

# **BVGer B-4935/2009 vom 31. August 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-08-31, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4935\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4935_2009)

FR: TAF B-4935/2009 du 31 août 2009

IT: TAF B-4935/2009 del 31 agosto 2009

## **Regeste**

Surveillance des marchés financiers

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

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

### **E. 1.2**

En vertu de l'art. 31 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), ledit Tribunal connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021), prises par les autorités mentionnées aux art. 33 et 34 LTAF. Demeurent réservées les exceptions - non réalisées en l'espèce - prévues à l'art. 32 LTAF. L'acte entrepris constitue une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. a PA susceptible de recours auprès du Tribunal administratif fédéral en vertu des art. 31 et 33 let. d LTAF en relation avec l'art. 54 de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité de surveillance des marchés financiers (LFINMA, RS 956.1). Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

### **E. 1.3**

La recourante, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteinte par la décision et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA).

### **E. 1.4**

Un recours contre une décision incidente ne portant ni sur la compétence ni sur une demande de récusation est recevable aux conditions fixées par l'art. 46 PA. Plus précisément, un recours contre une décision incidente instituant des mesures d'enquête dans le domaine de la surveillance des marchés financiers est recevable à la double condition que cette voie de droit soit ouverte contre la décision finale - condition remplie en l'espèce (cf. consid. 1.2) - et que dite décision incidente soit de nature à causer un préjudice irréparable au recourant (art. 46 al. 1 let. a PA) ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 46 al. 1 let. b PA). S'agissant du préjudice, il doit avoir sa cause dans la décision incidente attaquée elle-même et son caractère irréparable tient généralement au désavantage que subirait le recourant s'il devait attendre la décision finale pour entreprendre la décision incidente (cf. FRITZ GYGi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., Berne

1983, p. 142 ; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2e éd., Zurich 1998, n. 514). Un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification immédiate de la décision attaquée suffit. Celui-ci peut être de nature économique (ATF 120 Ib 97 consid. 1c, ATF 116 Ib 344 consid. 1c). Des motifs d'économie de procédure ou de sécurité du droit peuvent également justifier qu'une décision incidente puisse être attaquée immédiatement (JAAC 1997 n. 60 consid. 2a) ; l'intérêt du recourant ne doit toutefois pas consister exclusivement à éviter une prolongation de la procédure et les frais qu'elle entraîne (ATF 120 Ib 97 consid. 1c). En l'espèce, compte tenu de la gravité des mesures d'enquête arrêtées - nomination de chargés d'enquête avec pouvoir de représentation, blocage des avoirs bancaires -, il y a lieu de reconnaître que la décision entreprise est de nature à causer un préjudice irréparable à la recourante. Par conséquent, la décision incidente entreprise s'avère en principe attaquant.

