

BVGer B-490/2013 vom 6. März 2015

Bundesverwaltungsgericht, 2015-03-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-490_2013

FR: TAF B-490/2013 du 6 mars 2015

IT: TAF B-490/2013 del 6 marzo 2015

Regeste

Blanchiment d'argent

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. Les actes attaqués constituent des décisions au sens de l'art. 5 al. 1 et al. 2 PA. Le Tribunal de céans peut donc connaître de la présente affaire.

E. 1.2

A qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 48 al. 1 let. a à c PA). Le recours doit être déposé dans les 30 jours qui suivent la notification de la décision (art. 50 al. 1 PA).

E. 1.3

En l'espèce, le premier recours est dirigé contre la décision incidente du 25 juillet 2012, notifiée à la recourante le jour suivant, par laquelle la FINMA a nommé un chargé d'enquête. Il a été déposé le 30 janvier 2013, soit bien après l'échéance du délai de recours de 30 jours. Les recourants sollicitent la restitution du délai de recours en vertu de l'art. 24 al. 1 PA au motif qu'ils auraient été empêchés sans leur faute d'agir dans le délai légal en raison du comportement de la FINMA. Ils expliquent que celle-ci leur a laissé croire que la décision de nommer un chargé d'enquête avait été prise le 25 juillet 2012 alors que, selon eux, cette mesure avait déjà été arrêtée auparavant en violation de leur droit d'être entendu. Ils ajoutent que le retrait de l'effet suspensif réduisait encore plus la portée pratique d'un éventuel recours et que le "flou artistique" qui ressortait du dossier permettait à la FINMA de convaincre l'autorité de recours de la nécessité de procéder à des clarifications. Pour sa part, la FINMA estime que les griefs avancés par les recourants ne justifient pas une restitution du délai de recours et relève qu'ils s'étaient déjà plaints en particulier de la violation de leur droit d'être entendus dans le courrier qu'ils lui ont adressé le 24 août 2012. Il convient de relever que la recourante était seule destinataire de la décision attaquée. Compte tenu de ce qui suit, il ne s'avère toutefois pas nécessaire de traiter la question de la qualité pour recourir de B._____.

E. 1.3.1

Si le requérant ou son mandataire a été empêché, sans sa faute, d'agir dans le délai fixé, celui-ci est restitué pour autant que, dans les trente jours à compter de celui où l'empêchement a cessé, le requérant ou son mandataire ait déposé une demande motivée de restitution et ait accompli l'acte omis (art. 24 al. 1 PA). Une restitution du délai de recours entre en ligne de compte lorsque des administrés ont été empêchés contre leur gré de saisir les voies de droit (cf. Amstutz/Arnold, in : Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, Basler Kommentar - Bundesgerichts-gesetz, 2ème éd. 2011, n° 1 ad art. 50) ce qui présuppose en premier lieu une volonté de recourir indépendante du motif d'empêchement. La restitution vise à réparer un préjudice d'ordre procédural encouru sans faute (cf. arrêt du TF 1C_491/2008 du 10 mars 2009 consid. 1.2) et résultant soit d'une impossibilité objective ou force majeure, soit d'une impossibilité subjective due à des circonstances personnelles ou une erreur excusable découlant, en particulier, d'un renseignement erroné sur lequel l'administré pouvait se fonder conformément au droit à la protection de la bonne foi ; ces principes valent également lorsque le renseignement erroné ne porte pas sur les voies de droit comme telles (autorité de recours, moyen de droit, délai de recours), mais concernent les conditions pertinentes pour l'utilisation de ces voies de droit, notamment la date de la notification de la décision attaquant (cf. arrêt du TF 2C_319/2009 et 2C_321/2009 du 26 janvier 2010 consid. 4.1 et les réf. cit.).

E. 1.3.2

En l'occurrence, les arguments avancés par les recourants ne correspondent pas aux motifs précités ; la décision contenait une indication correcte des voies de droit et leur a été notifiée de manière régulière. Ils ne prétendent pas avoir été trompés sur la durée du délai de recours, l'autorité à laquelle ils devaient s'adresser ou tout autre élément lié aux voies de droit, et n'invoquent par ailleurs aucun empêchement objectif. Le grief de violation du droit d'être entendu que les recourants font valoir a en réalité trait aux circonstances dans lesquelles la décision attaquée a été prise ; il peut constituer un motif de révision ou de reconsidération en application analogique de l'art. 66 al. 2 let. c PA. Au lieu d'opter pour la voie du recours, il était loisible aux recourants d'adresser une telle demande à l'autorité qui a pris la décision litigieuse, en l'espèce la FINMA. Celle-ci a cependant déclaré dans sa réponse du 25 mars 2013 qu'elle maintenait sa décision du 25 juillet 2012 dans sa totalité.

E. 1.3.3

La demande de restitution de délai doit, de ce fait, être rejetée. Déposé tardivement, le recours du 30 janvier 2013 est irrecevable. Il convient de relever toutefois que les questions soulevées dans ce recours ont été reprises dans le recours du 6 mai 2013 et seront traitées dans ce cadre (cf. infra consid. 1.5 et 2).

E. 1.4

Le recours du 22 avril 2013 est dirigé contre la décision incidente du 1er mars 2013. Les décisions incidentes qui sont notifiées séparément et qui portent sur une demande de récusation peuvent faire l'objet d'un recours ; ces décisions ne peuvent plus être attaquées ultérieurement (art. 45 al. 1 et 2 PA). En l'espèce, les recourants ont requis la récusation de trois personnes au service de la FINMA qui a rejeté leur demande par décision du 1er mars 2013 ; ils ont qualité pour recourir contre cette décision et, compte tenu des fêtes (art. 22a PA), ont déposé le recours en temps utile.

