

BVGer B-4559/2018 vom 30. Januar 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-01-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4559_2018

FR: TAF B-4559/2018 du 30 janvier 2019

IT: TAF B-4559/2018 del 30 gennaio 2019

Regeste

Acte illicite (LB, LBVM, LPCC)

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. L'acte du 5 juillet 2018 constituant une décision incidente notifiée séparément, elle peut en vertu de l'art. 46 al. 1 PA faire l'objet d'un recours si elle est susceptible de causer un préjudice irréparable (let. a) ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (let. b). Attendu que les frais occasionnés par l'engagement d'un chargé d'enquête sont à la charge de l'assujetti (art. 36 al. 4 1^e phrase LFINMA) et qu'ils doivent en principe être supportés par l'assujetti même si le soupçon initial ne devait pas être confirmé (cf. arrêt du TAF B-7409/2016 du 3 avril 2018 consid. 2.2), il convient de conclure que cette situation est susceptible de causer à la recourante un préjudice irréparable (cf. arrêt du TF 2A.320/2001 du 5 décembre 2001 consid. 1b ; arrêt du TAF B-6886/2015 du 21 mars 2016 consid. 1.3). Le Tribunal de céans peut donc connaître de la présente affaire.

E. 1.2

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).

E. 1.3

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 outre respectées. Le recours est ainsi recevable.

E. 2

Si, dans le cadre de la surveillance qu'elle exerce conformément aux lois sur les marchés financiers dont la LBA (art. 6 al. 1 en relation avec art. 1 al. 1 let. f LFINMA), la FINMA apprend que les prescriptions légales sur les marchés financiers ont été enfreintes ou si elle constate d'autres irrégularités, elle prend les mesures nécessaires au rétablissement de

l'ordre légal (art. 31 LFINMA). Elle dispose à cet égard d'une importante marge de manoeuvre mais doit 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. ATF 135 II 356 consid. 3.1). À titre de mesure, la FINMA peut, en vertu de l'art. 36 al. 1 LFINMA, charger un spécialiste indépendant (chargé d'enquête) d'effectuer une enquête dans l'établissement d'un assujetti pour élucider un fait relevant de la surveillance ou pour mettre en oeuvre les mesures de surveillance qu'elle a ordonnées. À cet effet, il n'est pas nécessaire qu'une violation de la loi ait déjà été constatée : il suffit qu'il existe des indices objectifs à cet égard et que seuls la nomination d'un chargé d'enquête ou un contrôle sur place permettent de définitivement élucider les faits. L'irrégularité à laquelle la FINMA doit remédier réside dans l'incertitude de la situation initiale qu'il convient de dissiper grâce à la nomination d'un chargé d'enquête (cf. ATF 137 II 284 consid. 4.2.1 s.). Les frais occasionnés par l'engagement d'un chargé d'enquête sont à la charge de l'assujetti. À la demande de la FINMA, celui-ci verse une avance de frais (art. 36 al. 4 LFINMA). Comme pour les frais de procédure (cf. infra consid. 2.3), les coûts générés par l'intervention du chargé d'enquête doivent être supportés par l'assujetti même si le soupçon initial ne devait pas être confirmé (cf. arrêt du TAF B-6737/2014 du 17 février 2016 consid. 7.1 et les réf. cit.). La FINMA a le droit et le devoir de vérifier le bien-fondé des honoraires et de les censurer s'ils s'avèrent excessifs (cf. arrêt du TF 2A.119/2002 du 11 décembre 2002 consid. 3.1.1). S'il devait néanmoins s'avérer que le chargé d'enquête a été nommé en l'absence de tout soupçon raisonnable de l'existence d'une irrégularité, les frais de celui-ci devront en principe être supportés par la FINMA (cf. arrêt du TAF B 422/2015 du 8 décembre 2015 consid. 3.3.2 ; Rapport de la Commission fédérale des banques "Mandataires de la CFB", mars 2008, p. 19).