### **E. 1.5**

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) rendue avant la création du Tribunal administratif fédéral, les décisions superprovisoires rendues par la CFB n'étaient pas susceptibles de recours au TF en raison de son pouvoir de cognition limité. Cette jurisprudence exigeait en effet de la CFB qu'elle rende, après avoir garanti le droit d'être entendu de la personne intéressée, une nouvelle décision incidente au sens de l'art. 45 al. 2 aPA (RO 1969 737) laquelle pouvait - selon l'ancien droit - faire l'objet d'un recours de droit administratif (ATF 126 II 11 consid. 6baa, ATF 130 II 351 consid. 3.2.1, ATF 132 II 382 consid. 1.2.1). La situation juridique a cependant changé depuis l'entrée en fonction du Tribunal administratif fédéral, lequel constitue la première instance de recours contre les décisions rendues par la FINMA et dispose d'une pleine cognition (art. 49 PA). Aussi l'argument avancé par le TF s'agissant de la cognition ne vaut pas pour le Tribunal de céans. De plus, la procédure de recours contre une décision superprovisoire n'empêche nullement l'autorité inférieure de procéder à un nouvel examen de la décision attaquée jusqu'à l'envoi de sa réponse (art. 58 PA) sur la base des renseignements obtenus par les chargés d'enquête ainsi que ceux fournis par le recourant dans le cadre de la procédure de recours. Par ailleurs, force est de constater que la pratique consacrée par le TF sous l'ancien droit présentait un inconvénient non négligeable pour le recourant dans la mesure où il devait attendre une nouvelle décision de l'autorité inférieure pour soumettre les mesures arrêtées par décision superprovisoire au contrôle d'une autorité judiciaire indépendante. Enfin, le maintien de cette pratique par le Tribunal administratif fédéral contreviendrait sans motifs légitimes à la lettre même de l'art. 30 PA. En effet, celle-ci veut que l'autorité entende les parties avant de rendre une décision : elle n'est pas tenue de le faire dans une procédure de première instance, lorsqu'il y a péril en la demeure, que le recours est ouvert aux parties et qu'aucune autre disposition du droit fédéral ne leur accorde le droit d'être entendues préalablement (art. 30 al. 2 let. e PA). En l'espèce, la nature du litige laisse présumer que la décision entreprise a été rendue dans un cas de péril en la demeure. Il n'existe au demeurant pas d'autres dispositions de droit fédéral accordant aux parties le droit d'être entendues préalablement. En conséquence, une décision sans audition préalable des parties n'est admissible - à la lecture même de l'art. 30 al. 2 let. e PA - que dans la mesure où celles-ci disposent d'un droit de recours. Cela doit manifestement également valoir pour les décisions superprovisoires rendues par la FINMA. Pour toutes ces raisons, le Tribunal administratif fédéral a décidé de s'écarter de la jurisprudence du TF et, en principe, d'entrer en matière sur des recours contre des décisions superprovisoires de la FINMA arrêtant des mesures d'enquête (arrêt du TAF B-2627/2009 du 27 mai 2009 consid. 1.3 et les réf. cit.).

## **E. 1.6**

Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 11, 22a, 50 et 52 al. 1 PA), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées. Le recours est ainsi recevable.

## **E. 2.1**

La LFINMA est entrée intégralement en vigueur le 1er janvier 2009. Cette loi vise à regrouper la surveillance étatique des banques, des entreprises d'assurance et des autres intermédiaires financiers au sein d'une seule autorité de surveillance afin notamment de renforcer la surveillance des marchés financiers. Ainsi, la CFB, l'Office fédéral des assurances privées et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent sont remplacés par la FINMA dès le 1er janvier 2009 (art. 58 al. 1 LFINMA).

## **E. 2.2**

La FINMA exerce la surveillance conformément aux lois sur les marchés financiers notamment la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB, RS 952.0 ; art. 6 al. 1 LFINMA). Elle a pour but de protéger les créanciers, les investisseurs et les assurés, et d'assurer le bon fonctionnement des marchés financiers ; elle contribue ce faisant à améliorer la réputation et la compétitivité de la place financière suisse (art. 5 LFINMA). En tant qu'autorité de surveillance, il lui incombe également de déterminer si une entreprise est assujettie à la loi et si elle doit avoir une autorisation (art. 1 et 3 LB ; ATF 126 II 111 consid. 3). Elle prend les décisions nécessaires à l'application de la LB ainsi que de leurs dispositions d'exécution et veille au respect des prescriptions légales ; si elle apprend que des infractions aux prescriptions légales ou d'autres irrégularités ont été commises, elle prend les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal et à la suppression des irrégularités (art. 31 LFINMA, art. 23bis al. 1 et 23ter al. 1 LB). Dans la mesure où elle doit veiller de manière générale au respect des prescriptions légales, son pouvoir de surveillance n'est pas limité aux seules entreprises qui sont assujetties à la loi. Selon la pratique, elle est également autorisée à utiliser les moyens légaux prévus pour exercer sa surveillance, même à l'égard d'instituts ou de personnes dont l'assujettissement à la loi est litigieux (ATF 132 II 382 consid. 4.1 et les réf. cit.).

