

# **BVGer B-1873/2009 vom 8. März 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-03-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-1873\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1873_2009)

FR: TAF B-1873/2009 du 8 mars 2010

IT: TAF B-1873/2009 del 8 marzo 2010

## **Regeste**

Surveillance des marchés financiers

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1).

### **E. 1.2**

En vertu de l'art. 31 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), ledit Tribunal connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021), prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. Demeurent réservées les exceptions - non réalisées en l'espèce - prévues à l'art. 32 LTAF. L'acte entrepris constitue une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. a PA susceptible de recours auprès du Tribunal administratif fédéral en vertu des art. 31 et 33 let. e LTAF en relation avec l'art. 54 al. 1 de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA, RS 956.1) Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

### **E. 1.3**

La recourante, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteinte par la décision et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA). Lorsqu'une personne morale est mise en faillite, dans le cadre d'une procédure d'assujettissement, ses organes ne disposent plus, en règle générale, des pouvoirs pour la représenter dès lors que ceux-ci leur ont été, par décision superprovisionnelle de l'autorité de surveillance, retirés pour être transférés aux chargés d'enquête. Dans ce cas, on ne saurait exiger qu'elle recoure contre la décision de faillite par l'intermédiaire des chargés d'enquête - seuls habilités à ce stade - dès lors que les conclusions du recours sont directement liées à leur nomination (cf. arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 octobre 2003 dans la cause Credit and Industrial Bank c. République tchèque 29010/95, ch. 50 ss). De jurisprudence constante, les organes d'une société mise en liquidation sont par conséquent autorisés, malgré le retrait des pouvoirs de représentation par l'autorité de surveillance dans sa décision, à attaquer celle-ci pour l'entreprise concernée par la voie du recours de droit administratif (ATF 131 II 306 consid. 1.2.1, arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.1, arrêt du TF 2A.332/2006 du 6 mars 2007 consid. 2.3.1).

### **E. 1.4**

Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 11, 50 et 52 al. 1 PA), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées. Les recours sont ainsi recevables.

## **E. 2**

À titre liminaire, il sied de constater que la FINMA a déclaré sans objet sa décision du 23 février 2009 par nouvelle décision du 18 mai 2009. En principe, l'autorité inférieure n'est pas habilitée, en raison de l'effet dévolutif attaché au recours, à modifier sa décision aux dépens du recourant en cours de procédure de recours (cf. ATF 127 V 228 consid. 2b/bb ; ATAF 2007/29 consid. 4.3 ; ANDREA PFLEIDERER in : BERNHARD WALDMANN/PHILIPPE WEISSENBERGER [édit.], *PraxisKommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, n° 39 ad art. 58 PA). Cela étant, la recourante a admis que son recours du 23 mars 2009 était devenu sans objet par courrier du 10 juin 2009 si bien qu'il convient de considérer qu'elle a renoncé aux conclusions prises dans ses écritures à l'exclusion de celles relatives aux frais et dépens. Dans ces circonstances, il sied de prendre acte de l'accord des parties et de déclarer le recours du 23 mars 2009 sans objet, seule la question des frais et dépens s'avérant encore litigieuse. C'est d'ailleurs en vue du règlement de dite question que le Tribunal de céans a joint les causes B-1873/2009 et B-3770/2009 par décision incidente du 24 juin 2009. En effet, dès lors que la procédure concernant le recours du 10 juin 2009 formé contre la décision du 18 mai 2009 déterminera si la recourante a accepté des dépôts du public en violation de la législation bancaire et si celle-ci se trouvait en situation de surendettement, elle permettra également de définir la partie dont le comportement a occasionné l'issue de la procédure relative au recours du 23 mars 2009 devenue sans objet.