E. 1.5

S'agissant enfin du recours du 6 mai 2013 contre la décision du 15 mars 2013, les recourants y font valoir principalement la nullité, subsidiairement l'annulabilité, de la décision du 25 juillet 2012. Cette dernière peut être attaquée avec la décision finale du 15 mars 2013 dans la mesure où elle influe sur le contenu de celle-ci (art. 46 al. 2 PA). L'affiliation des recourants à un OAR avec effet au 25 avril 2013 ne les prive pas de leur qualité pour recourir dans la mesure où ils disposent toujours d'un intérêt actuel à ce que l'obligation qui leur a été faite d'adhérer soit examinée par le Tribunal de céans.

E. 1.6

Pour le reste, les dispositions relatives à la forme et au contenu des mémoires de recours ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (art. 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont respectées. Les recours du 22 avril 2013 et 6 mai 2013 sont ainsi recevables. Celui du 30 janvier 2013 doit être déclaré irrecevable.

E. 2

Les recourants invoquent la nullité de la décision du 25 juillet 2012 en raison de la violation de leur droit d'être entendus ainsi que, à la suite de celle-ci, de la décision du 15 mars 2013. Subsidiairement, ils concluent à leur annulation. Compte tenu de la nature formelle du droit d'être entendu, d'une part, et des répercussions que pourrait avoir la nullité ou l'annulation de la décision du 25 juillet 2012 sur le reste de la procédure, d'autre part, il sied d'examiner ce grief en priorité.

E. 2.1

La nullité d'un acte administratif doit être constatée en tout temps et d'office, par toute autorité étatique ; elle peut également l'être par la voie d'un recours (cf. ATAF 2008/59 consid. 4.2 et les réf. cit.). Dès qu'une décision administrative n'est plus susceptible de recours, l'application du régime qu'elle établit est censée conforme à l'ordre juridique, même si, en réalité, cette décision s'avère viciée. Une telle décision n'est nulle, c'est-à-dire absolument inefficace, que si le vice qui l'affecte est particulièrement grave, s'il est manifeste ou du moins facilement décelable et si, de surcroît, la sécurité du droit n'est pas sérieusement mise en danger par la constatation de cette nullité. Des vices de fond d'une décision n'entraînent qu'exceptionnellement sa nullité. Entrent avant tout en considération comme motifs de nullité l'incompétence fonctionnelle et matérielle de l'autorité appelée à statuer ou une erreur manifeste de procédure. Ainsi, en règle générale, un acte administratif illégal est simplement annulable dès lors que la plupart des décisions viciées le sont par leur contenu. Reconnaître la nullité autrement que dans des cas tout à fait exceptionnels conduirait à une trop grande insécurité ; par ailleurs, le développement de la juridiction administrative offrant aux administrés suffisamment de possibilités de contrôle sur le contenu des décisions, on peut attendre d'eux qu'ils fassent preuve de diligence et réagissent en temps utile (cf. ATF 138 III 49 consid. 4.4.3 et les réf. cit.). S'agissant plus particulièrement des erreurs de procédure telle la violation du droit d'être entendu, celles-ci peuvent en principe être guéries et ne provoquent généralement pas la nullité de la décision mais uniquement son annulabilité ; la jurisprudence admet toutefois qu'une violation particulièrement grave du droit d'être entendu puisse sous certaines circonstances entraîner la nullité d'une décision, par exemple lorsque la partie concernée n'a, sans motifs valables, pas eu l'opportunité de s'exprimer dans le cadre de la procédure ouverte à son encontre (cf. ATF 129 I 361 consid. 2.1).

E. 2.2

En l'espèce, l'essentiel de l'argumentation des recourants s'articule autour du fait que la FINMA aurait selon eux déjà pris sa décision avant de les recevoir le 25 juillet 2012 dans ses locaux, date à laquelle elle a rendu la décision de nomination du chargé d'enquête. La FINMA explique que la séance a été tenue afin d'entendre les recourants et obtenir des réponses aux questions qu'elle leur avait posées sans obtenir jusque-là des renseignements satisfaisants.

E. 2.2.1

Garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. et les art. 29 ss PA, le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves appropriées, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (cf. ATF 137 IV 33 consid. 9.2 et les réf. cit.). À l'inverse, il impose à l'autorité d'apprécier tous les allégués importants qu'une partie a avancés en temps utile avant de prendre la décision (art. 32 al. 1 PA) et d'admettre les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits (art. 33 al. 1 PA). Ce droit tendant à ce que les allégués de la partie soient retenus commande à l'autorité de réellement les entendre, de les examiner avec soin et sérieux ainsi que d'en tenir compte dans la prise de décision pour autant qu'ils paraissent aptes à clarifier la question litigieuse (cf. ATF 136 I 184 consid. 2.2.1).

