

# **BVGer B-3446/2014 vom 14. August 2015**

Bundesverwaltungsgericht, 2015-08-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3446\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3446_2014)

FR: TAF B-3446/2014 du 14 août 2015

IT: TAF B-3446/2014 del 14 agosto 2015

## **Regeste**

Surveillance des marchés financiers (divers)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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

#### **E. 1.1**

À teneur des art. 31 et 33 let. e LTAF en relation avec l'art. 54 al. 1 LFINMA (RS 956.1), le Tribunal administratif fédéral est compétent pour juger des recours contre les décisions rendues par la FINMA. À cet égard, les actes attaqués constituent des décisions au sens de l'art. 5 al. 1 PA. Le Tribunal de céans peut donc connaître de la présente affaire.

#### **E. 1.2**

En vertu de l'art. 58 al. 1 PA, l'autorité inférieure peut procéder à un nouvel examen de la décision attaquée. L'autorité de recours continue à traiter le recours, dans la mesure où la nouvelle décision de l'autorité inférieure ne l'a pas rendu sans objet (art. 58 al. 3 PA). Par décision du 18 septembre 2014, la FINMA a annulé le retrait de l'autorisation prononcé à l'encontre de la recourante par décision du 23 mai 2014 ; pour le reste, elle a maintenu les frais de la procédure à la charge de celle-ci. Dans la mesure où la recourante contestait également le fait qu'elle avait à supporter les frais de la procédure et qu'elle a réitéré ce grief dans ses déterminations du 9 octobre 2014, le recours du 20 juin 2014 n'est pas entièrement devenu sans objet. En tant qu'il porte sur un litige déjà pendant devant le Tribunal de céans, le recours du 9 octobre 2014 est, quant à lui, irrecevable (cf. ATF 125 V 345 consid. 1 ; arrêt du TAF A-1344/2011 et A-3285/2011 du 26 septembre 2011 consid. 1.3), mais peut être pris en considération à titre d'observations dans la procédure en cours ce d'autant plus qu'il a été également produit à ce titre.

#### **E. 1.3**

La recourante, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteinte par la décision attaquée - dans la mesure où les frais de la procédure d'enforcement y sont mis à sa charge - 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).

#### **E. 1.4**

Les dispositions relatives au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (art. 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont en

autre respectées.

## **E. 2**

L'objet du litige se limite à savoir si c'est à juste titre que la FINMA a mis les frais de la procédure à la charge de la recourante. En vertu de l'art. 15 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase LFINMA, la FINMA perçoit des émoluments pour chaque procédure de surveillance et pour les prestations qu'elle fournit. Chargé de régler les modalités (art. 15 al. 4 LFINMA), le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA du 15 octobre 2008 (Oém-FINMA, RS 956.122). Selon l'art. 5 Oém-FINMA, est notamment tenue de payer des émoluments toute personne qui provoque une décision (let. a) ou une procédure de surveillance qui ne débouche pas sur une décision ou qui est classée (let. b). Se pose ainsi la question de savoir si la recourante a provoqué la procédure.

## **E. 3**

La FINMA est chargée de surveiller les marchés financiers régis par les différentes lois sur les marchés financiers dont la LPCC (art. 1 let. c LFINMA). Lorsqu'un assujetti enfreint l'une de ces lois ou si d'autres irrégularités sont constatées, elle veille au rétablissement de l'ordre légal en prenant les mesures nécessaires (art. 31 LFINMA ; cf. ATF 136 II 43 consid. 3.1). Elle dispose à cet effet d'une importante marge de manoeuvre (cf. ATF 135 II 356 consid. 3.1 ; arrêt du TF 2C\_565/2010 du 14 avril 2011 consid. 4.1). Elle est tenue cependant de 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 les principes de la proportionnalité et de la bonne foi (cf. ATAF 2010/39 consid. 7 et les réf. cit.). En vertu de l'art. 37 al. 1 LFINMA, la FINMA retire l'autorisation d'exercer, la reconnaissance, l'agrément ou l'enregistrement d'un assujetti, si celui-ci ne remplit plus les conditions requises ou s'il viole gravement le droit de la surveillance ; elle doit toutefois préalablement examiner s'il ne lui est pas possible de prononcer une mesure moins sévère (cf. Message du Conseil fédéral du 1<sup>er</sup> février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741, 2796).