E. 3

La recourante reproche à la FINMA une constatation inexacte et incomplète des faits lorsque celle-ci la considère comme la continuation de E._____ et D._____ comme organe de fait. La constatation des faits est incomplète au sens de l'art. 49 let. b PA 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 ; sont déterminants au sens de la disposition précitée les faits décisifs pour l'issue du litige (cf. arrêt du TAF B-921/2015 du 1er juin 2015 consid. 3.1 et les réf. cit.). S'agissant de la relation entre E._____ et elle, la recourante conteste la constatation de la FINMA selon laquelle elle aurait été fondée comme filiale de E._____ et se qualifie comme une société nouvelle n'ayant aucun rapport avec cette dernière. Dans sa décision, la FINMA a relevé que la recourante avait repris certains clients de E._____ et lui fournissait également des prestations administratives ; elle a estimé qu'il ne pouvait être exclu que la recourante exerce ou ait exercé des activités soumises à la LBA ou qu'elle ait repris une part de l'activité pour laquelle E._____ avait été condamnée par (...). Les constatations de la FINMA sont correctes : la recourante admet avoir repris certains clients de E._____ ; elle lui a également fourni des services (cf. arrêt du TAF B-7409/2016 du 3 avril 2018 consid. 4.3.4 qui concerne les activités de E._____). Il existe au demeurant d'autres rapports incontestables entre les deux sociétés - même actionnaire, en partie mêmes collaborateurs, même adresse à un moment donné. Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas critiquable

que la FINMA établisse un lien entre elles. La question de savoir si la recourante a pu reprendre également des activités litigieuses de E. _____ doit justement être clarifiée grâce à l'enquête. Il n'est en revanche pas décisif, et partant pas déterminant, d'établir si la recourante a été effectivement fondée comme filiale de E. _____. Quant à la possibilité que D. _____ puisse être considéré comme organe de fait, elle ne relève pas de la constatation des faits mais constitue une appréciation par l'autorité du rôle joué par celui-ci, sur laquelle il sera revenu plus loin. Il appert dès lors que le grief de la recourante portant sur la constatation des faits doit être rejeté.

E. 4

La recourante déclare ensuite que la nomination d'un chargé d'enquête contrevient au principe de la proportionnalité ; elle estime avoir répondu aux questions posées par la FINMA, explique avoir proposé à celle-ci de discuter des points encore en suspens lors d'une séance, relève qu'elle n'avait plus que (...) relations d'affaires et déclare que l'intervention de la chargée d'enquête entraînerait pour elle des frais considérables. Pour sa part, la FINMA explique que, sur la base des indices à sa disposition, elle se devait de faire la lumière sur le respect par la recourante de ses obligations prudentielles ; l'attribution à cette fin d'un mandat à un tiers indépendant constituait une mesure adéquate respectant le principe de la proportionnalité. Elle rappelle en outre qu'à l'instar des frais de procédure, les coûts du chargé d'enquête ne seront mis à charge de l'assujetti que par la décision mettant un terme à la procédure, contre laquelle il peut être fait recours.

E. 4.1

Se pose ainsi d'abord la question de savoir si certains aspects des activités de la recourante appellent des éclaircissements rendant nécessaire une intervention complémentaire (cf. infra consid. 4.2). Il sera ensuite examiné dans une seconde étape si la nomination d'une chargée d'enquête à cette fin respecte le principe de la proportionnalité (cf. infra consid. 4.3). En tant qu'intermédiaire financier, la recourante doit respecter les obligations de diligence en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (art. 3 ss LBA) dont celle d'identifier l'ayant droit économique d'une relation d'affaires (art. 4 LBA) et d'établir et de conserver des documents (art. 7 LBA). Elle doit également, à titre d'obligation de diligence particulière, clarifier l'arrière-plan et le but d'une transaction ou d'une relation d'affaires lorsque celles-ci comportent un risque accru (art. 6 al. 2 let. c LBA). L'intermédiaire financier fixe des critères signalant la présence de risques accrus : selon le domaine d'activité de l'intermédiaire financier, entre notamment en considération à titre de critère la complexité des structures, particulièrement en cas d'utilisation de sociétés de domicile (art. 13 al. 1 et 2 let. h OBA-FINMA). L'intermédiaire financier fixe également des critères de détection des transactions comportant des risques accrus (art. 14 al. 1 OBA-FINMA). En cas de relations d'affaires ou de transactions comportant des risques accrus, l'intermédiaire financier entreprend, dans une mesure proportionnée aux circonstances, des clarifications complémentaires. Selon les circonstances, il y a lieu d'établir notamment à quelle fin les valeurs patrimoniales prélevées sont utilisées et l'arrière-plan économique des versements entrants importants et si ceux-ci sont plausibles (art. 15 al. 1 et al. 2 let. c et d OBA-FINMA). L'intermédiaire financier veille à la mise en place d'une surveillance efficace des relations d'affaires et des transactions et assure ainsi la détection des risques accrus (art. 20 al. 1 OBA-FINMA). S'agissant de l'obligation de documentation, l'intermédiaire financier doit établir des documents relatifs aux transactions effectuées ainsi qu'aux clarifications requises en vertu de la LBA de manière que des tiers experts en la

