

Chronique de la pratique administrative

Jean-Baptiste Zufferey

Professeur à l'Université de Fribourg

Journée de droit bancaire et financier
3 octobre 2019

Table des matières

1.	Présentation.....	259
2.	Annexes.....	267
a.	Bibliographie sélective	268
b.	Jurisprudence disponible sur la responsabilité des autorités en matière de surveillance financière	269
c.	Jurisprudence administrative des tribunaux fédéraux 2018/2019.....	271



CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

www.cdbf.ch

Journée de droit bancaire et financier 2019

Chronique de la pratique administrative

Jean-Baptiste Zufferey
Professeur à l'Université de Fribourg



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

1



Introduction

Thème : «pratique administrative»

- FINMA
- Jurisprudence :
 - TAF
 - TF

Perspective : l'avocat genevois et la démocratisation du droit de la surveillance financière

Focus :

- Champ d'application des lois
- Sanctions personnelles
- Responsabilité de l'autorité
- Entrée en vigueur du nouveau régime



2

2



Documentation

Bibliographie (sélective)

Jurisprudence sur la responsabilité des autorités de surveillance

Jurisprudence administrative 2018-2019 :

- TF – arrêts publiés : assistance administrative
- TF – arrêts non publiés : diverses rubriques
- TAF – tous les arrêts



3

3



Nouvel art. 1a LB en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019

Art. 1a Banques

Est réputé banque quiconque est principalement actif dans le secteur financier et:

a. accepte à titre professionnel des **dépôts du public** supérieurs à 100 millions de francs ou fait appel au public pour les obtenir;

b. accepte à titre professionnel des **dépôts du public** jusqu'à concurrence de 100 millions de francs ou fait appel au public pour les obtenir et investit ou rémunère ces dépôts, ou

c. se refinance dans une mesure importante auprès de plusieurs banques ne participant pas de manière notable à son capital dans le but de financer pour son propre compte, de quelque manière que ce soit, un nombre indéterminé de personnes ou d'entreprises avec lesquelles il ne forme pas une entité économique.



4

4

Nouvel art. 1b LB en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019

Art. 1b Promotion de l'innovation

¹ Les dispositions de la présente loi s'appliquent par analogie aux personnes qui sont principalement actives dans le secteur financier et qui:

- a. acceptent à titre professionnel des **dépôts du public** jusqu'à concurrence de 100 millions de francs ou font appel au public pour les obtenir, et
- b. n'investissent ni ne rémunèrent ces dépôts.

² Le Conseil fédéral peut adapter le montant fixé à l'al. 1. Ce faisant, il tient compte de la compétitivité et de la capacité d'innovation de la place financière suisse.

³ Les personnes visées à l'al. 1 doivent notamment:

- a. définir exactement leur champ d'activité et prévoir une organisation correspondant à cette activité;
- b. disposer d'une gestion des risques aménagée de manière adéquate et d'un contrôle interne efficace, qui garantit notamment le respect des prescriptions légales et internes à l'entreprise (compliance);
- c. disposer de ressources financières adéquates;
- d. garantir que les personnes chargées de l'administration et de la gestion jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable.



5

5

Nouvel art. 1b LB en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019

⁴ Les dispositions suivantes sont réservées:

- a. les comptes des personnes visées à l'al. 1 sont établis exclusivement selon les prescriptions du code des obligations (CO);
- b. les personnes visées à l'al. 1 doivent faire contrôler leurs comptes annuels et, le cas échéant, leurs comptes consolidés conformément aux prescriptions du CO; l'art. 727a, al. 2 à 5 CO ne s'applique pas;
- c. les personnes visées à l'al. 1 chargent une société d'audit agréée par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision selon l'art. 9a, al. 1 ou 4bis, de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision de procéder à un audit conformément à l'art. 24 de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA);
- d. les dispositions sur les dépôts privilégiés (art. 37a) et le remboursement immédiat (art. 37b) ne s'appliquent pas aux dépôts ouverts auprès des personnes visées à l'al. 1; les déposants doivent être informés de cette restriction avant d'effectuer le dépôt.

⁵ Dans des cas particuliers, la FINMA peut déclarer les al. 1 à 4 applicables aux personnes qui acceptent à titre professionnel des **dépôts du public** supérieurs à 100 millions de francs ou font appel au public pour les obtenir, n'investissent ni ne rémunèrent ces dépôts et garantissent la protection des clients par des mesures particulières.

⁶ Quiconque dépasse le seuil de 100 millions de francs doit l'annoncer dans les dix jours à la FINMA et lui présenter une demande d'autorisation au sens de l'art. 1a dans les 90 jours. L'al. 5 est réservé.



6

6

Art. 33 LFINMA

Art. 33 Interdiction d'exercer

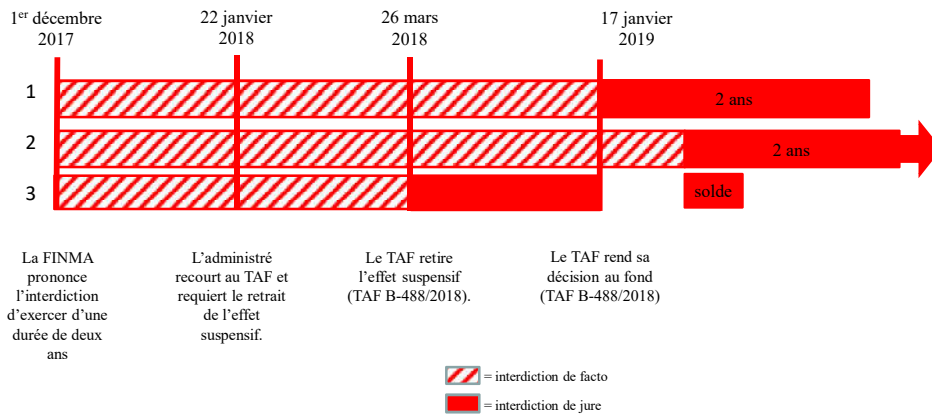
¹ Si la FINMA constate une violation grave du droit de la surveillance, elle peut interdire à l'auteur d'exercer une fonction dirigeante dans l'établissement d'un assujetti.

² L'interdiction peut être prononcée pour une durée de cinq ans au plus.



7

La suite d'une saga exposée déjà en 2018



8

La PA et son régime de l'effet suspensif

Art. 55 PA : II. Mesures provisionnelles 1. Effet suspensif

1 Le recours a effet suspensif.

2 Sauf si la décision porte sur une prestation pécuniaire, l'autorité inférieure peut y prévoir qu'un recours éventuel n'aura pas d'effet suspensif; après le dépôt du recours, l'autorité de recours, son président ou le juge instructeur a la même compétence.

3 L'autorité de recours, son président ou le juge instructeur peut restituer l'effet suspensif à un recours auquel l'autorité inférieure l'avait retiré; la demande de restitution de l'effet suspensif est traitée sans délai.

[...]



9

9

Les mesures provisionnelles

Art. 56 PA : 2. Autres mesures

Après le dépôt du recours, l'autorité de recours, son président ou le juge instructeur peut prendre d'autres mesures provisionnelles, d'office ou sur requête d'une partie, pour maintenir intact un état de fait existant ou sauvegarder des intérêts menacés.