## **E. 3**

La LFINMA est entrée intégralement en vigueur le 1er janvier 2009. Cette loi vise à regrouper la surveillance étatique des banques, des entreprises d'assurance et des autres intermédiaires financiers au sein d'une seule autorité de surveillance afin notamment de renforcer le contrôle sur les marchés financiers. Ainsi, la CFB, l'Office fédéral des assurances privées et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent sont remplacés par la FINMA dès le 1er janvier 2009 (art. 58 al. 1 LFINMA). La LFINMA a, entre autres, modifié partiellement la loi sur les banques du 8 novembre 1934 (LB, RS 952.0). Il se pose dès lors la question du droit applicable à la présente procédure. Selon les principes généraux du droit, l'ancien droit reste applicable en procédure de recours si la décision attaquée a pour objet les conséquences juridiques d'un comportement ou d'un événement passés (ATF 133 III 105 consid. 2, ATF 119 Ib 103 consid. 5). En revanche, les nouvelles règles de procédure s'appliquent dès leur entrée en vigueur à toutes les causes qui sont encore pendantes (ATF 130 V 1 consid. 3.2). Le législateur peut toutefois prévoir des dispositions transitoires dérogeant aux principes précités (ATF 107 Ib 133 consid 2b ; cf. Pierre Moor, *Droit administratif*, vol. I, 2e éd., Berne 1994, p. 176 s.), tel n'est toutefois pas le cas dans la présente cause. En l'espèce, la décision attaquée a pour objet la constatation d'une violation par la recourante de normes juridiques relatives à la surveillance des marchés financiers et les conséquences juridiques qui en découlent. La décision attaquée doit, par conséquent, être examinée à la lumière des dispositions en vigueur au moment où les activités en cause ont été accomplies, à savoir les dispositions de la LB dans leur teneur jusqu'à la fin 2008 puisque dès le 9 décembre 2008 les organes de la recourante n'étaient

plus habilités à la représenter. Cela étant, il convient de relever que les modifications introduites par la LFINMA, en ce qui concerne le cas d'espèce, s'avèrent de nature formelle (cf. message du Conseil fédéral du 1er février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741 ss, spéc. 2807 et 2811 ss).

#### **E. 4**

La recourante se plaint d'un défaut de motivation de la décision entreprise dans la mesure où l'autorité inférieure n'a pas examiné les explications fournies quant au rapport des chargés d'enquête. Dès lors qu'il s'agit d'un grief de nature formelle, il convient de le traiter en premier lieu.

##### **E. 4.1**

Aux termes de l'art. 35 PA, même si l'autorité les notifie sous forme de lettre, les décisions écrites sont désignées comme telles, motivées, et indiquent les voies de droit (al. 1). De manière plus générale, la jurisprudence a déduit du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]) celui d'obtenir une décision motivée. Il suffit à cet égard que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision de manière que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 129 I 232 consid. 3.2). L'autorité n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les arguments invoqués par les parties. Il n'y a violation du droit d'être entendu que si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes qui lui paraissent pertinents (ATF 130 II 530 consid. 4.3). Le droit d'être entendu est de nature formelle, de sorte que sa violation entraîne en principe l'annulation de la décision entreprise sans qu'il soit nécessaire de vérifier si, au fond, la décision apparaît justifiée (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa et les réf. cit.).

##### **E. 4.2**

En l'espèce, l'autorité inférieure a repris les constatations des chargés d'enquête pour en déduire que la recourante avait accepté des dépôts du public en violation de la législation bancaire. Elle a notamment relevé les faits lui permettant d'inférer que la recourante ne disposait pas d'une autorisation bancaire et qu'elle n'avait quasi aucune perspective d'en obtenir une. Ensuite, elle a exposé en quoi ces éléments de fait se révélaient déterminants pour l'appréciation juridique de la situation de la recourante. Aussi, même si elle ne s'est pas expressément déterminée quant aux arguments développés par la recourante dans ses prises de position à la suite du rapport des chargés d'enquête, la FINMA a suffisamment exprimé les motifs l'ayant guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision. De plus, au vu des arguments développés dans son mémoire de recours, la recourante ne saurait se plaindre de ne pas avoir été en mesure d'en saisir la portée. En conséquence, il faut admettre que, motivée à satisfaction, la décision attaquée ne viole pas le droit d'être entendu de la recourante. Mal fondé le recours doit être rejeté sur ce point.

#### **E. 5**

La FINMA exerce la surveillance conformément aux lois sur les marchés financiers notamment la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB, RS 952.0 ; 1.art. 23 al. 1 LB [RO 1997 82] ; cf. également art. 6 al. 1 LFINMA). Elle a pour but de protéger les créanciers, les investisseurs et les assurés, et d'assurer le bon fonctionnement des marchés financiers ; elle contribue ce faisant à améliorer la réputation et la compétitivité de la place financière suisse (art. 5 LFINMA). En tant qu'autorité de

surveillance, il lui incombe également de déterminer si une entreprise est assujettie à la loi et si elle doit avoir une autorisation (art. 1 et 3 LB ; ATF 126 II 111 consid. 3). Elle prend les décisions nécessaires à l'application de la LB ainsi que de leurs dispositions d'exécution et veille au respect des prescriptions légales ; si elle apprend que des infractions à celles-ci ou d'autres irrégularités ont été commises, elle prend les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal et à la suppression des irrégularités (art. 23bis al. 1 et 23ter al. 1 LB [RO 1971 808] ; cf. également art. 31 LFINMA). En tant qu'elle doit veiller de manière générale au respect des prescriptions légales, son pouvoir de surveillance n'est pas limité aux seules entreprises qui sont assujetties à la loi. Selon la pratique, elle est également autorisée à utiliser les moyens légaux prévus pour exercer sa surveillance, même à l'égard d'instituts ou de personnes dont l'assujettissement à la loi est litigieux (ATF 132 II 382 consid. 4.1 et les réf. cit.).