### **E. 3.1**

La LPCC s'applique entre autres aux placements collectifs suisses et aux personnes qui les administrent, les gardent ou les distribuent (art. 2 al. 1 let. a LPCC) ainsi qu'aux personnes qui administrent des placements collectifs étrangers en Suisse ou à partir de la Suisse (art. 2 al. 1 let. c LPCC). Lorsqu'il est soumis à la LPCC, le gestionnaire de placements collectifs doit obtenir une autorisation de la FINMA (art. 13 al. 1 et al. 2 let. f LPCC). En vertu de l'art. 2 al. 2 let. h LPCC, ne sont en particulier pas soumis à cette loi les gestionnaires de placements collectifs de capitaux dont les investisseurs sont qualifiés au sens de l'art. 10, al. 3, 3bis ou 3ter LPCC et qui remplissent l'une des conditions mentionnées aux ch. 1 à 3 de l'art. 2 al. 2 let. h LPCC, notamment lorsque les valeurs patrimoniales qu'ils administrent y compris celles financées par effet de levier, n'excèdent pas 100 millions de francs (art. 2 al. 2 let. h ch. 1 LPCC). Ils peuvent cependant s'assujettir volontairement à la loi si la législation du pays dans lequel le placement collectif est constitué ou distribué l'exige (art. 2 al. 2bis 1<sup>ère</sup> phrase LPCC), le Conseil fédéral étant chargé de régler les modalités (art. 2 al. 2bis 2<sup>ème</sup> phrase LPCC). Dans son ordonnance du 22 novembre 2006 sur les placements collectifs de capitaux (OPCC, RS 951.311), le Conseil fédéral a précisé que, afin de pouvoir présenter une demande d'autorisation à la FINMA, il était notamment nécessaire que le droit suisse ou le droit étranger applicable prévoie que la gestion de placements collectifs ne

puisse être déléguée qu'à un gestionnaire de placements collectifs soumis à surveillance (art. 1c al. 1 let. b OPCC) ; ce dernier doit en outre avoir son siège en Suisse et répondre aux mêmes conditions d'autorisation qu'un gestionnaire de placements collectifs tenu de demander une autorisation (art. 1c al. 1 let. a et al. 2 OPCC).

### **E. 3.2**

Lors de son introduction, la LPCC n'imposait pas aux gestionnaires de placements collectifs étrangers d'obtenir une autorisation mais prévoyait un tel assujettissement sur base volontaire (ancien art. 13 al. 4 LPCC, abrogé par la modification du 28 septembre 2012 avec effet au 1er mars 2013 ; RO 2013 585). Cet assujettissement volontaire se limitait toutefois aux cas où la législation étrangère requérait une surveillance et où le placement collectif étranger de capitaux était soumis à une surveillance comparable à celle de la Suisse, ces conditions ainsi que l'autorisation visant à réduire le risque de réputation de la place financière suisse (cf. Message du Conseil fédéral du 23 septembre 2005 concernant la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux, FF 2005 5993, en particulier 6025 [ci-après : Message LPCC]) ; le Message LPCC précisait en outre que les gestionnaires de fortune qui créent des placements collectifs pour leur clientèle privée dans des centres extraterritoriaux afin de bénéficier d'un cadre légal et fiscal plus avantageux qu'en Suisse ne pourront pas obtenir ce label de surveillance. Par la modification du 28 septembre 2012 de la LPCC, l'assujettissement a été étendu aux gestionnaires de placements collectifs étrangers (art. 2 al. 1 let. c LPCC ; cf. Message du Conseil fédéral du 2 mars 2012 relatif à la modification de la loi sur les placements collectifs de capitaux [LPCC], FF 2012 3383, 3387 [ci-après : Message modification LPCC]). L'art. 2 al. 2 let. h LPCC a été introduit à cette occasion ; les gestionnaires visés à cet article se sont vu cependant eux aussi octroyer la possibilité, sous certaines conditions, de s'assujettir à la LPCC et d'obtenir une autorisation (cf. supra consid. 3.1). Même si cela ne ressort pas explicitement du texte de la loi ou des travaux préparatoires, il convient d'admettre que, comme cela fut précédemment le cas pour les gestionnaires de fonds de placement étrangers (cf. Message modification LPCC, p. 3387), l'assujettissement volontaire prévu répond à des considérations en matière de compétitivité et non à des nécessités d'ordre prudentiel. Cette possibilité se trouve en effet soumise à la même condition qui valait pour les gestionnaires de fonds de placement étrangers, à savoir que le droit applicable rende un assujettissement obligatoire. En revanche, il découle clairement de l'art. 2 al. 2bis LPCC ainsi que des débats parlementaires (cf. notamment BO 2012 E 549) que cette option ne se présente que dans les cas de figure précités. Une pratique trop large en matière d'octroi des autorisations s'avérerait d'ailleurs incompatible avec la protection des investisseurs et de la réputation de la place financière suisse en tant qu'objectifs poursuivis par la législation sur les marchés financiers. Il s'ensuit que faute de gérer un fonds de placement soumis à la LPCC, personne ne peut prétendre à une autorisation de la FINMA en qualité de gestionnaire au sens de cette loi.