10

10



La responsabilité de la FINMA

Art. 19 LFINMA : Responsabilité

1 La responsabilité de la FINMA, de ses organes, de son personnel et des personnes mandatées par elle est régie par la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité, sous réserve de l'al. 2.

2 La FINMA et les personnes qu'elle a mandatées sont responsables uniquement aux conditions suivantes :

- a. elles ont violé des devoirs essentiels de fonction; et
- b. l'assujetti n'a pas causé les dommages en violant ses obligations.



11

11



Loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin)

Art. 74 Dispositions transitoires

¹ Les établissements financiers qui, au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi, disposent d'une autorisation en vertu d'une loi sur les marchés financiers citée à l'art. 1, al. 1, LFINMA pour exercer leur activité sont dispensés d'en demander une nouvelle. Ils doivent satisfaire aux exigences de la présente loi dans le délai d'un an à compter de son entrée en vigueur.

² Les établissements financiers qui ne sont pas soumis à l'obligation d'obtenir une autorisation en vertu de l'ancien droit mais sont tenus d'en obtenir une en vertu de la présente loi doivent s'annoncer à la FINMA dans les **six mois** qui suivent l'entrée en vigueur. Ils doivent satisfaire aux exigences de la présente loi et demander une autorisation dans les **trois ans** à compter de l'entrée en vigueur. Ils peuvent poursuivre leur activité jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'autorisation, pour autant qu'ils soient affiliés à un organisme d'autorégulation selon l'art. 24 de la loi fédérale du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA) et soumis à la surveillance de cet organisme en ce qui concerne le respect des obligations en matière de blanchiment d'argent.

³ Les gestionnaires de fortune et les trustees qui débutent leur activité dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la présente loi doivent s'annoncer **sans délai** auprès de la FINMA et satisfaire, dès le début de leur activité, aux conditions mises à l'octroi de l'autorisation, à l'exception de celle visée à l'art. 7, al. 2. Ils doivent, au plus tard dans l'année suivant l'autorisation par la FINMA d'un organisme de surveillance au sens de l'art. 43a LFINMA, s'affilier à un organisme de surveillance et demander une autorisation. Ils peuvent exercer leur activité jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'autorisation, pour autant qu'ils soient affiliés à un organisme d'autorégulation au sens de l'art. 24 LBA et soumis à la surveillance de cet organisme en ce qui concerne le respect des obligations en matière de blanchiment d'argent.

⁴ Dans certains cas, la FINMA peut prolonger les délais fixés aux al. 1 et 2.



12

12



L'application immédiate des exigences légales

Bulletin CFB 35/1998, p. 13


« Le délai de deux ans n'est donné que pour permettre aux négociants qui exercent déjà une activité d'adapter leurs structures à la nouvelle législation et de demander une autorisation. En ce qui concerne l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable et le respect des règles de conduite, ils sont d'application immédiate (c. 7).

Lorsque les intérêts des investisseurs sont gravement mis en danger, le délai transitoire de deux ans peut être réduit et la mise en liquidation du négociant ordonnée (c. 8).»



13

13



Deux autres modifications apportées aux ordonnances par rapport au projet mis en consultation

Entrée en vigueur / dispositions transitoires

- **Entrée en vigueur de la LSFIn et de la LEFin et des ordonnances correspondantes au 1er janvier 2020;** nouveau délai transitoire de deux ans pour les art. 103 (classification des clients), 104 (connaissances requises), 105 (règles de comportement), 106 (organisation) et 110 (feuille d'information de base); le délai prévu à l'art. 109 OSFin était déjà de deux ans.
- **Suppression de l'obligation d'enregistrement pour les conseillers financiers s'ils sont soumis à une surveillance à l'étranger.**



14

14



**La FINMA a fêté ses 10 ans
Elle a déjà toutes ses dents**



Annexes

1. Bibliographie sélective

2. Jurisprudence disponible sur la responsabilité des autorités en matière de surveillance financière

3. Jurisprudence administrative des tribunaux fédéraux 2018/2019
 - I. Jurisprudence publiée du TF

 - II. Jurisprudence non publiée du TF

 - III. Jurisprudence du TAF

1. Bibliographie sélective

BERTSCHINGER Urs, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2016 bis ins vierte Quartal 2017, RSDA 6/2017, p. 831 ss.

BERTSCHINGER Urs, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2017 bis ins vierte Quartal 2018, RSDA 6/2018, p. 708 ss.

BOVET Christian / RICHA Alexandre, Protection des données et nouvelles procédures de communication aux autorités fiscales et de surveillance étrangères, RSDA 2/2017 p. 144 ss.

FINMA, Rapport 2018 sur l'enforcement (<https://www.finma.ch/fr/documentation/publications-finma/rapports/rapport-sur-l-enforcement/>).

FRIEDRICH Alain, Venture Capital Gesellschaften und die Bewilligungspflicht als kollektive Kapitalanlage – Besprechung des Urteils, 2C_1068/2017, 2C_1070/2017 des Bundesgerichts vom 9. Oktober 2018, GesKR 2/2019, p. 308 ss.

FRITSCHÉ Claudia M., Kooperieren oder nicht?, GesKR 3/2016, p. 376 ss.

GROB Thomas / VON DER CRONE Hans Caspar, Die Rechtsstaatlichkeit der FINMA-Watchlist, RSDA 6/2017, p. 851 ss.

HÄRTSCH Theodor / EICHHORN Alexander, Kollektivanlagenrecht: Einige Fragen, Antworten und Bemerkungen aus der Praxis, GesKR 4/2018, p. 436 ss.

HUBER Roman, Interne Untersuchungen und Anwaltsgeheimnis – Entwicklungen und Eckpunkte einer «Best Practice» für Unternehmen, GesKR 1/2019, p. 65 ss.

MÜLLER Vaïk, Clauses de reconnaissance d'ajournement: quelques considérations sur l'article 12 al. 2^{bis} OB, GesKR 3/2018, p. 363 ss.

KUERT Matthias / SIEVI Nino, Bewilligungspflicht als Emissionshaus – Besprechung des Urteils B-2188/2016 des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. Dezember 2017, GesKR 3/2018, p. 379 ss.

STUTZ Manuel, Die Aufsicht der unabhängigen Vermögensverwalter unter dem FINIG – Aufsichtsstruktur, Aufsichtsorganisationen und Handlungsfelder, GesKR 3/2017, p. 293 ss.

UHLMANN Felix / STOJANOVIC Jasna, Vertrauen im Finanzmarktrecht aus öffentlich-rechtlicher Sicht, RSDA 6/2017, p. 732 ss.

ZULAUF Urs / GAVA Roy, FINMA's Enforcement in Court, RSDA 2/2019, p. 99 ss.

2. Jurisprudence disponible sur la responsabilité des autorités en matière de surveillance financière

I. Arrêts du TAF

TAF A-3535/2010 du 14 juillet 2010 : activité non autorisée de négociant en valeurs mobilières.

TAF A-7111/2010 du 11 avril 2012 : affaire de la BCGE ; recours contre la décision du DFF.

TAF A-2526/2011 du 07 août 2012 : activité non autorisée de maison d'émission.

TAF A-5389/2011 du 7 janvier 2013 : infraction à la LB et à la LBVM. Ouverture de la faillite.

TAF A-3924/2012 du 18 février 2013 : retrait de l'autorisation de négociant par la CFB.