E. 2.2.2

L'allégué principal des recourants à l'appui de leur grief se fonde sur la note d'honoraires du chargé d'enquête qui comprend une heure de travail ainsi que des frais d'ouverture de dossier antérieurs à la séance du 25 juillet 2012. Selon la FINMA, cette prise de contact préalable n'avait servi qu'à préparer l'éventuelle intervention du chargé d'enquête. Cette manière de procéder est admissible : en effet, attendu que certaines démarches doivent être entreprises rapidement lorsque la FINMA entend clarifier l'assujettissement d'un administré au droit de la surveillance, il n'est pas critiquable qu'elle demande à un potentiel chargé d'enquête de procéder à un examen préparatoire avant de prendre formellement la décision de le nommer. Cela ne constitue en soi pas une violation du droit d'être entendu et ne prouve aucunement que la FINMA avait irrévocablement formé son opinion dans cette affaire ; en outre, comme il sera exposé ci-dessous, les recourants ont eu précédemment de nombreuses occasions de faire valoir leurs arguments au cours de la procédure. La question de savoir si le nom du chargé d'enquête a été cité lors de la séance, comme cela ressort du procès-verbal établi par la FINMA mais contesté par les recourants, ne s'avère par décisive attendu qu'une éventuelle omission ne saurait être cause d'une violation du droit d'être entendu ; si l'identité du chargé d'enquête peut certes donner lieu à contestation, par exemple si des motifs de récusation existent, les assujettis concernés gardent la possibilité de s'opposer à la nomination après que la décision a été prise. Or, il convient de relever in casu que les recourants n'ont aucunement critiqué le choix de Me D. _____ en tant que chargé d'enquête. Les recourants reprochent ensuite à la FINMA d'avoir pris la décision de nommer le chargé d'enquête alors même qu'ils lui avaient demandé lors de la séance de ne pas y procéder sans leur accorder d'abord la possibilité de lui fournir les renseignements qu'elle jugeait nécessaires pour déterminer si leurs activités constituaient de l'intermédiation financière. Ils estiment en outre que les lacunes du dossier sont dues à la FINMA qui ne leur a pas communiqué quelles informations lui manquaient alors qu'ils lui avaient posé cette question au cours de la procédure. Ils font valoir à cet égard une violation de la maxime

inquisitoire. Pour sa part, la FINMA explique qu'en raison des nombreux revirements des recourants, elle ne se trouvait en juillet 2012 - malgré de nombreux échanges d'écritures - toujours pas en mesure de déterminer si l'activité des recourants était soumise à la LBA. Nonobstant l'offre des recourants de compléter le dossier, elle a jugé nécessaire de nommer un chargé d'enquête. Outre la violation du droit d'être entendu, les recourants semblent ainsi implicitement faire valoir une constatation incomplète des faits par la FINMA.

E. 2.2.2.1

La procédure administrative est régie essentiellement par la maxime inquisitoire selon laquelle les autorités définissent les faits pertinents et les preuves nécessaires, qu'elles ordonnent et apprécient d'office (art. 12 PA). Cette maxime doit cependant être relativisée par son corollaire, soit le devoir de collaboration des parties à l'établissement des faits (art. 13 PA et s'agissant des procédures devant la FINMA art. 29 LFINMA) ainsi que par le droit des parties, compris dans le droit d'être entendu, de participer à la procédure et d'influencer la prise de décision ; un devoir de collaboration incombe notamment à l'administré en ce qui concerne les faits qu'il est mieux à même de connaître (cf. arrêt du TF 2A.404/2004 du 18 février 2005 consid. 3.2 et les réf. cit.). La constatation des faits est incomplète au sens de l'art. 49 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 administrative (cf. ATAF 2014/2 consid. 5.1).

E. 2.2.2.2

Se pose ainsi la question de savoir si les recourants ont suffisamment eu l'opportunité de s'exprimer sur les éléments pertinents de la cause et si, de son côté, la FINMA a tenu compte de leurs allégués. À cet effet, il est utile de revenir plus en détail sur certaines phases de la procédure : Invités par courrier du 16 mars 2007 de l'Autorité de contrôle LBA à fournir des explications sur certains éléments ressortant du questionnaire qu'ils avaient rempli en 2004, notamment s'agissant des procurations que le recourant avait déclaré détenir sur des comptes de clients, les recourants ont, après une prolongation de délai et un rappel, informé l'autorité par télécopie du 17 septembre 2007 qu'ils allaient faire effectuer une révision en matière de LBA et lui faire parvenir l'attestation du réviseur en résultant ; par courrier du 5 novembre 2007 faisant suite à un rappel, qu'ils entendaient s'affilier à un OAR ; par téléphone du 21 novembre 2007 après un nouveau rappel, qu'ils estimaient inutile de produire l'attestation demandée puisqu'ils entendaient s'affilier à un OAR ; par téléphone du 4 décembre 2007, qu'ils avaient des doutes sur le fait que les clientes étaient des sociétés de domicile mais fourniraient les détails nécessaires à l'autorité pour trancher la question, envoyant ensuite par courrier du 14 décembre 2007 une liste de mandats contenant pour l'essentiel noms et adresses de diverses sociétés, leur domaine d'activité, précisant si B. _____ ou C. _____ étaient administrateurs et indiquant le montant des honoraires encaissés pour leurs services, déclarant pour le reste qu'ils ne parvenaient pas à identifier les mandats déterminants en vue de leur affiliation à un OAR. Par courrier du 6 février 2008, l'Autorité de contrôle LBA a demandé aux recourants de lui fournir l'attestation de l'organe de révision mentionnée dans la télécopie du 17 septembre 2007, après l'avoir déjà requise par courriers des 31 octobre et 12 novembre 2007 ainsi que par téléphone du 21 novembre 2007. Ceux-ci ont répondu par télécopie du 19 février 2008 qu'ils ne disposaient pas de cette attestation car l'organe de révision ne parvenait pas à identifier les mandats soumis à la LBA ; ils ont sollicité de l'Autorité de contrôle LBA qu'elle tranche cette question sur la base de leur liste. La FINMA - ayant succédé à

