champ d'assujettissement de la LBA.

Aucune disposition de la LBA, ou même de l'OIF, ne permet en effet de considérer que les activités liées au domaine de l'immobilier seraient, par principe, comprises dans le champ d'application de la loi.

L'ancienne pratique de l'Autorité de contrôle avait toutefois étendu le champ d'application de la loi de manière à assujettir plusieurs activités relevant du domaine d'activité de l'immobilier à la LBA. La conformité de cette pratique au regard de la loi était cependant douteuse.

Le projet de circulaire ne se prononce toutefois pas expressément sur plusieurs questions autrefois spécifiquement réglées par la pratique. Or la sécurité du droit impose de clarifier ces points de manière à ce que les personnes concernées puissent être en mesure de déterminer si leurs activités sont ou non assujetties à la LBA.

Nous examinerons ci-dessous la question de l'éventuel assujettissement à la LBA de différentes activités liées au domaine de l'immobilier.

2. GERANCE IMMOBILIERE

L'encaissement de loyers et des charges pour le compte d'un propriétaire était et demeure considéré comme une activité de recouvrement de créances non assujettie à la LBA (art. 1 al. 2 let. b OIF ; chiffres 7 à 9 Circulaire).

En outre, l'utilisation des avoirs pour effectuer des paiements en faveur de tiers pour le compte du propriétaire était et demeure également une activité non assujettie à la LBA (art. 1 al. 2 let. c OIF ; chiffres 10 à 16 Circulaire).

Nous comprenons en conséquence que la nouvelle circulaire ne modifie pas la pratique s'agissant de l'activité de gérance immobilière, qui demeure non assujettie à la LBA.

3. ADMINISTRATION D'UNE SOCIÉTÉ IMMOBILIÈRE

L'article 6 al. 1 let. d OIF prévoit que l'activité d'organe d'une société de domicile est considérée comme une activité d'intermédiation financière.

L'article 6 al. 2 OIF précise que sont considérées comme des sociétés de domicile les personnes morales, sociétés, établissements, fondations, trusts, entreprises fiduciaires et constructions semblables qui n'exercent pas une activité de commerce ou de fabrication ou une autre activité exploitée en la forme commerciale.

Les chiffres 91 à 94 de la circulaire offrent des exemples concrets de ce qui est réputé être une société de domicile et de ce qui ne l'est pas.

Toutefois, les sociétés immobilières ne sont mentionnées dans aucune des deux catégories. Il existe dès lors une insécurité juridique importante concernant cette question, compte tenu en particulier de l'ancienne pratique de l'Autorité de contrôle.

En effet, celle-ci avait développé la pratique suivante concernant les sociétés immobilières (chiffre 2.5.1.2.2 Pratique) :

« Une société immobilière est soit une société qui a pour seul actif un immeuble mais qui a confié la gestion de cet immeuble à un tiers, soit une société qui détient un immeuble et procède à sa gestion. Alors que dans le premier cas, la dite société est incontestablement une société de domicile, dans le second il s'agit d'une société active opérationnellement. L'administration d'une société immobilière, dont la fortune est composée exclusivement ou en partie d'un immeuble, ne se distingue pas de l'administration d'une autre société de domicile. Ce sont par conséquent les organes chargés de l'administration de la société immobilière qui sont soumis à la LBA. La société immobilière qui effectue la gestion d'immeubles est par contre dans certaines circonstances soumise elle-même à la LBA. »

Cette pratique ne saurait être maintenue dès lors que les considérations sur lesquelles elle repose ne sont pas fondées.

En premier lieu, la LBA vise en principe uniquement les activités du secteur financier. Des exceptions sont certes envisageables, mais doivent être dûment justifiées. Or aucune justification particulière n'est avancée en l'espèce pour déroger à cette règle, si bien qu'il convient de s'en tenir au principe même de la loi.

L'argumentation principale qui est avancée et qui permettrait de justifier l'assimilation d'une société immobilière à une société de domicile est de considérer que celle-ci n'est pas une société opérationnelle, dès lors qu'elle n'exercerait aucune activité en la forme commerciale.

Or une telle argumentation est manifestement erronée dès lors qu'une société immobilière est incontestablement une société opérationnelle. En effet, son activité consiste à mettre à disposition des logements contre une rémunération, le loyer. La fourniture de telles prestations de services implique la réalisation de nombreuses activités administratives, financières et techniques, consistant notamment à entretenir et à rénover les appartements et les parties communes, à payer les fournisseurs, à rédiger des baux, à conclure des contrats d'entretien ainsi que des assurances, à employer un concierge, à procéder à l'encaissement des loyers, etc...

Ainsi, la location de logements constitue incontestablement une activité commerciale, si bien qu'une société immobilière ne saurait en aucun cas être assimilée à une société de domicile.

L'ancienne pratique de l'autorité de contrôle admettait d'ailleurs expressément cet état de fait dès lors qu'elle considérait qu'une société immobilière ne constituait pas une société de domicile si la société procédait elle-même à la gestion de l'immeuble.

Or on ne voit pas en quoi le fait de déléguer la gestion de l'immeuble à un tiers, par exemple à une régie, pourrait modifier la nature même de l'activité de la société ou sa qualification.