TAF A-893/2013 du 19 mars 2014 : acceptation non autorisée de dépôts du public.

TAF A-5172/2014 du 8 janvier 2016 : activité non autorisée de négociant en valeurs mobilières.

TAF A-3495/2016 du 9 novembre 2016 : décision de liquidation d'une banque par la FINMA.

TAF A-7515/2015 du 4 janvier 2017 : activités d'intermédiaire financier sans affiliation à un OAR et sans autorisation. Recours au TF (2C_166/2017 du 14 février 2017).

TAF A-5973/2015 du 1^{er} septembre 2017 : inscription de la recourante dans la liste de surveillance de la FINMA. Décision confirmée par le TF (2C_856/2016 du 4 novembre 2016).

TAF A-3504/2016 du 8 novembre 2017 : la FINMA n'offre pas la garantie que les procédures d'indemnisation soient menées de manière équitable et impartiale. Recours au TF sur le montant des dépens (2C_1054/2017 du 15 mai 2018).

TAF A-698/2018 du 6 décembre 2018 : la nouvelle organisation de la FINMA (voir A-3504/2016 du 8 novembre 2017) offre les garanties nécessaires en matière de procédure de responsabilité.

TAF A-3150/2016 du 3 juillet 2018 : blanchiment d'argent. Recours au TF (2C_809/2018 du 18 juin 2019).

II. Arrêts publiés du TF

ATF 106 Ib 357 : Banque de crédit international.

ATF 116 Ib 193 : intervention trop tardive de la CFB.

ATF 117 II 315 : aucune responsabilité subsidiaire de la Confédération si la société d'audit n'est pas en mesure de réparer le dommage.

III. Arrêts non publiés du TF

2A.59/1995 du 4 avril 1995 : la CFB renonce à prononcer la liquidation d'un intermédiaire financier.

5A.9/2000 du 22 mars 2001 : acceptation non autorisée de dépôts du public.

2A.665/2005 du 14 décembre 2005 : acceptation non autorisée de dépôts du public

2C_179/2012 du 17 avril 2012 : infraction à la loi sur les banques et à la LBVM. Assistance judiciaire.

2C_149/2013 du 15 avril 2013 : infraction à la loi sur les banques et sur les bourses.

2C_454/2014 du 16 mai 2014 : demande d'indemnité à titre de réparation morale.

2C_427/2016 du 17 mai 2016 : refus d'une demande de prolongation de délai.

2C_166/2017 du 14 février 2017 : activités d'intermédiaire financier sans affiliation à un OAR et sans autorisation.

2C_856/2017 du 13 mai 2019 : inscription de la recourante dans la liste de surveillance de la FINMA.

2C_809/2018 du 18 juin 2019 : blanchiment d'argent.

3. Jurisprudence administrative des tribunaux fédéraux 2018/2019

I. Jurisprudence publiée du TF : entraide et assistance administrative

1. En matière fiscale

144 II 29	<p>Assistance administrative internationale avec les Etats-Unis d'Amérique ; documentation contenant des données permettant d'identifier des employés de banque et un avocat/notaire. Art. 26 par. 1 CDI CH-US. La jurisprudence rendue en lien avec la notion de renseignements "vraisemblablement pertinents" figurant à l'art. 26 par. 1 du Modèle OCDE de Convention fiscale sur le revenu et la fortune peut être reprise pour interpréter celle de "renseignements nécessaires" de l'art. 26 par. 1 CDI CH-US (c. 4.2.1 et 4.2.2). Inventaire des cas dans lesquels le Tribunal fédéral a admis la transmission de renseignements concernant des tiers (c. 4.2.4). En l'espèce, les documents destinés à être communiqués aux Etats-Unis contiennent des éléments qui permettent d'identifier des employés de banque ainsi qu'un avocat/notaire. Ces informations ne constituent en l'espèce pas des renseignements nécessaires au sens de l'art. 26 par. 1 CDI CH-US. Elles doivent donc être caviardées (c. 4.3-4.5).</p>
144 II 130	<p>Assistance administrative internationale ; admissibilité de la pratique des <i>status updates</i>. Art. 31 par. 1 et 3 let. c CV; art. 25^{bis} CDI CH-ES. Le fait d'informer l'Etat requérant de l'état d'avancement d'une procédure d'assistance administrative (pratique des <i>status updates</i>) revient à lui communiquer une information de nature procédurale et non pas matérielle (c. 6). Les textes internationaux qui n'ont qu'une valeur de "<i>soft law</i>" constituent d'importants moyens auxiliaires d'interprétation des traités, dans la mesure où ils reflètent les traditions juridiques communes aux Etats membres des organisations sous les auspices desquelles ils ont été élaborés. La pratique des <i>status updates</i> résulte en l'espèce de l'application de l'art. 25^{bis} CDI CH-ES et de son Protocole, interprétés à la lumière du principe de la bonne foi et en tenant compte du Commentaire OCDE du Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, ainsi que du Commentaire OCDE du Modèle d'accord de 2002 sur l'échange de renseignements établi par le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales. La fourniture de <i>status updates</i> est par ailleurs un standard internationalement reconnu que la Suisse s'est engagée à respecter (c. 8 et 9).</p>
144 II 206	<p>Assistance administrative internationale ; principe de la subsidiarité ; pertinence vraisemblable ; bonne foi. Portée de la subsidiarité. Art. 26 CV ; art. 28 par. 1 CDI CH-FR ; ch. XI du Protocole additionnel à la CDI CH-FR. Distinction entre le principe de la subsidiarité et la condition de la pertinence vraisemblable (c. 3). Portée de la pertinence vraisemblable (rappel de jurisprudence). Possibilité pour le contribuable visé de démontrer que la condition de la pertinence vraisemblable a disparu en cours de procédure (c. 4.3). Distinction entre le principe de la bonne foi comme principe de droit international public et la bonne foi</p>

	<p>susceptible d'engager l'Etat vis-à-vis d'un particulier. Le contribuable visé par une demande d'assistance administrative ne peut dans la règle pas faire valoir la mauvaise foi de l'Etat requérant à son endroit pour s'opposer à l'octroi de l'assistance (c. 4.4)</p>
--	--

2. En matière d'insolvabilité

<p>145 II 168</p>	<p>Recours en matière de droit public ; reconnaissance d'une mesure d'insolvabilité étrangère ; recours en matière civile. Art. 83 let. h LTF ; art. 37g LB. Recours dirigé contre un arrêt d'irrecevabilité du Tribunal administratif fédéral qui porte, au fond, sur la reconnaissance, par la FINMA, d'un plan de résolution d'une banque andorranne, ainsi que sur l'autorisation donnée simultanément à la banque, désormais dirigée par une autorité de surveillance étrangère, de récupérer ses actifs se trouvant en Suisse. Le litige concerne un cas d'assistance administrative internationale, soit un acte de collaboration entre deux autorités appartenant à des Etats différents qui se soutiennent dans l'accomplissement de leurs tâches. Irrecevabilité du recours en matière de droit public en application de l'art. 83 let. h LTF (c. 1-3). Pas de transformation possible en recours en matière civile (c. 4).</p>
-------------------	--