## **E. 6**

D'un point de vue matériel, la recourante conteste avoir exercé une activité bancaire en violation de la loi ainsi que le surendettement retenu par l'autorité inférieure. À cet égard, la recourante fait grief à l'autorité inférieure d'une constatation inexacte et incomplète des faits. La constatation des faits est incomplète lorsque toutes les circonstances de fait et les moyens de preuve déterminants pour la décision n'ont pas été pris en compte par l'autorité inférieure. Elle est inexacte lorsque l'autorité a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve, ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces, par exemple (Benoît Bovay, Procédure administrative, Berne 2000, p. 395 s.). Or, en l'espèce, il ressort de l'échange d'écritures que toutes les allégations de la recourante se contentent de critiquer les conclusions auxquelles est parvenue la FINMA dans l'appréciation de sa situation juridique et financière, sans jamais cependant démontrer quels faits auraient été constatés de manière erronée. Ce n'est donc pas tant la constatation des faits tels que retenus par l'autorité inférieure mais davantage leur appréciation que conteste la recourante. Ce grief se confond dès lors avec celui de la violation du droit et celui de l'inopportunité de la décision entreprise.

## **E. 7**

À titre liminaire, il sied d'examiner si la recourante a exercé une activité bancaire à titre professionnel au sens de la législation y afférente sans disposer pour ce faire d'une autorisation.

### **E. 7.1**

Les personnes physiques ou morales qui ne sont pas assujetties à la loi sur les banques ne peuvent accepter des dépôts du public à titre professionnel (art. 1 al. 2 LB et 3a de l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne [OB, RS 952.02]). Agit à titre professionnel au sens de la LB, celui qui sur une longue période accepte plus de 20 dépôts du public (art. 3a al. 2 OB). Le caractère « professionnel » de l'activité peut cependant également être établi d'une autre manière (cf. arrêt du TAF B-2474/2007 du 4 décembre 2007 consid. 3.1.2 et les réf. cit.). Il est ainsi donné lorsque la personne concernée montre clairement la volonté de recevoir de tels dépôts ou prend des dispositions afin de toucher par son action un nombre indéterminé de personnes ; agit donc également à titre professionnel, celui qui fait de la publicité pour obtenir des fonds en dépôt, en particulier par des annonces dans la presse ou les médias électroniques, par des prospectus ou par des

circulaires, quand bien même il en résulte moins de 20 dépôts (art. 3 al. 1 OB ; cf. également Circulaire 96/4 de la CFB du 22 août 1996 : Acceptation à titre professionnel de dépôts du public par des établissements non bancaires au sens de la loi sur les banques [Circ.-CFB 96/4 Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires], n° 9 ; ATF 132 II 382 consid. 6.3.1 et les réf. cit., ATF 131 II 306 consid. 3.2.1, arrêt du TF 2A.51/2007 du 5 juin 2007 consid. 3.1. ; Rashid Bahar/Eric Stupp, in : Basler Kommentar, Bankengesetz, n° 10 ad art. 1 LB). Il ressort de l'OB que tous les passifs ont le caractère de dépôts du public, toutes les exceptions étant exhaustivement énumérées à l'art. 3a al. 3 et 4 OB (Circ.-CFB 96/4 Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires, n° 10 et 19 ; arrêt du TAF B-1645/2007 du 17 janvier 2008 consid. 2.3).

#### **E. 7.1.1**

Jusqu'au 1er avril 2008, l'art. 3a al. 3 let. c OB (RO 1995 253) prévoyait que les soldes en compte de clients auprès de négociants en valeurs mobilières, en devises ou en métaux précieux, auprès de gérants de fortune ou d'entreprises analogues qui servaient uniquement à exécuter des opérations de clients, n'étaient pas considérés comme des dépôts lorsqu'aucun intérêt n'était accordé sur les comptes. De tels soldes en compte devaient provenir directement de la liquidation d'opérations sur devises ou métaux précieux et avoir pour seul but de tenir à disposition les liquidités nécessaires pour la liquidation de l'affaire principale se situant au premier plan (Circ.-CFB 96/4 Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires, n° 16).