l'Autorité de contrôle LBA - a poursuivi la procédure le 23 août 2010 en invitant les recourants à remplir de nouveaux questionnaires concernant la recourante, le recourant ainsi que C._____. Ceux-ci ont retourné les questionnaires le 29 novembre 2010. Concluant à l'examen de ces derniers que les recourants procédaient à de l'intermédiation financière, la FINMA a, par courrier du 17 décembre 2010, exposé la notion de société de domicile et les a invités soit à s'affilier à un OAR, soit dans le cas contraire à fournir une attestation d'un réviseur agréé ou encore à démontrer que les clientes n'étaient pas des sociétés de domicile. La dernière liste de mandats, produite le 8 février 2011 par les recourants, concernait 32 sociétés, contenait la désignation de leur domaine d'activité, le cas échéant l'indication que le recourant était actionnaire et dans une dernière colonne d'autres informations disparates telles le nombre d'employés pour certaines, la détention de participations pour d'autres ou encore le fait que B._____ n'était plus administrateur ; ils ont joint à leur envoi les bilans et comptes de neuf sociétés pour l'exercice 2009. Par lettres des 9 juin et 7 novembre 2011, les recourants ont demandé à la FINMA des nouvelles sur l'état de la procédure. Celle-ci a, par courrier du 27 février 2012, maintenu sa position s'agissant de l'activité des recourants et les a invités à démontrer qu'ils n'effectuaient pas de l'intermédiation financière à titre professionnel ainsi qu'à signer une déclaration en ce sens. Les recourants n'ayant pas donné suite à cette demande, elle les a invités par courrier du 30 mai 2012 à signer l'auto-déclaration ou s'affilier à un OAR, les informant qu'à défaut, elle ouvrirait une procédure contraignante. Sur demande des recourants, la FINMA a ensuite agréé à la tenue d'une séance dans ses locaux agendée au 25 juillet 2012. Enfin, il ressort de la lecture du procès-verbal de cette séance que les recourants se sont plaints des demandes réitérées mais selon eux imprécises des autorités, ont maintenu qu'ils n'exerçaient pas comme intermédiaires financiers, refusant toutefois de signer l'auto-déclaration en raison des doutes exprimés par la FINMA. Le recourant a indiqué que les autorités ne lui avaient jamais signifié que les listes fournies étaient insuffisantes. Enfin, ils ont proposé de fournir toutes les informations nécessaires et requis un dernier échange d'écritures avant qu'un chargé d'enquête soit nommé. Pour sa part, la FINMA a confirmé son appréciation des activités des recourants et leur a signifié qu'il leur incombait de se décider quant à leur assujettissement. Elle leur a reproché d'avoir répondu à ses demandes par des questions.

E. 2.2.2.3

À l'examen du déroulement de la procédure, il appert que les recourants ont changé d'avis à plusieurs reprises en ce qui concerne leur assujettissement. Bien que ne s'estimant pas soumis à la LBA dans certains de leurs courriers, ils ont évité de signer l'auto-déclaration de non-assujettissement requise par la FINMA ; lorsqu'ils indiquaient ne pas être sûrs de la qualification de certains mandats, ils demandaient aux autorités de se prononcer mais ne leur fournissaient guère de renseignements alors qu'ils étaient mieux à même d'identifier les détails nécessaires et d'évaluer leur situation au vu des explications qui leur ont été données. Ainsi, les listes de mandats produites ne contenaient que peu de détails ; dans certains cas, leur contenu se révélait particulièrement maigre : ainsi pour L._____ SA, la seule indication donnée se trouvait sous la rubrique Activités : "Garage (nouvelle activité dès 2011)" ; de même pour M._____ SA avec "Photocopies". À titre de comparaison, le tableau de synthèse établi par le chargé d'enquête concerne 40 sociétés et contient 10 catégories d'informations pour chacune. Ils n'ont pas fourni tous les bilans et comptes des sociétés clientes, ni l'attestation de l'organe de révision qu'ils avaient promises à plusieurs reprises. Aussi, contrairement à ce que les recourants avancent, la FINMA a désigné précisément les pièces nécessaires sans qu'ils ne les lui fournissent de manière complète. Il

aurait été favorable au bon déroulement de la séance que les recourants s'y rendent en ayant rassemblé les informations utiles sur leurs activités ; s'il ne leur était toujours pas possible de déterminer exactement les documents pertinents, il leur appartenait de se renseigner auprès de la FINMA. Au lieu de cela, ils se sont contentés de répéter les doutes et critiques exprimés au cours des échanges d'écritures. Compte tenu de la progression fastidieuse de la procédure, il ne peut être reproché à la FINMA d'avoir pris, à l'issue de cette séance, la décision de clarifier la situation par l'intervention sur place d'un spécialiste indépendant sans procéder à un ultime échange d'écritures. S'il est vrai que, à trois reprises, les autorités ne se sont pas manifestées pendant une longue période après avoir reçu des informations de la part des recourants, il convient de relever que, à l'inverse, les recourants ont de leur part contribué par de nombreux revirements et atermoiements à ralentir et prolonger la procédure en ne répondant aux questions des autorités qu'après plusieurs rappels et en ne fournissant que des données lacunaires. Ce faisant, ils n'ont pas respecté leur devoir de collaborer en vertu de l'ancien art. 19 LBA en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008 (RO 2008 5205 et 5248) puis de l'art. 29 LFINMA - normes applicables également aux personnes dont l'assujettissement est litigieux (cf. Roland Truffer, Basler Kommentar Börsengesetz - Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2ème éd. 2011, n° 11 ad art. 29 LFINMA) - alors qu'ils ont été avertis à maintes reprises de ce devoir et des conséquences qui pourraient s'ensuivre s'ils ne s'y conformaient pas. C'est en vain que les recourants relèvent leur bonne collaboration aux travaux du chargé d'enquête - soulignée par ce dernier dans son rapport - puisque, outre les nombreux revirements, le dossier de l'enquête révèle l'envergure de la documentation manquante et donc le défaut de collaboration envers la FINMA au cours de la procédure. L'examen a également démontré que les recourants ne tenaient pas les dossiers à jour et complets comme le requièrent les dispositions de la LBA.