II. Jurisprudence non publiée du TF

1. Activité régulée

1.1 Banque

2C_122/2018 du 2 avril 2019	Acceptation non autorisée de dépôts du public / Liquidation et faillite. La FINMA a constaté que la société en question, active dans la culture, le commerce et la transformation de plantes et produits végétaux, avait reçu à titre professionnel et sans autorisation des dépôts du public et avait ainsi gravement violé la loi sur les banques. L'autorité a également constaté dans cette même décision que la société ne remplissait pas les conditions d'octroi d'une autorisation bancaire et refusa son octroi a posteriori. En raison du défaut d'autorisation, la FINMA a ordonné la liquidation de la société. Développement sur la notion de dépôts du public (c. 2) et celle d'acceptation de dépôts du public (c. 3).
-----------------------------	--

1.2 Négociant

2C_412/2018 du 11 mai 2018	Activité non autorisée de maison d'émission. Décision de non entrée en matière.
2C_571/2018 du 30 avril 2019	Activité non autorisée de maison d'émission. L'autorisation pour les maisons d'émission est la seule disposition de la loi sur les bourses qui règle le marché primaire. Rappel de la distinction entre le marché primaire et le marché secondaire (c. 2.2.1). La LSF fin introduira pour la première fois une réglementation globale du marché primaire ; la LEFin renoncera au maintien de l'autorisation pour les maisons d'émission et réservera cette activité aux banques et aux maisons de titres (art. 12 et 41 LEFin). Définition des notions de <i>valeurs mobilières</i> , de <i>prise ferme</i> ou à <i>la commission</i> , de <i>à titre professionnel</i> et <i>d'offre au public</i> (c. 3) L'activité de la recourante est dans le cas d'espèce typique de celle d'une maison d'émission et a donc été accomplie sans le bénéfice d'une autorisation (c. 4). L'exercice d'une activité de négociant en valeurs mobilières sans autorisation constitue une violation grave du droit de la surveillance et justifie donc la publication de la décision en vertu de l'art. 34 LFINMA (c. 5.3).

1.3 Placement collectif

2C_1068/2017, 2C_1070/2017 du 9 octobre 2018	Champ d'application matériel de la LPCC. Art. 2 al. 2 let. d et e LPCC. Application de la LPCC a une société de Venture Capital. La notion de placement collectif de capitaux englobe tout investissement à long terme de fonds prévu pour obtenir un rendement ou une augmentation de valeur ou, à tout le moins, pour en conserver la substance, alors que l'activité commerciale ou industrielle ne constitue pas une activité d'investissement et ne peut donc pas être soumise à la LPCC. L'activité d'une société de Venture capital se caractérise par le fait que la valeur ajoutée de l'investissement est générée par une participation active de l'investisseur à l'entreprise dans laquelle il investit. Cela distingue l'activité de l'investisseur en capital-risque de l'investissement passif dans des placements collectifs dans lesquels l'investisseur n'exerce aucune influence sur l'investissement. Une société de Venture Capital qui participe activement à la société dans laquelle elle détient une participation ne peut être qualifiée d'organisme de placement collectif en raison de son activité entrepreneuriale et de l'absence de gestion externe (c. 3.2). Recours admis et affaire renvoyée à la FINMA pour nouvelle décision.
--	---

2. Mesures et sanctions

2C_929/2017 du 23 avril 2018	Violation grave du droit de la surveillance. Interdiction d'exercer d'une durée d'un an. Retrait de l'autorisation LBA pour une Sarl active dans la gestion de fortune, dont les associés ont été reconnus coupables d'escroquerie par métier. La FINMA interdit aux deux associés de la Sarl d'exercer pendant une durée de deux ans (un an depuis l'entrée en force de la décision) une fonction dirigeante au sein d'un établissement assujéti à l'autorité de surveillance. L'interdiction ne peut être prononcée qu'en cas de violation grave des devoirs de surveillance, la gravité de la violation et l'importance de la disposition violée étant déterminantes (c. 2.1). L'obligation d'annoncer en vertu de l'art. 29 LFINMA couvre en premier lieu les actes punissables par la législation des marchés financiers, ainsi que toutes les infractions de droit commun commises par la personne sous surveillance, ses organes ou employés envers ses clients ou des tiers. En l'occurrence, la société avait annoncé à l'autorité de surveillance qu'une procédure pénale était en cours, mais aucun des deux associés n'a communiqué à la FINMA sa condamnation. L'assujéti a omis de communiquer un fait important susceptible d'intéresser la FINMA car la condamnation pour une infraction contre le patrimoine remet en cause les conditions d'octroi de l'autorisation LBA (art. 14 al. 2 let. c LBA). La question de savoir si les investisseurs ou le fonctionnement des marchés financiers ont effectivement été mis en danger est sans pertinence pour déterminer s'il y avait une obligation d'information. Une condamnation pénale pour escroquerie par métier entraînant une peine privative de liberté de 3 ans et demi constitue un fait important à annoncer à la FINMA car il a une influence sur les conditions d'octroi de l'autorisation LBA (c. 2.2.1). En
---------------------------------	--

	<p>confirmant par écrit lors du contrôle LBA qu'il n'existe ou n'a existé aucune procédure contre les associés en rapport avec leur activité professionnelle et leur activité d'intermédiaire financier, la personne assujettie a donné à la FINMA de fausses informations et violé l'art. 29 al. 1 LFINMA (c. 2.2.2). Le recourant a agi de façon intentionnelle et coupable ; l'interdiction d'exercer est dès lors justifiée. La durée d'un an paraît proportionnée au vu de la grave violation du droit de la surveillance commise (c. 3). Montant des émoluments de procédure de première instance devant la FINMA et analyse de la question de la solidarité (c. 4).</p>
<p>2C_422/2018 du 20 mars 2019</p>	<p>Violation du devoir de diligence dans la lutte contre le blanchiment d'argent. Après avoir constaté de graves manquements au devoir de diligence imposé par la LBA et par les dispositions internes de la banque, la FINMA ordonne à l'encontre de cette dernière des sanctions (notamment la confiscation du bénéfice réalisé) ainsi que le rétablissement de l'état conforme au droit sous la menace du retrait de l'autorisation bancaire. Recours de la banque admis au TAF et réduction du bénéfice confiscable. Définition de la notion de bénéfice (c. 2). Obligation ou non de déduire les charges (c. 3). Admission du recours et annulation de l'arrêt du TAF. La déduction des charges n'est pas admissible dans le cas d'espèce et le montant brut du bénéfice peut être confisqué. L'intimé n'a pas apporté la preuve que les coûts d'infrastructure et de personnel allégués sous la forme de frais généraux de fonctionnement n'auraient pas été encourus sans la violation du droit de la surveillance (c. 3.2).</p>