#### **E. 7.1.2**

Depuis le 1er avril 2008, l'exception de l'art. 3a al. 3 let. c OB ne concerne plus les négociants en devises (RO 2008 1199) ; en vertu de l'art. 62a al. 1 et 2 OB, les négociants en devises en exercice - soumis désormais à la loi - doivent s'annoncer auprès de l'autorité de surveillance dans un délai de trois mois à compter de l'entrée en vigueur de la modification de l'ordonnance. Ils se voient en outre astreints, dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur, à satisfaire aux exigences de la loi et déposer une requête en autorisation. Dès le 1er avril 2008, les négociants en devises déjà en exercice au moment du changement législatif doivent considérer deux options s'ils entendent poursuivre leur activité, à savoir remplir les conditions d'autorisation requises en tant que banques ou adapter leur modèle d'affaires à une activité non soumise à autorisation, par exemple, en renonçant à intervenir en leur propre nom (cf. Commentaire de la CFB de novembre 2007 sur la modification de l'article 3a al. 3 de l'OB, p. 9). Durant la période transitoire, le négoce en devises est en principe toléré pour autant qu'il soit exercé en conformité avec les exigences prévalant avant le 1er avril 2008. Pour les négociants entendant obtenir une licence bancaire, l'autorité inférieure s'attendait toutefois à trouver chez eux des qualités s'apparentant avec les exigences de l'art. 3 LB afin qu'elles y coïncidassent le moment venu. Aussi, la période transitoire prévue à l'art. 62a OB ne constitue pas une prolongation de la situation légale prévalant avant la modification précitée mais une transition permettant une adaptation concrète aux exigences de la licence bancaire.

#### **E. 7.2**

En l'espèce, il ressort du rapport des chargés d'enquête (pièces B 294 ss du dossier de première instance) que la recourante proposait à ses quelque 3'000 clients d'effectuer des transactions sur les devises et les métaux précieux par le biais de son système de trading on-line, le négoce en métaux précieux ayant été abandonné dès le 11 décembre 2008. Les

chargés d'enquête ont également relevé que les activités propres de la recourante se limitaient en fait à l'ouverture des comptes des clients, à la vérification des exigences en matière de blanchiment d'argent, à l'assistance de la clientèle, à la gestion du site Internet ainsi qu'au marketing et à la comptabilité. En effet, les opérations de trading ainsi que le support informatique et technique s'avèrent, pour l'essentiel, effectués par des sociétés jordaniennes dépendant de C.\_\_\_\_\_, l'intervention de ces dernières n'étant régies par aucune convention écrite. Le rapport d'enquête révèle en outre que la recourante est dépourvue d'un contrôle interne en matière de comptabilité et de gestion des risques ; elle ne dispose pas non plus d'un système informatique de sauvegarde des données. À ce sujet, il convient de signaler que certains clients se sont plaints de l'effacement de leurs données et ont fait valoir des prétentions pécuniaires contre la recourante. Quant à la comptabilité, les chargés d'enquête ont constaté des lacunes dans la documentation des charges ainsi que dans la transcription des opérations du système de trading. Ces irrégularités avaient d'ores et déjà été pointées par l'ancien organe de révision de la recourante ainsi que par son conseil d'administration. S'agissant plus précisément du système de trading, la recourante offre à ses clients un système accessible au moyen d'une plate-forme Internet. Les clients doivent effectuer un dépôt auprès de L.\_\_\_\_\_ à Bâle ou de M.\_\_\_\_\_ à Chypre en tant que marge leur permettant d'ouvrir des positions de change. Une fois l'avis de crédit confirmé par la banque, la recourante crédite le compte du client l'habilitant à réaliser ses opérations de trading en fonction du niveau de risque choisi par ce dernier. La recourante prélève un spread sur chaque transaction. Les fonds des clients ne sont pas destinés à être changés mais constituent une garantie pour la recourante sur les opérations ouvertes. S'agissant des opérations de couverture, la recourante dispose d'un compte auprès de N.\_\_\_\_\_ à New-York. À ce sujet, les experts relèvent que la recourante couvre, à la fin de chaque jour ouvert au trading, le résultat net des positions ouvertes par ses clients en ouvrant les mêmes positions auprès de N.\_\_\_\_\_. Cette procédure de couverture fait, selon les chargés d'enquête, courir un risque à la recourante en raison du caractère continu des opérations de trading alors que les opérations de couverture n'ont lieu que chaque soir. Cela étant, la recourante précise que son système imprime toutes les deux heures le résultat des positions de ses clients de sorte qu'il est possible de déterminer si des opérations de couverture doivent être entreprises antérieurement. De plus, il faut mentionner que le spread prélevé par N.\_\_\_\_\_ s'avère plus élevé que celui retenu par la recourante pour les transactions accomplies par ses clients. En outre, les opérations de couverture auprès de N.\_\_\_\_\_ ne s'effectuent que pour un montant de 100'000 unités si bien que pour les positions inférieures ou supérieures de ses clients, la recourante se voit contrainte de couvrir davantage que nécessaire, subissant ainsi un risque de change ou alors celui de ne pas procéder à une couverture des positions. La recourante estime quant à elle que le risque encouru est infime. Les chargés d'enquête ont enfin constaté que la recourante ne connaissait pas de procédure claire de couverture, les employés ne semblant en tous les cas pas en avoir connaissance.