E. 2.2.3

Ainsi, il appert que l'autorité inférieure a suffisamment donné aux recourants la possibilité de se prononcer et a pris en considération leurs renseignements et arguments avant de conclure à la nécessité de nommer un chargé d'enquête par la décision du 25 juillet 2012. Il ne peut en outre être reproché à la FINMA de ne pas avoir réagi au courrier du 18 janvier 2013 : d'une part, les arguments que les recourants y font valoir s'agissant du déroulement de la procédure ont été repris dans leur recours du 30 janvier 2013 et traités dans ce cadre ; d'autre part, les remarques qu'ils formulent quant au rapport du chargé d'enquête n'étaient pas susceptibles d'influer de manière significative sur les conclusions auxquelles la FINMA est parvenue dans sa décision du 15 mars 2013. Les griefs de violation du droit d'être entendus des recourants et de la constatation incomplète des faits doivent par conséquent être rejetés. De même, les reproches portant sur la violation des principes de loyauté et d'équité tout comme des principes d'enforcement de la FINMA s'avèrent infondés.

E. 2.3

Il découle de ce qui précède que la décision du 25 juillet 2012 n'est pas viciée. En outre, comme il sera exposé plus bas (cf. infra consid. 4.2), il s'avérait justifié de nommer un chargé d'enquête. Partant, la conclusion des recourants tendant à la constatation de sa nullité, subsidiairement à son annulation, doit donc être rejetée.

E. 3

Les recourants contestent ensuite la décision du 1er mars 2013 en invoquant sa nullité au motif que l'un des signataires - H._____ - n'était plus employé à la FINMA à cette date.

Ils en veulent pour preuve un communiqué de presse de la FINMA annonçant son départ ainsi que la nomination au 1er février 2013 de K. _____ à la tête de la division "Services stratégiques" (cf. communiqué de presse de la FINMA du 9 janvier 2013, disponible à l'adresse www.finma.ch/(...), dernière visite le 3 mars 2015). Sur le fond, ils maintiennent leurs allégués s'agissant de la récusation de E. _____, F. _____ ainsi que de G. _____. Pour sa part, la FINMA explique que H. _____ a exercé la fonction de General Counsel jusqu'au 31 mars 2013 et celle de président du comité d'enforcement jusqu'à ce que K. _____ soit nommée à ce poste le 8 mars 2013. Cette dernière disposait de la qualité pour signer la décision du 15 mars 2013.

E. 3.1

Il appert à la lecture du Règlement opérationnel du 9 octobre 2012 de la FINMA que les décisions importantes en matière d'enforcement sont signées par le président du comité ainsi qu'un autre membre (art. 10 al. 1 et 38 al. 3). La présidence de ce comité est exercée par le General Counsel (art. 11 al. 3). Le communiqué de presse mentionné n'indiquait pas la date à laquelle H. _____ allait quitter la FINMA mais annonçait uniquement que K. _____ reprenait - à sa place - la responsabilité de la division "Services stratégiques" au 1er février 2013. Elle était en outre nommée membre de la direction. Faute d'éléments contraires probants, il n'y a pas lieu de mettre en doute les dires de la FINMA s'agissant de la durée de l'engagement de H. _____ (cf. également Rapport annuel 2013 de la FINMA, disponible à l'adresse www.finma.ch/gb2013/index_fr.html, p. 90, dernière visite le 3 mars 2015). Ainsi, ce dernier pouvait valablement signer la décision du 1er mars 2013, tout comme le second signataire, N. _____, en qualité de membre du comité. Les griefs des recourants doivent donc être écartés sur ce point. Il convient de relever à cet endroit que E. _____ disposait de la compétence de signer la décision du 25 juillet 2012 en vertu de la délégation de l'art. 10 al. 3 du Règlement opérationnel du 15 novembre 2011. Compte tenu enfin des larges pouvoirs attribués à la direction de la FINMA dans la conduite des activités opérationnelles de cette autorité dont celui de constituer les comités, d'édicter le Règlement opérationnel et de définir les règles de délégation de compétence (art. 14 et 15 du Règlement d'organisation de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA du 18 décembre 2008, in : BF 2013 - Réglementation et autoréglementation des marchés financiers en Suisse), il y a lieu de retenir que la nomination de K. _____ par décision du comité de direction du 8 mars 2013 à la tête du comité d'enforcement s'avère licite et que, partant, elle pouvait signer la décision du 15 mars 2013.

E. 3.2

Il sied ensuite d'examiner le bien-fondé de la décision en tant qu'elle rejette la demande de récusation du 31 janvier 2013.

E. 3.2.1

Les motifs de récusation des personnes appelées à rendre ou à préparer une décision sont énumérés à l'art. 10 al. 1 PA et s'appliquent non seulement aux représentants de l'autorité qui rendent formellement la décision mais également à toute personne - collaborateur juridique ou scientifique, enquêteur - appelée à participer de manière non négligeable à la préparation de cette dernière ou simplement à l'instruction du dossier (cf. arrêt du TAF A-3991/2010 du 18 juin 2011 consid. 4.1 et les réf. cit.). La récusation ne présuppose pas la preuve de la prévention effective de la personne visée, une disposition interne de sa part ne pouvant guère être prouvée (cf. arrêt du TAF A-6466/2008 du 1er juin 2010 consid. 2.6). Il

ne suffit toutefois pas qu'il existe dans l'esprit d'une partie un sentiment de méfiance, il faut encore que ce sentiment repose sur des raisons objectives touchant soit au comportement de la personne impliquée dans la préparation de la décision, soit au fonctionnement ou l'organisation de l'autorité concernée (cf. ATF 128 V 82 consid. 2a et les réf. cit.). Des décisions ou des actes de procédure qui se révèlent par la suite erronés ne fondent pas en soi une apparence objective de prévention ; seules des erreurs particulièrement lourdes ou répétées, constitutives de violations graves des devoirs des représentants de l'autorité, peuvent fonder une suspicion de partialité, pour autant que les circonstances dénotent que le représentant en question est prévenu ou justifient à tout le moins objectivement l'apparence de prévention (cf. ATF 138 IV 142 consid. 2.3 et les réf. cit.). En vertu de l'art. 10 al. 2 PA, si la récusation est contestée, la décision est prise par l'autorité de surveillance ou, s'il s'agit de la récusation d'un membre d'un collège, par le collège en l'absence de ce membre.