3. Procédure

<p>2C_387/2018 du 18 décembre 2018</p>	<p>Compétence du conseil d'administration de la FINMA d'édicter des décisions au sujet des fonds propres d'une banque systémique. Selon l'art. 9 al. 1 let. b LFINMA, le conseil d'administration de la FINMA est compétent pour statuer sur les affaires de grande portée. Le règlement d'organisation de la FINMA peut être pris en compte pour l'interprétation de cette notion, dans la mesure où il ne dépasse pas le cadre légal. Selon l'art. 2^{bis} al. 2 du règlement, constituent des « affaires de grande portée » celles qui peuvent avoir des conséquences considérables pour l'ensemble des créanciers, investisseurs ou assurés, ou des affaires de grande importance pour le bon fonctionnement des marchés financiers (c. 3.5.2). Les décisions sur les fonds propres des banques d'importance systémique peuvent non seulement avoir des effets sur l'existence de l'établissement concerné (c. 3.7) mais aussi avoir des « incidences notables sur le marché financier ou une importance systémique pour un ou plusieurs assujettis » (c. 3.6.1). En raison de l'interprétation large du terme "affaires de grande portée", de la position particulière des banques d'importance systémique et de l'impact possible sur l'existence d'une banque des décisions concernant les fonds propres, et donc aussi sur la place financière suisse, le conseil d'administration de la FINMA est compétent pour prononcer de telles décisions.</p>
--	---

	<p>Selon, l'art. 2 al. 5 du règlement, les parties « n'ont pas le droit d'exiger qu'une affaire soit traitée par le conseil d'administration » ; la voie judiciaire est ouverte dans les cas prévus par la législation (c. 3.8).</p>
--	--

4. Responsabilité des autorités

2C_856/2017 du 13 mai 2019	<p>Demande de dommages et intérêts et d'indemnité à titre de réparation morale. Responsabilité niée en l'espèce : le défaut de motivation entachant le constat par la FINMA de l'absence de garantie d'une activité irréprochable ne constitue pas une violation d'un devoir essentiel de fonction et n'engage pas sa responsabilité (c. 6). L'inscription de la recourante dans la liste de surveillance de la FINMA (<i>watchlist</i>) ne constitue pas en l'espèce une violation des devoirs essentiels de fonction susceptible d'entraîner sa responsabilité ; la recourante aurait dû contester cette inscription sans délai plutôt que de demander ultérieurement à être indemnisée en raison de cet acte (c. 7.4).</p>
2C_809/2018 du 18 juin 2019	<p>Domage indirect. Le MPC met en examen, puis fait arrêter un directeur de banque soupçonné de blanchiment d'argent. La banque est ensuite vendue à une autre entité. Le TPF acquitte par la suite le directeur. Ce dernier et son associé réclament des dommages-intérêts au Département fédéral des finances puisqu'ils estiment que les actes du MPC ont conduit à la vente précipitée de la banque, pour un prix inférieur à sa valeur réelle. Le Département se déclare incompétent et le TAF confirme cette décision. Le TF rappelle les règles générales de la responsabilité en matière d'atteintes au patrimoine. Les deux associés se prévalent d'un dommage indirect, qui ne peut pas être réparé en droit suisse (c. 5). Recours rejeté.</p>

III. Jurisprudence du TAF

1. Activité régulée

1.1 Banque

<p>B-5737/2017 du 28 novembre 2018</p>	<p>Acceptation non autorisée de dépôts du public. Le recourant 2 investit dans le développement et la construction de projets afin d'exploiter des technologies et des droits de licence au profit d'installations de recyclage. Le recourant 1 a été acquis en tant que société holding d'un futur groupe de recyclage comprenant deux filiales, X. AG et la société allemande X.GmbH. En guise de financement, le recourant 1 a contracté des emprunts. Il a conclu des accords de prêt avec des investisseurs privés pour des montants dépassant EUR 400'000 et CHF 150'000. Les prêts ont été principalement consentis à un taux d'intérêt de 6,5 % par an pour une durée de 36 mois. Il s'agit d'analyser si le recourant 1 a accepté à titre professionnel des dépôts du public. Il suffit que le recourant ait accepté des fonds d'investisseurs privés et se soit engagé à rembourser le montant du prêt conformément aux contrats pour que cette qualification soit remplie. La réalisation d'un intérêt actif n'est pas nécessaire. Les cas particuliers prévus par l'aOB n'étaient pas non plus remplis (art. 3a al. 3 aOb) (c. 3.5). L'ancien droit s'applique en ce qui concerne le caractère professionnel de l'activité (c. 4.4). Le recourant 1 a conclu des accords de prêt avec plus de vingt investisseurs privés entre 2012 et 2014. Il a fait appel à au moins un intermédiaire en Suisse pour démarcher des investisseurs. Le recourant a donc accepté à titre professionnel des dépôts du public (c. 4.8). La publication de l'interdiction d'exercer et de faire de la publicité ne constitue pas une accusation pénale au sens de l'article 6 par. 1 de la CEDH, mais plutôt un instrument de surveillance restreignant la liberté économique et motivé par un intérêt de police (c. 6.2.1).</p>
<p>B-1172/2018 du 17 décembre 2018</p>	<p>Acceptation non autorisée de dépôts du public. Le recourant 1 avait accepté des fonds de la part de clients pour la gestion d'actifs et pour des investissements sur la base d'une procuration administrative. Jusqu'en 2008, le recourant 1 avait transféré ces fonds au recourant 2 sous la forme d'un prêt au nom et pour le compte des clients. Il avait procédé à une augmentation de capital en 2008, libérée par compensation et qui venait des fonds des investisseurs. Le recourant 1 a ainsi reçu des dépôts du public (art. 1 al. 2 LB ; 5 al. 1 OB) sous la forme de fonds versés par des clients sur son propre compte. Il ne s'est pas engagé uniquement dans la gestion des actifs (c. 3.6). Les exceptions à la notion de dépôt prévues à l'art. 5 al. 3 let. a et c LB ne s'appliquent pas dans le cas d'espèce (c. 3.7 et 3.8). Les recourants ont agi en tant que groupe (c. 4). La dissolution par faillite des sociétés concernées est justifiée (art. 23^{quinquies} al. 1 LB) (c. 5). Les agissements des recourants constituent une violation grave du droit de la surveillance ; la publication de la sanction pour une durée de 5 ans est</p>