## **E. 2.3**

Si des indices concrets suffisants permettent de penser qu'en violation du devoir d'information une activité soumise à autorisation est exercée sans que celle-ci n'ait été accordée, l'autorité inférieure a le pouvoir - et même le devoir - d'entreprendre les investigations nécessaires et d'adopter les mesures utiles pour rétablir l'ordre légal (ATF 126 II 111 consid. 3a, arrêt du TF 2A.119/2002 du 11 décembre 2002 consid. 2.1). En vertu de l'art. 36 LFINMA, la FINMA peut entre autres 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. La nomination de chargés d'enquête ne nécessite pas la constatation préalable de la violation d'une disposition légale, il suffit qu'il existe des indices objectifs à cet égard et que seul un contrôle sur place permette de définitivement élucider les faits. L'irrégularité au sens de l'art. 31 LFINMA réside en l'espèce dans l'incertitude de la situation initiale qu'il convient de dissiper grâce à la nomination de chargés d'enquête (arrêt du TF 2A.575/2004 du 13 avril 2005 consid. 3.2 et les réf. cit.).

#### **E. 2.4**

Le choix de la mesure à adopter dans une situation concrète est une question d'appréciation. La FINMA, en tant qu'autorité spécialisée dans la surveillance des banques, jouit d'une importante marge de manoeuvre dans le choix des mesures qu'elle décide d'appliquer. L'autorité inférieure doit cependant se conformer aux principes généraux régissant toute activité administrative, ce qui implique notamment l'interdiction de l'arbitraire, le respect de l'égalité de traitement ainsi que des principes de la proportionnalité et de la bonne foi. La mesure choisie doit également correspondre aux buts essentiels de la législation sur les marchés financiers, à savoir la protection respectivement des créanciers et des investisseurs, d'une part, et le bon fonctionnement du marché ainsi que la réputation de la place financière helvétique, d'autre part (ATF 131 II 306 consid. 3.1.2, ATF 130 II 351 consid. 2.2, arrêt du TF 2C\_749/2008 du 16 juin 2009 consid. 3.1 dont la publication aux ATF est prévue).

#### **E. 3.1**

Les personnes physiques ou morales qui ne sont pas assujetties à la loi sur les banques ne peuvent accepter des dépôts du public à titre professionnel (art. 1 al. 2 LB et 3a de l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne [OB, RS 952.02]). Agit à titre professionnel au sens de la LB, celui qui sur une longue période accepte plus de 20 dépôts du public. Ainsi, dans le sens d'une présomption légale, celui qui accepte de l'argent de plus de 20 dépo-sants agit-il toujours à titre professionnel (Circ.-FINMA 08/3 Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires, n° 9). Le caractère professionnel de l'activité peut également être reconnu si celui qui accepte des dépôts du public démontre clairement l'intention d'accepter plus de 20 dépôts même si, en l'état, il n'a pas dépassé ce nombre, notamment en cas d'appel au public pour obtenir des fonds en dépôt (art. 3 al. 1 OB ; Circ.-FINMA 08/3 Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires, n° 9 ; ATF 132 II 382 consid. 6.3.1 et les réf. cit.). L'art. 3a al. 3 let. c OB prévoit que les soldes en compte de clients auprès de négociants en valeurs mobilières ou en métaux précieux, auprès de gérants de fortune ou d'entreprises analogues qui servent uniquement à exécuter des opérations de clients, ne sont pas considérés comme des dépôts lorsqu'aucun intérêt n'est accordé sur les comptes. Toutefois, les soldes en compte de clients auprès d'un négociant en métaux précieux ne sont couverts par l'exception que si le négociant dispose physiquement des avoirs en métaux précieux de ses clients et si les clients bénéficient d'un droit de distraction en cas de faillite du négociant (Circ.-FINMA 08/3 Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires, n° 16bis). De plus, depuis le 1er avril 2008, l'exception de l'art. 3a al. 3 let. c OB ne concerne plus les négociants en devises (RO 2008 1199) ; en vertu de l'art. 62a OB, les négociants en devises en exercice soumis désormais à la loi doivent s'annoncer auprès de l'autorité de surveillance dans un délai de trois mois à compter de l'entrée en vigueur de la modification de l'ordonnance. Ils doivent en outre, dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur, satisfaire aux exigences de la loi et déposer une requête en autorisation.