E. 3.2.2

En l'espèce, il est manifeste - et d'ailleurs non contesté par les recourants - que les cas de figure prévus aux let. a à c ne sont pas réalisés. Il reste à examiner si, pour d'autres raisons, les trois collaborateurs précités de la FINMA pourraient avoir une opinion préconçue dans la présente affaire (art. 10 al. 1 let. d PA) comme les recourants le leur reprochent en raison de leur comportement au cours de la procédure, se manifestant selon eux en particulier par la violation de leur droit d'être entendus. Or, comme il a été exposé ci-dessus (cf. supra consid. 2.2), ce droit a été respecté ; même dans l'hypothèse où l'on devrait admettre que, sans pour autant commettre de manquements portant atteinte à la légalité de la procédure, les représentants de la FINMA auraient pu faire montre de plus de patience ou poser plus de questions aux recourants, il ne s'agirait pas en cela d'erreurs graves justifiant la récusation. En outre, la décision a été, conformément à l'art. 10 al. 2 PA, prise par le comité d'enforcement en l'absence de son membre E. _____ qui a été remplacé dans ledit comité pour cette occasion par le chef de la division "Marchés" de la FINMA.

E. 3.2.3

Il appert par conséquent que le rejet, par la FINMA, de la demande de récusation du 31 janvier 2013 ne s'avère pas critiquable.

E. 3.3

Les griefs des recourants contre la décision du 1er mars 2013 se révèlent ainsi infondés. Par conséquent, le recours du 22 avril 2013 doit être rejeté.

E. 4

Reste encore à trancher la question de savoir si c'est à juste titre que la FINMA a nommé un chargé d'enquête et qualifié les activités des recourants de gestion de sociétés de domicile. Dans leurs mémoires de recours ainsi que dans leurs écritures subséquentes, ceux-ci n'exposent pas concrètement en quoi cette conclusion s'avérait infondée mais se contentent de la contester.

E. 4.1

La FINMA exerce la surveillance conformément aux lois sur les marchés financiers, dont la loi fédérale sur le blanchiment d'argent (LBA, RS 955.0 ; art. 6 al. 1 en relation avec art. 1 al. 1 let. f LFINMA). Elle a pour but de protéger les créanciers, les investisseurs ainsi que 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 ; cf. Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741, en particulier 2771 s.). Si elle 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). Comme il lui appartient de veiller de manière générale au respect des prescriptions légales, son pouvoir de surveillance n'est pas limité aux seules entreprises qui se trouvent clairement assujetties à la loi ; elle est également autorisée à utiliser les moyens légaux prévus pour exercer sa surveillance à l'égard d'instituts ou de personnes dont l'assujettissement à la loi est litigieux et doit déterminer si l'activité de ces derniers nécessite une autorisation (cf. ATF 136 II 43 consid. 3.1, ATF 132 II 382 consid. 4.1 et les réf. cit. ; arrêt du TF 2A.145/2003 du 29 juillet 2003 consid. 4.1.1 concernant l'assujettissement d'un intermédiaire financier à la LBA). Si des indices concrets permettent de penser qu'en violation des dispositions légales une activité soumise à autorisation est exercée sans que celle-ci n'ait été accordée, l'autorité inférieure entreprend les investigations nécessaires et adopte les mesures qui s'imposent (cf. ATF 132 II 382 consid. 4.2 ; arrêt du TF 2A.345/2006 du 24 octobre 2006 consid. 3.2.1 et arrêt du TF 2A.119/2002 du 11 décembre 2002 consid. 2.1 concernant des intermédiaires financiers) dont fait notamment partie la nomination d'un chargé d'enquête (cf. infra consid. 4.2). La LBA vise, en complément des dispositions pénales en matière de blanchiment d'argent, à empêcher, par des mesures appropriées, que les fonds d'origine criminelle n'entrent dans le circuit financier régulier ainsi qu'à permettre d'identifier et de poursuivre pénalement les personnes coupables de blanchiment d'argent. Afin d'atteindre ces objectifs, la LBA soumet les personnes qu'elle qualifie d'intermédiaires financiers (art. 2 al. 1 LBA) à des règles de diligence contraignantes et fixe le cadre permettant d'en contrôler l'application (cf. Message du Conseil fédéral du 17 juin 1996 relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier Message, FF 1996 III 1057, pp. 1058 et 1072, ci-après : Message LBA). La notion d'intermédiaire financier englobe toutes les personnes physiques et les personnes morales visées par l'art. 2 al. 2 et 3 LBA (cf. Message LBA, p. 1072). Le deuxième alinéa correspond aux domaines du secteur financier régis par des lois fédérales spéciales soumettant déjà certains fournisseurs de services financiers à une autorité de surveillance. En vertu de l'art. 2 al. 3 LBA, sont en outre réputées intermédiaires financiers les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers. Le champ d'application de la loi est ici fonction de services précis ; il s'agit d'opérations qui se prêtent bien au blanchiment d'argent mais qui n'étaient soumises jusqu'alors à aucune autorisation spéciale ni à aucune surveillance fédérale. Cette disposition reprend les termes de l'art. 305ter al. 1 CP et énumère de manière non exhaustive un certain nombre d'activités tombant dans son champ d'application (cf. Message LBA, p. 1072 s). Elle vise notamment les personnes qui pratiquent la gestion de fortune (let. e) et celles qui conservent ou gèrent des valeurs mobilières (let. g). Chargé de la mise en oeuvre de la LBA (art. 41 LBA), le Conseil fédéral a, dans l'ordonnance du 18 novembre 2009 sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF, RS 955.071), précisé que l'activité d'organe de sociétés de domicile relevait de l'intermédiation financière (art. 6 al. 1 let. d OIF) ; 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 (art. 6 al. 2 OIF). Les critères permettant d'établir le caractère