	<p>proportionnée (c. 6.5). Recours rejeté. Décision attaquée devant le TF. Non jugé au moment de la rédaction de cette note.</p>
<p>B-5473/2017 du 14 mai 2019</p>	<p>Acceptation non autorisée de dépôts du public. La société X. fournit des bons qui sont délivrés, après paiement, sous la forme d'un « code bon » qui peuvent être échangés contre des bons d'achat d'entreprises partenaires ainsi que contre l'achat de certaines marchandises de la société X. La FINMA considère que ce bon constitue un moyen de paiement devant être qualifié de dépôt au sens de l'art. 1 al. 2 LB car les conditions de l'art. 5 al. 3 let. e OB ne sont pas remplies (c. 4.4.1). On entend par système de paiement toute organisation fondée sur des règles et procédures communes qui sert à compenser et régler des obligations de paiement (art. 81 LIMF). L'obligation de remboursement est un élément central de la notion de « dépôt ». Or l'émission et l'encaissement des bons incriminés n'entraînent ni clearing ni règlement des obligations de paiement. La décision attaquée ne précise pas dans quelle mesure il existe une obligation ou une responsabilité de remboursement au sens de l'art. 1 al. 2 LB et 5 al. 1 OB. L'émission des bons repose sur un contrat de vente qui ne donne lieu à aucune obligation de paiement ou de remboursement et ne constitue pas non plus une fraude à la loi. Il n'y a donc pas d'acceptation de dépôts du public à titre professionnel. Les conditions requises pour rendre une décision constatatoire en vertu de l'art. 32 LFINMA ne sont pas réunies. Recours admis et décision de la FINMA annulée (c. 4.6).</p>
<p>B-5769/2017 du 21 janvier 2019</p>	<p>Acceptation non autorisée de dépôts du public en matière de cryptomonnaies. L'interdiction d'accepter des dépôts du public sans autorisation s'applique également au domaine des cryptomonnaies. (c. 2.2). La qualification de groupe signifie que les sanctions du droit de la surveillance s'appliquent à tous ses membres, même à ceux dont le comportement ne remplit pas toutes les conditions de l'infraction ou ceux qui n'exercent aucune activité relevant du droit des marchés financiers (c. 3.1). La FINMA a considéré que L., M.SA et N.SA ont reçu des fonds de plusieurs centaines d'utilisateurs dans le cadre de leur activité nommée « E-coins system » (ECS). Les fonds versés par les utilisateurs de E-Coins étaient crédités sur des comptes virtuels dans leur porte-monnaie électronique. En réalité, les fonds restaient sur les comptes bancaires de M.SA et N.SA. Avec les crédits alloués, les utilisateurs pouvaient acquérir des E-Coins. Ils avaient chacun un solde créditeur en euros et un solde créditeur en E-Coins. Selon son règlement, le Groupe avait une obligation de remboursement conditionnelle pour les deux soldes. La FINMA a rejeté l'application de l'art. 5 al. 3 let. a OB au modèle d'affaires du ECS parce que les E-coins ne constituent pas des choses au sens du droit civil. Les cryptomonnaies peuvent être des choses si les « pièces » sont irrévocables (unabänderlich), délimitables et contrôlables (beherrschbar) au moyen de la Blockchain. Hors, l'enquête a révélé que les administrateurs du système pouvaient influencer à tout moment l'algorithme et les soldes créditeurs des utilisateurs. Ces E-Coins ne constituaient donc pas une véritable cryptomonnaie. En conclusion, L., M.SA et N.SA, ont accepté sans autorisation des dépôts du public à titre professionnel (c. 3.2). Les recourants peuvent en être tenu</p>

	<p>personnellement responsables en raison de leur contribution importante aux activités illicites du Groupe (c. 4.4 et 4.5). La durée de la publication de l'interdiction d'exercer sans autorisation une activité soumise à autorisation ordonnée par la FINMA à l'égard du recourant 2 est disproportionnée et doit être réduite de 5 à 3 ans (c. 5.4.3). Recours uniquement admis pour la durée de la publication mais rejeté pour le surplus.</p>
B-6413/2017 du 21 janvier 2019	<p>Acceptation non autorisée de dépôts du public en matière de cryptomonnaies. Cet arrêt concerne également le E-Coins System comme l'arrêt B-5769/2017. L'obligation de remboursement constitue un élément central de la notion de dépôt (c. 5.3.1 à 5.3.3). Le Groupe E-Coins s'engage à rembourser les utilisateurs qui investissent dans cette "cryptomonnaie". Ses utilisateurs peuvent forcer au remboursement en quittant l'association ou en cas de liquidation de l'ensemble du « E-Coins System » (ECS). En acceptant des fonds externes, le Groupe devient le débiteur du service correspondant (c. 5.4) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la finalité du contrat et non la dénomination utilisée est déterminante pour différencier les dépôts des contrats de transfert de propriété. Si le but du contrat correspond à une opération de dépôt dans une perspective économique globale, la prestation pécuniaire doit être qualifiée de dépôt. Du point de vue du droit de la surveillance, l'investissement dans les E-Coins n'est pas un contrat de vente ordinaire avec transfert de propriété, lié à une offre d'achat indépendante en cas de retrait de l'association ou de liquidation du système. Au niveau économique, il ne s'agit pas de deux opérations juridiques indépendantes, représentant chacune un simple contrat de vente, car l'acquisition de la propriété ne figure pas au premier plan du modèle économique d'ECS. Le E-Coins System est économiquement équivalent à une activité de dépôt. L'exception prévue à l'art. 5 al. 3 let. a OB n'est dès lors pas applicable (c. 5.5). Notion de public. L'exception de l'art. 5 al. 2 let. f OB ne s'applique pas dans le cas d'espèce car les membres du Groupe ne sont pas des associations, des fondations ou des coopératives et, comme ils fournissent une plate-forme dans le domaine des solutions de paiement ou des services de paiement, ils exercent une activité dans le secteur financier (c. 5.6). Le recourant a personnellement accepté sans autorisation des dépôts du public en raison de son importante contribution aux activités illicites du Groupe (c. 7). La publication de la décision s'avère disproportionnée dans le cas d'espèce (c. 8.5). Recours uniquement admis pour la question de la publication mais rejeté pour le surplus.</p>

1.2 Négociant

B-5688/2016 du 6 novembre 2018	<p>Activité non autorisée. Fonctionnement non autorisé d'un véhicule de placement collectif de capitaux.</p>
B-5660/2018 du 15 janvier 2019	<p>Activité non autorisée. Décision de non entrée en matière du TAF attachée devant le TF et confirmée par ce dernier (2C_177/2019 du 22 juillet 2019).</p>

B-7892/2016 du 7 mai
2019

Activité non autorisée de maison d'émission (art. 3 al. 2 OBVM). La FINMA reproche aux deux sociétés recourantes d'avoir, sans autorisation, négocié des valeurs mobilières à titre professionnel (c. 4). Le recourant 1 détient 70,6 % des actions du recourant 2. Ils sont domiciliés dans le même cabinet d'avocat, et bien qu'étant des personnes morales indépendantes, la société 2 a été créée par la société 1 dans le but de réunir des capitaux. Par conséquent, et en raison de leurs interdépendances étroites, elles doivent être considérées comme des entreprises liées au sens d'un groupe (c. 6.1). Le point déterminant est que le recourant 1 a fondé le recourant 2 dans le but de pouvoir trouver des investisseurs pour le financement du projet et de les impliquer en tant qu'actionnaires. Les actions ont été émises par le recourant 2 en tant que tiers au sens de l'art. 3 al. 2 OBVM. Le recourant 1 y a souscrit en vue de les offrir au public. Le recourant 1 a ainsi créé le recourant 2 dans le but de mobiliser des capitaux ; il s'agit de sociétés indépendantes mais affiliées. Par conséquent, la FINMA a considéré à juste titre que le recourant 1 et le recourant 2 ont exercé, sous la forme d'un groupe, une activité de négociant en valeurs mobilières en tant que maison d'émission, sans disposer de l'autorisation nécessaire (c. 6.6 et 6.7). Selon la jurisprudence, une personne physique peut être coresponsable de l'activité non autorisée d'une personne morale ou d'un groupe de personnes morales si elle semble participer de façon décisive aux activités nécessitant une autorisation ou si elle apparaît impliquée de façon décisive. Les personnes qui ne jouent pas un rôle prioritaire peuvent également être considérées comme coresponsables si elles sont membres des organes exécutifs de l'une des entités juridiques en question et connaissent ou auraient dû connaître l'activité soumise à autorisation. Il est établi que le recourant 3 est le principal responsable pour l'activité non autorisée en cause, en raison de sa qualité d'organe et de son pouvoir de signature individuel dans les sociétés recourantes 1 et 2 (c. 7.1). La publication pour une durée de 4 ans sur le site internet de la FINMA de la décision à l'encontre du recourant 3 est une mesure proportionnée, en raison du fait qu'il était la figure centrale derrière les activités commerciales des sociétés recourantes 1 et 2 et qu'il était donc responsable pour leurs agissements illicites (c. 7.2). Les recourants 1 et 2 ne remplissent pas les conditions nécessaires pour l'obtention d'une autorisation subséquente, notamment parce qu'ils ne disposent pas du capital minimum exigé (1,5 Mio CHF) (c. 8.2). Si une société exerce une activité sans autorisation et si celle-ci est refusée après coup, la société doit être liquidée (art. 37 al. 2 et 3 LFINMA ; art. 36 LBVM). La FINMA désigne le liquidateur et surveille son activité (c. 8.3). Recours rejeté.