#### **E. 3.2**

En l'espèce, il convient de relever que la recourante ne conteste pas avoir exercé une activité de négoce en devises et en métaux précieux sans autorisation. Elle affirme cependant avoir mis un terme à ces activités depuis le 31 mars 2009. À cet égard, il sied de constater que le site internet de la recourante proposait toujours, plusieurs mois après la prétendue fin de ses activités, des services au public quant au négoce pour lequel elle ne disposait d'aucune autorisation. La recourante avait pourtant expressément annoncé à l'autorité inférieure en

date du 15 mai 2009 que son site internet allait être modifié dans les plus brefs délais. Or, cet appel au public semble déjà constituer une violation de l'art. 3 al. 1 OB quand bien même la plate-forme de négoce n'était plus active comme l'ont confirmé les chargés d'enquête dans leur rapport du 17 août 2009. Il en va de même pour l'inscription du but social de l'entreprise au registre du commerce faisant toujours mention de fourniture de prestations de services en matière de négoce dans les marchés internationaux ressortissant aux domaines de la finance et des matières premières. Il faut également noter que, à la requête du 12 mai 2009 de l'autorité inférieure tendant à la délivrance d'une attestation de cessation des activités par l'organe de révision, la recourante a répondu que celui-ci devait procéder au contrôle des comptes le 29 mai 2009. Cela étant, elle n'a pas jugé utile d'informer la FINMA des suites du contrôle de sa comptabilité ni n'a fourni une attestation de cessation de ses activités à ce jour. De plus, le rapport des chargés d'enquête a établi que du négoce en métaux précieux avait été effectué sans que la recourante ne détienne physiquement les quantités équivalentes de ces métaux pour le compte des clients concernés. Il sied de noter que la recourante ne s'est jamais exprimée à ce sujet, pas plus dans ses courriers à l'autorité inférieure que dans son mémoire de recours. Dans ces circonstances, il faut donc admettre que des éclaircissements s'avèrent nécessaires. À cela s'ajoute que le rapport des chargés d'enquête fait état de sérieux problèmes de liquidités, la recourante se trouvant vraisemblablement en situation de surendettement. Par ailleurs, il faut également relever que le futur de la recourante n'est pour l'heure pas établi et qu'il lui est en tout temps possible de reprendre ses activités illicites. Enfin, on ne saurait suivre la recourante lorsqu'elle prétend que l'autorité inférieure ne l'a pas suffisamment interpellée avant de rendre la décision entreprise. En effet, un examen prima facie du dossier démontre clairement que l'autorité a plutôt fait preuve de beaucoup de patience envers la recourante alors que celle-ci ne répondait que de manière partielle à ses demandes.

### **E. 3.3**

S'agissant des mesures ordonnées par l'autorité inférieure, il convient de mettre en balance, d'une part, les intérêts de la recourante à poursuivre librement ses activités économiques ainsi qu'à disposer librement de ses avoirs, et, d'autre part, les intérêts des créanciers dans la perspective d'une liquidation éventuelle ainsi que l'intérêt public à un fonctionnement du marché financier conforme au droit. Or, il ressort de l'ensemble des éléments de fait rassemblés par l'autorité inférieure et les chargés d'enquête que, prima facie, il paraît vraisemblable que la recourante ait exercé des activités de négoce en devises et en métaux précieux en violation des dispositions légales en vigueur. De plus, la situation financière de la recourante rend vraisemblable une menace des intérêts des créanciers. Dans ces circonstances, il sied d'admettre que l'annulation des mesures ordonnées par la FINMA pourrait porter préjudice aux intérêts dignes de protection des créanciers ainsi qu'à l'intérêt public à un fonctionnement du marché financier conforme au droit.

### **E. 3.4**

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, mal fondé, le recours doit être rejeté.

### **E. 4**

Dans la mesure où ledit arrêt tranche le sort du présent litige, point n'est besoin de statuer sur la requête de restitution de l'effet suspensif formée par la recourante.

### **E. 5**

Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 1ère phrase et 4 FITAF). En l'espèce, la recourante a succombé dans l'ensemble de ses conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à Fr. 2'000.-, doivent être intégralement mis à sa charge. Ils seront prélevés sur l'avance de frais de Fr. 2'000.- d'ores et déjà versée par la recourante. Vu l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 PA).

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