### **E. 3.3**

L'autorisation en tant que gestionnaire de fonds de placements collectifs constitue une autorisation de police. Le requérant dispose d'un droit à son obtention s'il en remplit les conditions (cf. Frick/Häusermann, in : Watter & al., Basler Kommentar Kollektivanlagengesetz, 2009, ch. 8 ad art. 13 ; Jutzi/Schären, Grundriss des schweizerischen Kollektivanlagenrechts, 2014, p. 442). Celles-ci devant toutefois être respectées en tout temps, la fin du mandat de gestion entraîne la perte de l'autorisation si le gestionnaire ne remédie pas à la situation (art. 37 al. 1 LFINMA en relation avec l'art. 133

al. 2 LPCC ; cf. ancien art. 134 al. 1 LPCC en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008 ; Frick/Häusermann, op. cit., ch. 4 ad art. 13). Un défaut temporaire ne doit pas nécessairement aboutir au retrait ; l'assujetti doit en principe pouvoir bénéficier, en vertu du principe de la proportionnalité, d'un délai raisonnable afin de rétablir un état conforme au droit.

#### **E. 4**

En l'espèce, constatant que la recourante ne gérait plus de placements collectifs nécessitant une autorisation depuis la liquidation du fonds B.\_\_\_\_\_, la FINMA l'a invitée à régulariser sa situation faute de quoi elle devrait renoncer à l'autorisation dont elle disposait. Selon l'autorité inférieure, les autres placements collectifs gérés par la recourante s'adressaient à des investisseurs qualifiés et ne permettaient pas d'obtenir ou de garder l'autorisation. La recourante ne conteste pas ce constat mais reproche à la FINMA d'avoir prononcé le retrait de manière hâtive en violation des principes de la proportionnalité, de la légalité et de la confiance, qualifiant en outre la décision d'arbitraire.

#### **E. 4.1**

S'agissant des conditions de l'autorisation, il appert en effet que les placements collectifs de droit caïmanais dont la recourante est gestionnaire s'adressent à des investisseurs qualifiés et que les avoirs gérés ne dépassent pas le montant de 100 millions de francs. Par conséquent, la recourante correspond à la catégorie de gestionnaires cités à l'art. 2 al. 2 let. h ch. 1 LPCC auxquels cette loi ne s'applique pas. Elle ne peut s'assujettir à titre volontaire attendu que le droit caïmanais n'impose pas aux gestionnaires de placements collectifs d'être soumis à surveillance (cf. courrier de l'organe de révision du 13 septembre 2013). Dès lors, la liquidation du fonds précité la privait de l'une des conditions nécessaires à l'autorisation. Il convient de relever que, contrairement à son devoir d'informer (art. 139 al. 2 LPCC et art. 29 al. 2 LFINMA) et à l'exigence expresse de la FINMA dans la décision d'octroi du 5 mai 2010 (ch. 4 du dispositif) de l'informer de tout fait pertinent en lien avec l'autorisation, la recourante n'a pas spontanément communiqué la fin du mandat de gestion du fonds B.\_\_\_\_\_. Partant, l'ouverture d'une procédure d'abord informelle puis, dès le 14 janvier 2014, d'une procédure d'enforcement s'avère conforme au devoir de surveillance de la FINMA en vertu de l'art. 31 LFINMA et justifiée compte tenu des circonstances.