2. Mesures et sanctions

B-488/2018 du 17 janvier
2019.

Interdiction d'exercer de deux ans contre un ancien cadre de banque pour avoir enfreint les dispositions en matière de blanchiment d'argent. Le recourant avait omis d'informer le bureau de communication au sens de l'art. 9 LBA, malgré des soupçons clairs au sujet de l'origine vraisemblablement criminelle des fonds.

<p>Voir également TAF B-488/2018 du 26 mars 2018 au sujet du retrait de l'effet suspensif à la demande du recourant.</p>	<p>Le TAF estime qu'en raison de sa responsabilité au sein de la division <i>Compliance</i> et compte tenu des soupçons fondés au sujet de l'origine des fonds, le recourant aurait au moins dû proposer à sa direction d'en référer au Bureau de communication. Par ce comportement passif, le recourant a participé à la violation de l'art. 9 al. 1 let. a ch. 2 LBA de la part de l'établissement et commis personnellement une violation grave du droit de la surveillance au sens de l'art. 33 LFINMA. La mesure viole cependant le principe de la proportionnalité au sens étroit. Le recourant a procédé à plusieurs vérifications afin de déterminer la provenance des valeurs et il ne faisait pas partie de la direction qui disposait quant à elle d'un pouvoir de décision en matière de prévention du blanchiment d'argent. De plus, à l'époque des transactions, le recourant était l'adjoint du directeur opérationnel, qui était impliqué dans toutes les étapes relatives aux transactions incriminées. L'ancien président du conseil d'administration de la banque a lui aussi joué un rôle essentiel en confirmant à plusieurs reprises qu'il connaissait les raisons du transfert de fonds. La faute du recourant doit ainsi être considérée comme concomitante et légère. Enfin, l'ex-cadre a exercé son activité pendant 10 ans sans jamais commettre de violation du droit de la surveillance. Il a collaboré activement à l'établissement des faits. En ce qui concerne le risque de futures violations, il ressort du cas d'espèce que le comportement fautif du recourant résulte essentiellement de l'influence de l'ancien président du conseil d'administration ainsi que des membres de la direction. La FINMA n'a pas apporté d'éléments suffisamment convaincants pour corroborer l'hypothèse d'un potentiel de nuisance de la part du recourant. Décision attaquée devant le TF. Non jugé au moment de la rédaction de cette note.</p>
<p>B-1645/2019 du 11 juin 2019</p>	<p>Blanchiment d'argent. Retrait d'agrément en tant que réviseur LBA par l'OAR. Dans le contexte de sa surveillance des OAR (art. 24 LBA), la FINMA contrôle si ceux-ci imposent les mêmes conditions d'agrément que l'ASR (art. 24 al. 1 let. d LBA). En revanche, aucune disposition légale ne prévoit que les OAR jouissent d'une compétence pour délivrer des agréments au sens de l'art. 9a LSR et bénéficient donc du statut de droit public y affèrent. L'art. 11a al. 2 OSRev, lequel s'applique uniquement si les réviseurs s'occupent exclusivement d'intermédiaires financiers affiliés à un OAR, semble former une exception au principe invoqué (c. 5). La relation entre l'OAR et la société d'audit mandatée relève du droit privé ; l'OAR n'est donc pas une autorité précédente au sens de l'art. 33 let. h LTAF. Le retrait d'agrément attaqué ne constitue dès lors pas une décision au sens de l'art. 5 PA (c. 6.3). Recours déclaré irrecevable.</p>

3. Procédure

B-5740/2017, B-6561/2017
du 30 octobre 2018

Demande de levée du secret de fonction / Déni de justice. Le recours pour déni de justice n'est admis que s'il existe un droit à se voir notifier une décision, droit qui n'existe que si l'autorité est tenue d'agir en rendant une décision et que la personne qui s'en prévaut possède la qualité de partie. L'art. 14 LFINMA, portant sur le secret de fonction, ne précise pas quelles sont les personnes habilitées à solliciter sa levée ni la procédure à suivre. À défaut de disposition spécifique, il convient d'appliquer les principes découlant de la PA. Le principe consacré à l'art. 25 al. 2 PA, selon lequel l'autorité compétente donne suite à une demande en constatation si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection, est également valable, par analogie, pour les décisions ordonnant une prestation et les décisions formatives. L'intérêt digne de protection au sens de l'art. 25 al. 2 PA peut être de nature juridique ou un simple intérêt de fait ; en tout état de cause, il doit être particulier, direct et actuel. La possibilité que les parties à une procédure civile demandant l'audition de témoins soumis au secret de fonction disposent d'un intérêt digne de protection suffisant à obtenir une décision sur la levée dudit secret ne saurait être d'emblée exclue. Pour que l'autorité habilitée à prononcer sa levée puisse reconnaître aux parties à une procédure civile l'existence d'un tel intérêt, une simple requête de leur part en ce sens à n'importe quel moment ne suffit pas ; l'admission de cet intérêt présuppose au contraire à tout le moins qu'une ordonnance de preuves (art. 154 CP) désignant l'audition des témoins demandés comme moyens de preuve admis ait déjà été rendue, ce que les recourants n'ont pas produit dans le cas d'espèce (c. 6).

4. Responsabilité

A-698/2018 du 6 décembre
2018

Responsabilité de la FINMA. Demande d'indemnisation. Recours contre une décision de suspension d'une demande d'indemnisation (art. 46 al. 1 PA). Pour qu'une décision incidente de suspension de la procédure soit de nature à créer un préjudice irréparable, il ne suffit pas d'alléguer que la cause ne sera pas jugée dans un délai raisonnable ou que des témoignages puissent ne plus être produits ultérieurement. D'une part, dans la mesure où les actes de procédures se succèdent, une allégation selon laquelle la procédure en responsabilité va durer des années relève de la spéculation et n'est pas démontrée. D'autre part, il est nécessaire de désigner précisément les personnes dont le témoignage est requis et expliquer pourquoi il pourrait disparaître (c. 2.4) Les conditions de l'art. 46 PA ne sont pas réalisées et le recours est irrecevable sur la question du déni de justice (c. 2.6.1) Il est également irrecevable pour l'allégation du risque de perte de moyens de preuves ; la recourante ne donne aucun élément concret permettant de penser que les témoignages requis ne pourraient plus être produits ultérieurement (c. 2.6.2). Violation des règles sur la récusation. Depuis l'entrée en vigueur de son nouveau règlement d'organisation, la FINMA a réarrangé ses services et a octroyé