professionnel de l'intermédiation financière se définissent aux art. 7 ss OIF. Selon la règle générale établie à l'art. 7 al. 1 OIF, un intermédiaire financier exerce son activité à titre professionnel dès lors qu'il remplit l'une des conditions suivantes (cf. le texte allemand de l'art. 7 al. 1 let. c OIF dont il ressort que ces conditions sont alternatives) : il réalise un produit brut de plus de 20'000 francs durant une année civile (let. a), établit des relations d'affaires ne se limitant pas à une activité unique avec plus de 20 cocontractants durant une année civile ou entretient au moins 20 relations de ce type durant une année civile (let. b), a un pouvoir de disposition d'une durée illimitée sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers dont le montant dépasse 5 millions de francs à un moment donné (let. c), ou effectue des transactions dont le volume total dépasse 2 millions de francs durant une année civile (let. d). Autorisée à arrêter les dispositions d'exécution de la LBA et l'OIF (art. 41 al. 2 LBA et 12 OIF), la FINMA a édicté la Circulaire 2011/1 - Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA (ci-après : Circ. FINMA 2011/1) dans laquelle elle concrétise cette notion de manière plus détaillée. Elle y a précisé la notion de société de domicile ainsi que celle d'organe d'une telle société (Circ. FINMA 2011/1, ch. 100 ss) et détaillé les critères de l'activité exercée à titre professionnel (ch. 142 ss). En vertu de l'art. 14 al. 1 LBA, tout intermédiaire financier visé à l'art. 2 al. 3 LBA qui n'est pas affilié à un organisme d'autorégulation reconnu doit demander à la FINMA l'autorisation d'exercer son activité ; l'octroi de celle-ci est soumis aux conditions prévues à l'art. 14 al. 2 LBA.

E. 4.2

En vertu de l'art. 36 al. 1 LFINMA, la FINMA peut 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 en l'espèce 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.). Dans la procédure visant à établir s'ils exerçaient une activité soumise à la LBA - alors même que la FINMA avait attiré leur attention sur leur devoir de collaborer - les recourants ont donné des indications incomplètes et contradictoires sur leurs mandats, admettant parfois leur assujettissement et le contestant ensuite, de sorte que l'état de fait devait être établi par un contrôle sur place, ces derniers en supportant les frais dans le cadre des coûts normalement pratiqués (cf. arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.5). En effet, la nomination d'un chargé d'enquête s'avérant justifiée compte tenu de l'évolution de l'affaire et du manque de collaboration des recourants (cf. Truffer, op. cit., n° 24 ad art. 29 LFINMA), les frais occasionnés par son engagement sont à la charge de l'assujetti ainsi que l'a prévu la FINMA (Art. 36 al. 4 PA). Il ressort du rapport du chargé d'enquête que le recourant exerce la fonction d'administrateur de 38 personnes morales dont 22 constituent selon la FINMA des sociétés de domicile ; l'autorité inférieure explique que ces dernières ne disposent pas de locaux propres ni de personnel, hormis parfois leur ayant droit économique, qu'elles n'exercent pas d'activités commerciales réelles et qu'elles sont, à l'exception de trois d'entre elles, domiciliées auprès de la recourante ou y disposent de leur adresse de correspondance. Selon la FINMA, ces caractéristiques sont typiques de sociétés de domicile. Nommant 14 sociétés dans lesquelles le recourant ne détient pas de participations et de qui il perçoit 6'000 francs par an à titre de rémunération pour le mandat d'administrateur, elle conclut au caractère professionnel de

l'intermédiation financière. Ces faits ne sont pas contestés par les recourants. Il appert en effet que par l'absence d'une activité économique outre la détention d'un patrimoine appartenant - uniquement ou majoritairement - à un tiers ayant droit économique, ces 22 sociétés correspondent bien à la définition de société de domicile ancrée à l'art. 6 al. 2 OIF dont l'administration tombe sous le coup de l'art. 6 al. 1 let. d OIF et de l'art. 2 al. 3 LBA ; en tant qu'administrateur de ces sociétés, B. _____ revêt la qualité d'organe ; percevant un total de 84'000 francs par année civile à titre d'honoraires et entretenant des relations visées par la LBA avec plus de 20 sociétés, les recourants agissent à titre professionnel au sens de l'art. 7 al. 1 let. a et b OIF. Même à admettre qu'une partie des recettes puisse être considérée comme provenant d'activités non soumises à la LBA, telle la comptabilité, et clairement distincte du reste des honoraires, le seuil de 20'000 francs se trouve largement dépassé sans que ce type d'activités ne justifie un écart de cette importance ; de toute manière, le nombre décisif de sociétés administrées s'avère atteint.