En outre, du point de vue de la prévention contre le blanchiment d'argent, on ne voit pas en quoi le risque de blanchiment serait plus élevé lorsqu'une société immobilière délègue la gestion de l'immeuble à un tiers, justifiant un assujettissement à la LBA de ses administrateurs, de la situation où elle procède elle-même à la gestion.

Ainsi, la distinction pratiquée entre les sociétés qui procèdent elles-mêmes à la gestion de l'immeuble et celles qui confient la gestion à des tiers apparaît sans pertinence. Il convient en conséquence de traiter les deux situations de la même manière et de considérer qu'une société immobilière constitue une société opérationnelle.

Finalement, si l'on fait abstraction, conformément à la pratique relative aux sociétés de domicile, de l'existence de la société, il apparaît que l'administrateur de la société immobilière détient, respectivement gère, l'immeuble pour le compte de l'ayant droit économique. Or, selon l'article 2 al. 3 let. g LBA et l'article 6 al. 1 let. c OIF, seule la conservation, respectivement la gestion, de valeurs mobilières pour un cocontractant est considérée comme une activité d'intermédiation financière. Il n'existe dès lors aucun rattachement dans la loi pour considérer, sur la base du raisonnement relatif aux sociétés de domicile, que l'administration d'une société immobilière constitue une activité assujettie à la LBA.

Etant donné l'existence de l'ancienne pratique ainsi que du fait que celle-ci doit être abrogée pour les raisons exposées ci-dessus, nous considérons qu'il est nécessaire de préciser dans la circulaire qu'une société immobilière ne constitue pas une société de domicile.

En conséquence, nous proposons de compléter la circulaire par un chiffre 94bis (nouveau) :

Sont en règle générale réputées ne pas être des sociétés de domicile :

[...]

- les sociétés immobilières, soit les sociétés qui détiennent principalement ou exclusivement un ou plusieurs immeubles, à l'exclusion de valeurs patrimoniales mobilières.

4. COURTAGE IMMOBILIER

Aussi longtemps que l'agent immobilier n'a pas de pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales, l'activité de courtage ne relève pas de l'intermédiation financière.

En revanche, il y a activité d'intermédiation financière lorsque le prix n'est pas directement payé au vendeur, mais transféré à un tiers. Si ce tiers agit sur mandat du vendeur, et que celui-ci transfère le prix d'acquisition au mandant, il s'agit d'un recouvrement de créance non assujetti à la LBA.

En revanche, si le tiers transfère le prix d'achat à une autre personne que le vendeur, ou s'il agit sur mandat de l'acheteur, il s'agit d'une activité d'intermédiation financière assujettie à la loi.

Cette pratique, développée par l'Autorité de contrôle, demeure valable sous le régime de l'OIF et de la circulaire (art. 1 al. 2 let. b OIF; chiffres 7 à 9 Circulaire).

5. TRANSFERT DE VALEURS PATRIMONIALES A TITRE ACCESSOIRE

Les personnes actives dans l'immobilier, soit notamment les gérants d'immeubles, les architectes, les ingénieurs ou les promoteurs peuvent, dans certaines circonstances, être amenés à effectuer des transferts de valeurs patrimoniales à des tiers pour le compte de leur mandant.

Il en va ainsi, par exemple, lorsque le propriétaire verse une somme à la régie mandatée pour la gestion d'un immeuble, afin que celle-ci paie les entreprises ayant réalisé des travaux de rénovation dans l'immeuble.

Des architectes ou des ingénieurs, mandatés pour la réalisation d'un projet et la coordination de travaux, peuvent également être amenés à effectuer des paiements à différentes entreprises pour le compte du maître d'ouvrage.

Dans toutes ces situations, le transfert de valeurs patrimoniales doit être considéré comme une prestation accessoire à une prestation principale, non assujettie à la LBA, tel que le prévoit de manière générale et non explicite l'article 1 al. 2 let. c OIF et les chiffres 10 à 15 de la circulaire.

Toutefois, dès lors que l'ancienne pratique de l'Autorité de contrôle divergeait dans les cas mentionnés ci-dessus, il convient, pour davantage de clarté et de sécurité juridique, de compléter le chiffre 15 de la circulaire comme suit :

*Exemples : on est en présence d'une prestation accessoire lorsqu'un établissement médico-social, outre la prestation contractuelle principale, paie pour le compte de ses clients des biens ou des services de tiers à partir d'un dépôt ouvert préalablement à cet effet, lorsqu'un administrateur de biens utilise une partie des recettes perçues pour effectuer des paiements en faveur de tiers pour le compte du propriétaire **ou lorsqu'un mandataire effectue des paiements à des entreprises au nom et pour le compte du maître d'ouvrage pour des contrats d'entreprise conclu par lesdits mandataires au nom et pour le compte du maître d'ouvrage.***

* * * * *

Nous vous remercions de l'attention que vous voudrez bien porter à la présente et demeurons à votre entière disposition pour toutes questions ou compléments que vous pourriez souhaiter.

Nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de nos salutations distinguées.

**UNION SUISSE DES PROFESSIONNELS
DE L'IMMOBILIER**

Le président



Jean-Hugues Hiltpold

Le secrétaire



Olivier Rau

PS : la présente vous est adressée par voie électronique et l'original suit par la poste.