#### **E. 4.2.1**

La FINMA a invité la recourante le 4 septembre 2013 à établir qu'elle allait prochainement gérer un fonds de droit luxembourgeois. Selon les indications fournies le 7 octobre 2013 par la société mandatée pour la mise sur pied du fonds, celui-ci devait en principe être autorisé dans les 3 à 4 mois suivants. Ce pronostic ne s'est pas vérifié. Dans leurs communications ultérieures, la recourante ainsi que ses représentants au Luxembourg ont certes tenu la FINMA au courant des développements de la procédure d'autorisation de la SICAV mais sans pouvoir en indiquer le terme de manière précise ; compte tenu du temps écoulé depuis la liquidation, fin 2012 déjà, du seul fonds permettant à A.\_\_\_\_\_ SA de prétendre à l'autorisation - ce dont elle a omis d'informer la FINMA contrairement à ce que disposait la décision du 5 mai 2010 - ainsi que de l'incertitude demeurant quant à la durée d'examen jusqu'à l'agrément de la SICAV par la CSSF comme cela ressort des courriers des 19 mars et 23 avril 2014, la FINMA pouvait légitimement considérer que la situation irrégulière ne devait pas être tolérée plus longtemps et prononcer le retrait de l'autorisation sans attendre l'échéance des quatre mois mentionnés par les avocats de la recourante au Luxembourg

dans leur courrier du 6 février 2014 ; à titre de rappel, les premières indications fournies à la FINMA laissaient entendre que l'autorisation du fonds devrait intervenir au début de 2014. Dans ces circonstances, il appartenait à la recourante de faire preuve de suffisamment de diligence et de veiller au rétablissement des conditions d'autorisation le plus rapidement possible, par exemple en s'attelant plus tôt à la mise sur pied d'un nouveau fonds. Pour ce qui est des échanges de courriers intervenus après la décision, il appert que, contrairement aux allégués de la recourante, les documents produits les 22 mai et 3 juin 2014 ne prouvaient pas que le fonds avait définitivement été autorisé. En effet, selon l'art. 43 de la loi luxembourgeoise du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés (cf. [http://www.cssf.lu/fileadmin/files/Lois\\_reglements/Legislation/Lois/L\\_130207\\_FIS\\_upd120713.pdf](http://www.cssf.lu/fileadmin/files/Lois_reglements/Legislation/Lois/L_130207_FIS_upd120713.pdf), dernière visite le 23 juillet 2015), l'inscription dans la liste des fonds agréés vaut agrément. Or, il ressort de l'avis de fin d'examen du 14 mai 2014 que la CSSF demandait la production de pièces complémentaires en vue de finaliser le processus d'agrément ; dans le courriel du 22 mai 2014, il est simplement indiqué que le projet était approuvé et la constitution du fonds autorisée mais non que ce dernier avait reçu l'agrément. L'acte notarié de constitution de la SICAV n'établit pas non plus que celle-ci a été agréée par la CSSF. La FINMA n'avait ainsi pas de motif, à ce stade, de procéder à un réexamen de la décision du 23 mai 2014 avant de recevoir le prospectus du fonds visé par la CSSF ainsi que la copie de la lettre de celle-ci du 10 juillet 2014 annonçant qu'elle avait décidé d'inscrire le fonds dans la liste officielle. Certes, les avocats de la recourante au Luxembourg déclarent dans leur courrier du 19 juin 2014 que l'avis de fin d'examen vaut décision finale et que l'inscription n'a qu'une portée déclarative ; cependant, d'une part, la recourante n'a produit ce courrier que le 20 juin 2014, en annexe de son recours ; d'autre part, ces explications se trouvent en contradiction manifeste avec le contenu de l'avis de fin d'examen - qui retient uniquement que la phase de l'examen du dossier était clôturée tout en requérant les documents constitutifs nécessaires en vertu de l'art. 42 al. 2 de la loi luxembourgeoise précitée - ainsi qu'avec la lettre du 10 juillet 2014 dans laquelle la CSSF déclare qu'elle a décidé d'inscrire la SICAV sur la liste officielle, cette inscription valant agrément comme expliqué plus haut et constituant un prérequis à l'exercice des activités d'un fonds en vertu de l'al. 1 de l'art. 42 susmentionné.