E. 4.3

Il est ainsi établi que les recourants effectuent de l'intermédiation financière - acceptant, gardant en dépôt ou aidant à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers - à titre professionnel, lui en exerçant la fonction d'administrateur, elle en servant de structure à cette fin. Au demeurant, ils ne correspondent à aucune des exceptions mentionnées à l'art. 2 al. 4 LBA. Au vu de ce résultat, il n'y a pas lieu d'examiner si, au travers des procurations dont le recourant dispose sur les comptes de sociétés administrées, les recourants fournissent également des services dans le domaine du trafic des paiements au sens de l'art. 2 al. 3 let. b LBA. Au demeurant, il sied encore de préciser que contrairement aux déclarations des recourants, la notion de société de domicile - respectivement, son interprétation par les autorités - n'a pas évolué au cours de la procédure ; les définitions et explications contenues dans la "Pratique de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent relative à l'art. 2, al. 3, LBA" du 29 octobre 2008 (disponible sous http://www.finma.ch/archiv/gwgf/dokumentationen/publikationen/gwg_auslegung/pdf/59402_f.pdf, dernière visite le 3 mars 2015, p. 14 ss), dans la Circ. 2011/1 précitée ainsi que dans les courriers de la FINMA du 17 décembre 2010 et du 27 février 2012 sont largement identiques et ne permettent pas légitimement de tirer des conclusions différentes quant à la qualification des activités des recourants. Ceux-ci ne sauraient en outre être suivis lorsqu'ils prétendent avoir toujours cherché à se conformer aux obligations légales et s'être adaptés à leurs modifications. Ils ont au contraire fait preuve d'un comportement passif incompatible avec les devoirs de diligence que la LBA impose aux intermédiaires financiers et, par conséquent, avec la nécessité pour toute personne susceptible de tomber dans son champ d'application de clarifier leur éventuel assujettissement.

E. 5

Quant aux reproches des recourants concernant la durée de la procédure, lancée en 2004 déjà, ils ne leur sont d'aucun secours. Il est vrai que les autorités - d'abord l'Autorité de contrôle LBA et ensuite la FINMA - ont mené la procédure avec plusieurs interruptions ; la FINMA ne leur en fait toutefois pas porter les conséquences puisqu'elle ne conclut pas dans ses décisions à une violation des normes légales depuis cette époque ni leur fait supporter des frais de procédure reflétant cette durée. Les recourants se plaignent en outre du fait que la FINMA n'ait pas attendu l'issue de la procédure engagée par le recours du 30 janvier 2013 avant de rendre la décision du 15 mars 2013 ; ils ignorent en cela que cette dernière ne

porte pas sur le même objet que celle du 25 juillet 2012 ; l'éventuelle litispendance de la première cause devant le Tribunal de céans ne s'opposait ainsi pas à ce que la FINMA poursuive la procédure et prenne une décision sur le fond, d'autant plus que cette démarche sert en fin de compte à l'économie de procédure.

E. 6

L'interdiction enjointe aux recourants, s'ils ne sont pas affiliés à un organisme d'autorégulation ou qu'une demande d'autorisation n'a pas été déposée auprès de la FINMA, de conclure de nouvelles affaires d'intermédiation et d'effectuer, dans le cadre des relations d'affaires existantes, des actes qui ne sont pas absolument nécessaires à la conservation du patrimoine, correspond dans une large mesure à la teneur de l'art. 11 al. 2 OIF, à la différence que ce dernier exige que l'autorisation ait déjà été octroyée par la FINMA et non pas seulement requise. Aux termes de son alinéa 1, cette disposition vise les personnes qui passent d'une activité d'intermédiaire financier à titre non professionnel à une activité à titre professionnel. Il est incertain si la FINMA entend appliquer l'art. 11 al. 2 OIF directement aux recourants ou uniquement par analogie. Quoi qu'il en soit, cette question peut rester ouverte ; par les pouvoirs dont elle dispose en vertu de l'art. 31 LFINMA (cf. supra consid. 4.1), il lui est loisible de soumettre les recourants à de telles exigences qui ne font d'ailleurs que rappeler les obligations découlant de la LBA. Compte tenu des agissements des recourants, le prononcé de cette interdiction et l'avertissement des sanctions qu'ils encourent en cas de violation, notamment celles prévues aux art. 44 et 48 LFINMA, s'avèrent pleinement conformes au droit et ne sauraient être remis en cause.

E. 7

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). Or, comme il a été exposé plus haut (cf. supra consid. 4.2), cette nomination s'avérant nécessaire et fondée, les recourants doivent en supporter les coûts. Compte tenu de l'ampleur de l'enquête, nécessitant trois jours de travail dans les locaux de la recourante, la collecte d'informations et de documents ainsi que l'examen de dossiers de 40 personnes morales, le nombre d'heures de travail facturées - environ 170 - ne semble pas excessif. La requête de dédommagement déposée par les recourants en lien avec le manque à gagner allégué résultant de l'intervention du chargé d'enquête, outre qu'elle sort de l'objet du litige, s'avère injustifiée pour les mêmes motifs. Enfin, les frais à hauteur de 38'000 francs prononcés par la FINMA se basent valablement sur les art. 5 al. 1 let. a et 8 de l'ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA du 15 octobre 2008 (Oém-FINMA, RS 956.122) en relation avec l'art. 15 FINMA (cf. arrêt du TAF B 5087/2010 du 1er mars 2011 consid. 3) ; leur montant - non contesté en soi par les recourants - ne semble pas exagéré compte tenu des caractéristiques du cas d'espèce, en particulier des nombreux échanges d'écritures, du traitement de la demande de récusation ainsi que de la séance du 25 juillet 2012.

E. 8

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de constater que les décisions entreprises ne violent pas le droit fédéral, ne relèvent pas d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et ne sont pas inopportunes (art. 49 PA). Dès lors, mal fondés, les recours doivent être rejetés pour autant qu'ils soient recevables.

E. 9

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, les recourants ont succombé dans l'ensemble de leurs conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à 10'000 francs, doivent être intégralement mis à leur charge à hauteur de 5'000 francs chacun. Ils seront compensés par les avances de frais du même montant versées par les recourants dès l'entrée en force du présent arrêt. Vu l'issue de la procédure, les recourants n'ont 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.