### **E. 7.3**

Sur le vu de ce qui précède, force est de constater qu'avec ses quelque 3'000 clients la recourante accepte des dépôts du public et offre un service de négoce en devises au sens de la LB, ce qu'elle ne conteste d'ailleurs pas. Elle ne prétend pas non plus bénéficier d'une licence bancaire pour ce faire ni avoir déposé une demande formelle en ce sens dans le délai prévu par la loi (art. 62a al. 2 OB). Reste donc à savoir si ses activités sont conformes au droit. À ce sujet, en décembre 2008, la société I.\_\_\_\_\_ a renoncé au mandat de révision que lui proposait la recourante aux motifs des insuffisances informatiques ayant conduit à la

perte de données de certains clients, des différences comptables constatées entre la comptabilité et le système de trading, du défaut de comptabilisation journalière des opérations de couverture, du défaut de documentation de certaines créances et charges. S'agissant plus précisément des opérations de couverture des positions des clients, I. \_\_\_\_\_ indique que la recourante y procède une fois par jour mais que les résultats du compte y afférent auprès de N. \_\_\_\_\_ ne se révèlent retranscrits que mensuellement dans les livres comptables. Le précédent réviseur de la recourante avait également relevé des irrégularités comptables motivant sa démission en juillet 2008. Or, en décembre 2007, la CFB avait expressément exigé de la recourante - pour être habilitée à continuer à exercer ses activités - qu'elle n'offre pas d'intérêts à ses clients, qu'elle couvre complètement et en permanence les positions de ses clients en devises et en métaux précieux ainsi qu'elle limite ses activités aux « spot trades » à l'exclusion des « contracts for difference ». La question de savoir si la recourante devait satisfaire à ces exigences afin de pouvoir continuer à exercer ses activités de négoce en devises avant la modification de l'OB peut rester indécise dès lors que, depuis le 1er avril 2008 - outre le dépôt d'une demande formelle dans le délai prévu par la loi (art. 62a al. 2 OB) - on est en droit d'attendre d'une entité souhaitant obtenir une autorisation bancaire qu'elle présente des qualités s'apparentant avec les exigences de l'art. 3 LB (cf. consid. 7.1). En conséquence, dans la mesure où la recourante a fait part de son intention de requérir une licence bancaire, l'autorité de surveillance est habilitée à exiger qu'elle satisfasse à des conditions allant au-delà de celles prévues pour le négoce de devises tel qu'autorisé avant la modification de l'OB. En outre, les exigences en matière de couverture retenues par l'autorité inférieure tendent à éviter des risques de change et sont conformes aux finalités de la législation sur la surveillance des marchés financiers, à savoir la protection des créanciers et des investisseurs ainsi que la réputation de la place financière helvétique. En l'occurrence, il apparaît qu'en décembre 2008, la recourante ne remplissait pas les exigences arrêtées par l'autorité de surveillance en décembre 2007 puisque, comme relevé par I. \_\_\_\_\_, les positions des clients de la recourante n'étaient pas couvertes en permanence. Cette constatation ressort également du rapport d'enquête (cf. consid. 7.2). De plus, comme l'admet la recourante elle-même, les positions de ses clients ne sont pas entièrement couvertes dès lors que la banque par laquelle elle procède aux opérations de couverture n'autorise que les montants de 100'000 unités alors que les clients ont loisir de procéder à des transactions pour 10'000 unités (pièce A 250 du dossier de première instance). À cela s'ajoute que les irrégularités comptables constatées aussi bien par I. \_\_\_\_\_ que par les chargés d'enquête ne permettent pas de donner un aperçu régulier de sa situation financière réelle ; en effet, la recourante n'était pas à même, en décembre 2008, de réconcilier régulièrement ses livres comptables avec les transactions effectuées sur la plate-forme de trading on-line. En conséquence, outre le fait que la recourante n'ait formé aucune demande formelle d'autorisation bancaire à ce jour, les carences comptables et organisationnelles établies aussi bien par I. \_\_\_\_\_ que par les chargés d'enquête ainsi que la non-couverture permanente et complète des positions des clients démontrent clairement qu'elle ne présente pas des qualités s'apparentant avec les exigences de l'art. 3 LB. Dans ces circonstances, les activités de la recourante ne pouvaient être exercées sans une autorisation formelle de l'autorité de surveillance.