matière puissent se faire une idée objective sur les transactions et les relations d'affaires ainsi que sur le respect des dispositions de la LBA (art. 7 al. 1 LBA). Cette exigence est précisée à l'art. 22 al. 1 OBA-FINMA selon lequel l'intermédiaire financier établit, organise et conserve sa documentation de manière à ce que notamment la FINMA (let. a) et un chargé d'enquête nommé par elle conformément à l'art. 36 LFINMA (let. c) puissent se faire dans un délai raisonnable une opinion fiable sur le respect des obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Afin de se voir octroyer une autorisation en tant qu'intermédiaire financier directement soumis à la surveillance de la FINMA, l'intermédiaire financier doit notamment jouir d'une bonne réputation et présenter toutes garanties de respecter les obligations découlant de la LBA, cette disposition s'appliquant aussi aux personnes chargées de l'administration ou de la direction de ses affaires (art. 14 al. 2 let. c LBA) ; comme toute condition à l'octroi d'une autorisation relevant de la surveillance des marchés financiers, les exigences de l'art. 14 LBA doivent être respectées en permanence (cf. arrêt du TF 2C_163/2014 du 15 janvier 2015 consid. 2.3 ; arrêt du TAF B-2318/2006 du 23 juin 2008 consid. 2.1). En leur qualité d'assujettis, les intermédiaires financiers doivent fournir à la FINMA ainsi qu'à un chargé d'enquête les renseignements et les documents nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches (art. 29 al. 1 et art. 36 al. 3 LFINMA).

E. 4.2

La FINMA justifie la nomination de la chargée d'enquête par la nécessité d'obtenir une vue exhaustive des activités de la recourante. Celle-ci pour sa part déclare se confirmer à la législation contre le blanchiment d'argent et juge cette intervention infondée.

E. 4.2.1

Comme il a été exposé ci-dessus (cf. supra consid. 2), il n'est pas nécessaire d'établir si les activités de la recourante violaient le droit de la surveillance, en particulier la LBA, mais uniquement d'examiner si la FINMA disposait d'indices suffisants dans ce sens appelant l'examen de ces activités par un chargé d'enquête.

E. 4.2.2

En l'espèce, la FINMA a présenté divers constats laissant supposer un manque de diligence de la recourante en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Elle a ainsi remarqué que les directives internes de celle-ci n'avaient pas été mises à jour pour prendre en compte des modifications législatives en matière de lutte contre le blanchiment d'argent ce que la recourante admet. Certes, elle prétend avoir respecté ces normes dans les faits, mais les explications et les documents qu'elle fournit ne permettent pas d'ôter tout doute à ce sujet. La recourante reconnaît également que les listes de clients LBA et de transactions n'étaient pas complètes et disponibles à tout moment, ce qui constitue une violation de son devoir de documentation ; en particulier, l'art. 74 OBA-FINMA dispose qu'un intermédiaire financier directement soumis à la surveillance de la FINMA doit conserver une liste de ses relations d'affaires soumises à la LBA (al. 1 let. g), que les documents doivent permettre de reconstituer chaque transaction (al. 2) et que les documents et pièces justificatives doivent être conservés en Suisse, en un lieu sûr et accessible en tout temps (al. 3). Parmi les relations d'affaires classées comme non LBA figurent les sociétés F. _____ SA et G. _____ AG considérées comme sociétés de domicile par la FINMA car elles ne déploient selon elle pas d'activité opérationnelle ; par conséquent, l'autorité estime que la recourante aurait dû appliquer les obligations de diligence dans ces cas du fait que deux de