#### **E. 4.2.2**

Comme il a été expliqué plus haut, l'autorisation en tant que gestionnaire consiste en une autorisation de police ; la comparaison que la recourante tente d'établir avec une concession ne lui est ainsi d'aucun secours ; en particulier, l'autorisation de police ne confère aucun droit acquis (cf. arrêts du TF 2C\_881/2013 du 18 février 2014 consid. 5.3 et 2C\_881/2013 du 18 février 2014 consid. 3) et doit être retirée lorsque les conditions n'en sont plus remplies (cf. supra consid. 3.3). Les reproches de la recourante s'agissant de la mauvaise interprétation de la LPCC par la FINMA ainsi que de la violation du principe de la légalité et de l'interdiction de l'arbitraire se révèlent donc infondés.

#### **E. 4.2.3**

S'agissant de la proportionnalité, la mesure de retrait décidée par la FINMA s'avère appropriée et nécessaire au rétablissement de l'ordre légal puisque la recourante ne respectait plus l'une des conditions d'autorisation, qu'elle n'est pas parvenue à la restaurer dans un délai raisonnable et qu'aucune autre mesure portant une moindre atteinte à ses intérêts ne permettait de remédier à la situation irrégulière. Cela étant, sous l'aspect de la nécessité, on peut se demander s'il est opportun de conclure automatiquement à la caducité

définitive d'une autorisation en tant que distributeur en raison de l'octroi à la même personne d'une autorisation en tant que gestionnaire - comme l'a fait la FINMA dans sa décision du 5 mai 2010 - ce qui entraîne comme conséquence que le retrait de cette dernière la prive de toute autorisation même lorsqu'elle remplit comme auparavant les conditions pour l'obtention de la première. Quoiqu'il en soit, cette question peut demeurer ouverte car elle ne se révèle pas pertinente en l'occurrence ; le litige ne porte en effet plus que sur le bien-fondé de l'intervention de la FINMA et des frais qui en découlent. Or, ladite intervention a été provoquée par le fait que la recourante ne remplissait plus les conditions de l'autorisation en tant que gestionnaire de placements collectifs ; elle avait en outre été avertie de la caducité de l'autorisation en qualité de distributeur dans la décision du 5 mai 2010 (ch. 3 du dispositif). Enfin, compte tenu de la durée du manquement constaté et de la possibilité de déposer une nouvelle demande une fois les conditions remplies afin d'obtenir l'autorisation ou, comme en l'espèce, la reconsidération de la décision de retrait, la mesure prononcée respecte aussi la proportionnalité au sens étroit. À cet égard, contrairement à ce que la recourante allègue, elle ne se trouvait pas dans l'obligation de cesser ses activités puisqu'elle pouvait gérer des fonds n'entraînant pas l'assujettissement à la LPCC, ce qu'elle a d'ailleurs fait en lien avec les fonds de droit caïmanais. Pour le reste, on ne voit pas en quoi la FINMA aurait violé le principe de la confiance ; la recourante ne l'explique d'ailleurs pas.

#### **E. 4.3**

Il s'avère ainsi indéniable que la recourante a provoqué l'ouverture de la procédure. Elle est également responsable de sa poursuite et de sa conclusion attendu qu'elle n'est pas parvenue assez rapidement à rétablir une situation conforme à l'ordre légal. Partant, elle doit en supporter les frais. Quant au montant de ceux-ci, 14'000 francs, il s'avère conforme aux art. 5 al. 1 let. a et 8 Oém-FINMA en relation avec l'art. 15 FINMA (cf. arrêt du TAF B 5087/2010 du 1er mars 2011 consid. 3) et n'est pas exagéré compte tenu de la durée de même que de l'ampleur de la procédure, en particulier des nombreux échanges d'écritures ainsi que de la séance du 14 janvier 2014.

#### **E. 5**

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, ne relève pas d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

#### **E. 6**

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 FITAF). En l'espèce, la recourante a succombé dans l'ensemble de ses conclusions subsistant après la reconsidération de la FINMA de sa décision du 23 mai 2014. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à 3'500 francs, doivent être intégralement mis à sa charge. Ils seront prélevés sur l'avance de frais de 5'000 francs déjà versée par la recourante et le solde lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt. Vu l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des

dépens (art. 64 PA).

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