#### **E. 7.4**

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il convient de constater que la recourante a accepté des dépôts du public à titre professionnel en violation de la législation en matière bancaire.

## **E. 8**

La recourante fait également valoir que les mesures retenues par l'autorité inférieure sont contraires au principe de la proportionnalité. À cet effet, elle indique entendre tout mettre en oeuvre pour l'obtention d'une autorisation bancaire. Elle ajoute avoir pris toutes les mesures en vue d'assurer une gestion optimale de ses activités, d'établir une procédure comptable journalière, de procurer par ses actionnaires les ressources financières nécessaires et d'embaucher une personne expérimentée dans le domaine bancaire pour le poste de « risk et compliance office ». En conséquence, elle estime pouvoir satisfaire aux conditions d'autorisation au point que la liquidation puis la faillite prononcées par l'autorité inférieure s'avèrent disproportionnées et contraires à la liberté économique.

### **E. 8.1**

Si des indices concrets suffisants permettent de penser qu'en violation du devoir d'information une activité soumise à autorisation est exercée sans que celle-ci n'ait été accordée, l'autorité inférieure a le pouvoir - et même le devoir - d'entreprendre les investigations nécessaires et d'adopter les mesures utiles pour rétablir l'ordre légal (ATF 126 II 111 consid. 3a, arrêt du TF 2A.119/2002 du 11 décembre 2002 consid. 2.1 ; cf. également art. 31 LFINMA). Ainsi, s'il s'avère qu'une personne physique ou morale a exercé, sans disposer de l'autorisation nécessaire, une activité couverte par les lois sur les marchés financiers et soumise à autorisation, l'autorité inférieure est autorisée à prendre des mesures pouvant aller jusqu'à l'interdiction d'exercer l'activité en cause, respectivement à la dissolution et à la liquidation de l'entité concernée (ATF 132 II 382 consid. 4.2 et les réf. cit., arrêt du TF 2C\_276/2009 du 22 septembre 2009 consid. 3.2 ; cf. également art. 37 al. 3 LFINMA) ; en cas de surendettement, la liquidation sera ordonnée selon les règles en matière de faillite bancaire (ATF 131 II 306 consid. 4.1.3, arrêt du TF 2C\_276/2009 du 22 septembre 2009 consid. 3.2). Le choix de la mesure à adopter dans une situation concrète est une question d'appréciation. L'autorité de surveillance, en tant qu'autorité spécialisée dans la surveillance des marchés financiers, jouit d'une importante marge de manoeuvre dans le choix des mesures qu'elle décide d'appliquer. Elle doit cependant se conformer aux principes généraux régissant toute activité administrative, ce qui implique notamment l'interdiction de l'arbitraire, le respect de l'égalité de traitement ainsi que des principes de la proportionnalité et de la bonne foi. La mesure choisie correspondra également aux buts essentiels de la législation sur les marchés financiers, à savoir la protection respectivement des créanciers et des investisseurs, d'une part, et la réputation de la place financière helvétique, d'autre part (ATF 135 II 356 consid. 3.1, ATF 131 II 306 consid. 3.1.2, ATF 130 II 351 consid. 2.2 ; ATAF 2008/23 consid. 3.3). En cas de surendettement d'une personne morale exerçant, sans autorisation, une activité couverte par la législation bancaire, il n'est plus nécessaire de procéder à un examen approfondi des possibilités d'assainissement de l'intermédiaire financier non autorisé (art. 28 ss LB) puisqu'il est exclu que ce dernier, à la suite du refus d'autorisation ainsi que du prononcé de la liquidation, poursuive ses activités en qualité d'intermédiaire autorisé (ATF 132 II 382 consid. 4.2, ATF 131 II 306 consid. 4.1.3, arrêt du TF 2C\_276/2009 du 22 septembre 2009 consid. 3.2). En outre, lorsque l'autorité de surveillance a constaté qu'une société accepte illégalement des dépôts du public et prononcé sa liquidation, elle garde la faculté ultérieurement, s'il existe des indices suffisants de surendettement, d'ouvrir une procédure de faillite (cf. ATF 131 II 306 consid. 4.1.3 ss). L'exécution d'une procédure de faillite tend au désintéressement égalitaire de l'ensemble des créanciers dès qu'il existe des doutes quant au recouvrement total des

créances. Il convient de la sorte de ne pas se montrer trop exigeant pour la reconnaissance du surendettement et d'évaluer avec précaution les avoirs et les prétentions de la société débitrice (cf. ATF 131 II 306 consid. 4.1.3 ; arrêt du TAF B-4409/2008 du 27 janvier 2010 consid. 8.4).