ses collaborateurs - soit C. _____ et H. _____ - exerçaient la fonction d'organes et fournissaient à ces sociétés des prestations dans le trafic des paiements en effectuant des versements depuis les comptes sur lesquels elle bénéficiait d'une procuration. Sont considérés comme des sociétés de domicile au sens de la présente ordonnance les personnes morales, sociétés, établissements, fondations, trusts, entreprises fiduciaires et structures semblables, qui n'exercent pas une activité de commerce ou de fabrication, ou une autre activité exploitée en la forme commerciale (art. 6 al. 2 OBA). À ce sujet, la recourante rétorque que ces sociétés étaient opérationnelles mais ne fournit pas de pièces à l'appui de cette assertion. Elle reconnaît en outre que ces sociétés ne possédaient ni locaux propres ni employés. Il ne peut dès lors être exclu que ces relations d'affaires auraient dû être soumises aux devoirs de diligence prévues dans la LBA. Le fait que la recourante ait abandonné la catégorie "non LBA" ne permet pas d'écarter les doutes sur le respect des exigences en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Les mandats LBA comprennent notamment les sociétés I. _____ Ltd. et J. _____ Ltd. dont les ayants droit économiques sont respectivement K. _____ et L. _____. Il ne ressort pas des documents d'ouverture de compte que des recherches avancées aient été effectuées sur ces personnes ; dans les formulaires sur le profil du client, il est notamment indiqué qu'il ne s'agit pas de personnes politiquement exposée (PEP), sans documentation à l'appui, par exemple au travers de World Check utilisé pourtant par la recourante. Une telle recherche a été effectuée concernant I. _____ Ltd et a dévoilé des liens avec des personnes sur lesquelles il n'a pas été enquêté plus loin. L'origine des fonds de ces clients est peu documentée et se limite en substance à l'indication qu'il s'agit de revenus d'un investissement ; il en va de même de la destination de certains paiements pour lesquels la recherche World Check ou sur Internet n'a pas été effectuée comme le prévoit le formulaire utilisé par la recourante et à laquelle elle aurait dû parfois procéder si elle n'avait pas classé toutes ses relations d'affaires comme ne présentant pas de risque accru. Parmi les pièces au dossier concernant J. _____ Ltd. figure un échange de messages entre un représentant de la recourante et le client ayant droit économique qui lui demandait de transférer des fonds depuis le compte de J. _____ Ltd. sur un compte auprès d'une autre banque appartenant à la société M. _____ dont il est également l'ayant droit économique ; le premier a conseillé au second de transférer 1.5 millions GBP et non pas l'exacte somme créditée auparavant sur le compte de J. _____ Ltd. afin d'éviter d'attirer l'attention (flag up the account), lui suggérant de qualifier le versement en tant que prêt, ce qui a été fait.

E. 4.2.3

Il appert dès lors que plusieurs aspects des opérations de la cliente laissent envisager la possibilité qu'elle n'ait pas respecté la législation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Il peut être conclu sur cette base déjà que des clarifications complémentaires sont nécessaires et, dès lors, il peut être renoncé à examiner les autres manquements relevés par la FINMA tels que le rôle joué par D. _____.

E. 4.3

Il convient ensuite d'examiner si la nomination d'une chargée d'enquête respecte le principe de la proportionnalité. Celui-ci 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 (cf. ATF 130 II 425 consid. 5.2 ; ATF 125 I 474 consid. 3). L'intervention sur place d'une chargée d'enquête est manifestement apte à faire la lumière sur les activités de la recourante. Elle s'avère également nécessaire compte tenu du manque d'informations fournies par la recourante à plusieurs sujets. Celle-ci a certes proposé une entrevue dans les locaux de la FINMA en lieu et place de la nomination de la chargée d'enquête ; toutefois cette offre s'avère manifestement insuffisante puisque les clarifications à entreprendre nécessitent un accès à la documentation de la recourante et éventuellement la possibilité d'interroger les collaborateurs, ce qui rend une présence dans les locaux de la recourante plus efficace. Enfin, s'agissant de la proportionnalité au sens étroit, l'intérêt public à prévenir et combattre le blanchiment d'argent ainsi qu'à préserver la réputation de la place financière suisse l'emporte sur les intérêts financiers et opérationnels de la recourante, qui n'a au demeurant pas établi que le fait de devoir supporter les frais de la chargée d'enquête lui nuirait sérieusement à terme. Par conséquent, la décision de la FINMA respecte le principe de la proportionnalité. Ce grief doit également être rejeté.

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 FITAF). 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. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à 2'000 francs, doivent être intégralement mis à sa charge. Ils seront prélevés sur l'avance de frais de 6'000 francs 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.