### **E. 8.2**

En l'espèce, une autorisation subséquente relative aux activités de la recourante par l'autorité inférieure n'entre en considération que si celle-ci démontre être en mesure de satisfaire aux exigences relatives au capital minimal, à l'organisation adéquate ainsi qu'à la garantie de l'activité irréprochable (art. 3 al. 2 lit. a à c LB ; cf. ATF 132 II 382 consid. 7.1, ATF 131 II 306 consid. 3.3). À cet égard, il n'appartient pas à l'autorité inférieure de rechercher si la recourante serait en mesure de satisfaire aux conditions légales en vue d'une autorisation ; en effet, le fardeau de l'allégation et de la preuve incombe à la recourante (cf. arrêt du TAF B-4409/2008 du 27 janvier 2010 consid. 8.2). Or, à ce jour, la recourante, quoiqu'elle prétende vouloir disposer d'une autorisation bancaire, n'a déposé aucune demande formelle en ce sens dans le délai prévu par la loi (art. 62a al. 2 OB). Elle n'a par ailleurs nullement démontré sa capacité à satisfaire dans un avenir proche aux exigences de la législation bancaire. Au contraire, bien que les actionnaires se soient engagés à augmenter le capital-actions de plusieurs millions de francs, la recourante ne dispose pas à ce jour matériellement du capital requis et - au vu du rapport des chargés d'enquête (cf. consid. 7.2 et 7.3) - elle témoigne de déficiences importantes en termes d'organisation et de comptabilité. De plus, il paraît douteux - eu égard aux révélations intervenues lors de la procédure d'enquête - que ses organes et actionnaires satisfassent à la garantie d'une activité irréprochable. En effet, F. \_\_\_\_\_ serait, selon la presse (cf. pièces C 208-216 du dossier de première instance), accusé de fraude aux États-Unis alors que B. \_\_\_\_\_ aurait continué à offrir des services de négoce en devises en insoumission aux décisions de l'autorité de surveillance (cf. pièces C 217 et 234 du dossier de première instance). Dans ces circonstances, une autorisation subséquente relatives aux activités de la recourante ne saurait être envisagée.

### **E. 8.3**

S'agissant de l'établissement de la situation financière de la recourante, c'est à juste titre qu'elle a été arrêtée à la valeur de liquidation vu que l'octroi d'une autorisation subséquente n'entre pas en considération (cf. consid. 8.2). Selon la jurisprudence, il y a surendettement lorsqu'il résulte du bilan intermédiaire que les créances des créanciers de la société ne sont plus couvertes (ATF 131 II 306 consid. 4.3.1). En l'espèce, les comptes de la recourante au 31 décembre 2008, établis par une société externe, laissent apparaître un surendettement à hauteur de Fr. 10'342'127.- à la valeur de liquidation (cf. pièces C 17 ss du dossier de première instance). Il a été tenu compte, par la constitution de provisions, des prétentions de clients de la société, notamment ceux dont les données ont été effacées. La recourante avance quant à elle que ces prétentions sont sans fondement de sorte que le rapport relatif à sa situation financière ne reflète pas la réalité. À ce sujet, il ne suffit pas à la recourante de contester une prétention pour que celle-ci ne soit pas prise en considération. Cela étant, la question du bien-fondé de la constitution de ces provisions - s'élevant selon le rapport de la société externe mandatée à Fr. 8'531'717.- - peut rester indécise dès lors que même si on en fait abstraction, la recourante présenterait malgré tout, au 31 décembre 2008, un surendettement à hauteur de plus de Fr. 1,8 millions à la valeur de liquidation. Nonobstant, il sied de relever que ces provisions paraissent pour le moins justifiées puisque, depuis

l'ouverture de la faillite, des créances ont été produites par les clients de la recourante pour un montant supérieur à USD 77 millions sans compter les productions de nature commerciale. Dans ces circonstances, il n'y pas lieu de critiquer l'autorité inférieure lorsque, à la lecture des pièces du dossier et compte tenu des évaluations prudentes auxquelles il faut procéder dans l'intérêt des créanciers, elle a considéré qu'il existait un danger concret de surendettement.

#### **E. 8.4**

La recourante fait également valoir que sa liquidation par la voie de la faillite contreviendrait au principe de la proportionnalité ainsi qu'à la liberté économique.

##### **E. 8.4.1**

Selon la jurisprudence, le principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.) se compose traditionnellement des règles d'aptitude - qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé -, de nécessité - qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés - et de proportionnalité au sens étroit - qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et sur le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public - (ATF 130 II 425 consid. 5.2, ATF 128 II 292 consid. 5.1, ATF 125 I 474 consid. 3 et la jurisprudence citée). En l'espèce, il a été démontré à l'envi que l'octroi d'une autorisation bancaire subséquente ne se révélait pas envisageable (cf. consid. 8.2) et qu'on ne saurait reprocher à l'autorité inférieure d'avoir considéré qu'il existait un risque concret de surendettement de la recourante (cf. consid. 8.3). Par conséquent, dans de telles circonstances, le choix de la FINMA de prononcer la faillite s'avère pleinement conforme au principe de la proportionnalité, aucune autre mesure n'étant à même de rétablir l'ordre légal.

##### **E. 8.4.2**

S'agissant de la prétendue violation de la liberté économique invoquée par la recourante, il sied de constater que cette dernière ne motive pas plus avant son grief. En effet, elle se contente d'alléguer que la décision entreprise constitue une atteinte inadmissible à sa liberté économique garantie par l'art. 27 Cst. sans démontrer que l'interdiction d'acceptation de dépôts du public à défaut d'autorisation expresse serait dépourvue de base légale, ne serait pas justifiée par un intérêt public prépondérant ni se limiterait à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis. Nonobstant, il convient de souligner que la législation en matière de marchés financiers vise un intérêt public, à savoir la protection respectivement des créanciers et des investisseurs, d'une part, et la réputation de la place financière helvétique, d'autre part (cf. consid. 8.1), de sorte que l'obligation d'obtenir une autorisation pour l'acceptation de dépôts du public constitue une mesure de police admissible au regard du droit constitutionnel (cf. également art. 95 al. 1 Cst.). En outre, cette obligation repose sur une base légale formelle claire (l'art. 3 LB) et se révèle nécessaire ainsi que proportionnée en vue d'atteindre les objectifs visés par la loi (cf. arrêt du TAF B-7798/2008 du 2 juin 2009 consid. 8.1). Mal fondé et insuffisamment motivé, le grief doit donc être rejeté dans la mesure où il est recevable.

#### **E. 8.5**

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, force est de constater que c'est à juste titre que l'autorité inférieure a prononcé la faillite de la recourante.

#### **E. 9**

La recourante se prévaut enfin que la décision entreprise reposerait sur une appréciation arbitraire des faits. De jurisprudence constante, une décision est arbitraire, au sens de l'art. 9 Cst., lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou encore heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable ; encore faut-il que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat. A cet égard, il convient de ne s'écarter de la solution retenue que si celle-ci apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motif objectif et en violation d'un droit certain. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution paraît également concevable, voire même préférable (ATF 132 III 209 consid. 2.1, ATF 131 I 57 consid. 2, ATF 129 I 8 consid. 2.1). En l'espèce, comme il a été démontré ci-dessus, la recourante a accepté des dépôts du public à titre professionnel sans disposer d'une licence bancaire (cf. consid. 7) et n'est pas en mesure de déposer une demande à cet effet (cf. consid. 8.2). Il a par ailleurs été constaté qu'elle se trouvait en situation de surendettement (cf. consid. 8.3). Dans ces circonstances, on ne saurait reprocher un quelconque arbitraire à l'autorité inférieure lorsqu'elle a prononcé la faillite de recourante.

#### **E. 10**

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours du 10 juin 2009 doit être rejeté.

#### **E. 11**

Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 1ère phrase et 4 FITAF). Lorsqu'une procédure devient sans objet, les frais sont en règle générale mis à la charge de la partie dont le comportement a occasionné cette issue (art. 5 1ère phrase FITAF). En l'espèce, les frais sont fixés à Fr. 8'000.- pour les deux procédures jointes compte tenu de la valeur litigieuse - laquelle ne peut cependant pas facilement être évaluée - des deux décisions incidentes rendues en relation avec les mesures provisionnelles ainsi que de l'ampleur et de la difficulté de la cause. Par ailleurs, dans la mesure où la recourante a accepté des dépôts du public en violation de la législation bancaire et se trouvait en situation de surendettement, c'est à juste titre que la FINMA a prononcé la faillite (cf. consid. 7 et 8). En conséquence, c'est le comportement de la recourante qui a provoqué l'issue de la procédure relative au recours du 23 mars 2009. De plus, elle a succombé dans l'ensemble de ses conclusions s'agissant du recours du 10 juin 2009. En conséquence, les frais de procédure doivent être intégralement mis à sa charge. Ils seront prélevés sur l'avance de frais de Fr. 8'000.- d'ores et déjà versée par la recourante. Vu l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 PA).