	<p>le pouvoir décisionnel en matière de procédure en responsabilité de la FINMA à un organe qui n'instruit pas ni ne statue dans les procédures d'enforcement. Ainsi, la situation organisationnelle n'est plus comparable à ce qu'elle était auparavant, puisque ce n'est plus l'organe qui statue dans la procédure d'enforcement qui se prononce par la suite sur sa propre responsabilité. La nouvelle organisation de la FINMA (cf. TAF A-3504/2016 du 8 novembre 2017 pour l'ancienne organisation) offre les garanties nécessaires pour que les procédures en responsabilité de la FINMA soient traitées de manière équitable conformément aux exigences jurisprudentielles (c. 4.3.2). Décision attaquée devant TF. Non jugé au moment de la rédaction de cette note.</p>
--	---

5. Assistance administrative

<p>B-6371/2018 du 8 mars 2019</p>	<p>Demande d'assistance administrative internationale de la part de la Commission nationale pour la société et la Bourse italienne (CONSOB). Une décision de recherche d'informations est une décision incidente notifiée séparément conformément à l'art. 5 al. 2 PA, qui peut faire l'objet d'un recours aux conditions de l'art. 46 al. 1 PA. En principe, les décisions concernant la fourniture d'informations sur les clients ne peuvent être contestées que par ceux-ci ; les établissements assujettis détenant des informations peuvent toutefois avoir la qualité pour recourir, à condition qu'ils puissent prouver un intérêt digne de protection (c. 1.4). Le Tribunal fédéral a déjà constaté que la CONSOB est une autorité de surveillance des marchés des valeurs mobilières à laquelle une assistance administrative peut en principe être fournie ; elle est désormais en mesure de veiller à ce que les informations reçues de la Suisse soient utilisées conformément aux principes de spécialisation et de confidentialité (protocole d'accord IOSCO – MmoU). Les informations demandées concernant les clients italiens ne constituent dès lors pas une manœuvre de "<i>fishing expedition</i>". La FINMA est chargée de vérifier si les faits invoqués par l'autorité requérante sont suffisants pour justifier l'octroi d'une assistance administrative ; elle ne doit pas procéder à une appréciation des preuves. En revanche, elle est liée par les faits qui sous-tendent la demande dans la mesure où ils ne peuvent être réfutés immédiatement. La FINMA pouvait donc considérer, dans le cadre d'un examen prima facie, que les conditions d'entrée en matière de la demande étaient remplies (c. 3). Sur la base de cet examen, il est clair que les conditions sont réunies pour que la FINMA exerce ses activités de surveillance dans le contexte de l'assistance administrative internationale. L'ordre donné au recourant de fournir les noms et coordonnées de tous ses clients résidant en Italie, est conforme à l'article 29 al. 1 LFINMA en relation avec l'art. 42^{bis} al. 1 LFINMA. La décision litigieuse respecte donc le principe de proportionnalité (c. 4.2). Les personnes ou institutions directement soumises à la FINMA sont généralement autorisées et tenues de transmettre des informations couvertes par le secret professionnel. L'obligation d'informer imposée par les art. 29 al. 1 et 42^{bis} al. 1 LFINMA prévaut sur l'obligation de confidentialité et de réserve qui résulte du secret bancaire ou d'un éventuel secret professionnel. Le secret professionnel de l'avocat reste réservé. Le recourant, en tant</p>
-----------------------------------	--

	qu'intermédiaire financier et participant aux marchés financiers, n'a aucune possibilité de limiter son obligation de fournir à la FINMA les informations demandées par l'autorité étrangère (c. 4.3).
A-5715/2018 du 3 septembre 2019	Droit à l'information dans le cadre de l'assistance internationale en matière fiscale. La pratique de l'AFC mise en lumière par cet arrêt consistait à transmettre aux États-Unis les noms de personnes indirectement concernées par une procédure d'assistance administrative en matière fiscale sans les en informer au préalable. Recours du Préposé fédéral à la protection des données au TAF, qui sanctionne la pratique de l'AFC.

6. Divers

B-2418/2017 du 23 novembre 2018	Blanchiment d'argent. Taxe de surveillance 2016. Demande de réduction <i>pro rata temporis</i> de la taxe de surveillance. Le recourant conteste le montant fixé par la FINMA car il le considère comme disproportionné ; la FINMA fixe un montant de 37'880 CHF alors que le recourant demande à ce qu'il ne soit que de 1'000 CHF. Le TAF admet partiellement le recours et réduit le montant à 17'697.10 CHF. Le recours est rejeté pour le surplus.
B-992/2018, B-994/2018, B-997/2018 du 13 décembre 2018	Procédure de faillite. Le refus d'octroyer aux recourants un délai supplémentaire pour le paiement de l'émolument d'une requête de cession de droits n'est pas constitutif de formalisme excessif (c. 2.3).
B-5964/2017 du 10 mai 2019	Faillite de banque étrangère. Mise à disposition de biens situés en Suisse sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure nationale (art. 37g al. 2 LB). La possibilité de renoncer à une procédure de faillite ancillaire permet d'augmenter considérablement l'efficacité de la procédure. Si la FINMA autorise l'administrateur étranger de la faillite à disposer des biens du failli situés en Suisse, il ne se voit accorder que le pouvoir de disposition au sens du droit civil et peut accomplir en Suisse les actes juridiques auxquels la banque étrangère elle-même aurait droit. La FINMA peut imposer des conditions à l'autorité étrangère et superviser les actes juridiques. Contrairement à l'art. 37g al. 2 LB, la renonciation à la procédure de faillite ancillaire prévue à l'art. 174a al. 4 LDIP n'a pas pour effet de mettre les actifs situés en Suisse à la disposition des masses en faillite étrangères, mais simplement de permettre à l'administration étrangère de la faillite d'exercer, conformément au droit suisse, les droits conférés par la législation du pays où la faillite est ouverte. En conséquence, l'éventail des mesures que la FINMA peut prendre sur la base de l'art. 37g al. 2 LB est plus large que celui prévu à l'art. 174a al. 4 LDIP (c. 3). Validité de la procédure raccourcie selon l'art. 37g al. 2 LB. Définition de la notion de traitement équivalent (let. a). Il s'entend comme la garantie pour un créancier

(par gage ou privilégié) d'être traité de la même manière, qu'il revendique sa créance dans une procédure de faillite en Suisse ou à l'étranger (c. 4.6). Cette garantie s'analyse en comparant le droit suisse et le droit d'Antigua et Barbuda (c. 4.7) Il s'établit selon l'art. 16 al. 1 LDIP. Même si la LB ne contient pas de référence explicite à cette disposition, elle s'applique également à la détermination du droit étranger dans le cadre de l'examen du respect des conditions d'une procédure raccourcie conformément à l'art. 37g al. 2 LB (c. 4.8). Analyse du contenu du droit d'Antigua et Barbuda (c. 4.9). Il n'existe pas de droit subjectif à l'application de l'art. 37g al. 2 LB, même si ses conditions sont remplies. L'instance précédente ne s'abstient de le faire que si des circonstances particulières l'indiquent (c. 5) Les arguments du recourant ne permettent pas de remettre en cause la décision de la FINMA de renoncer à une procédure de faillite ancillaire suisse et d'appliquer une procédure raccourcie conformément à l'art. 37g al. 2 LB (c. 5.9). Recours rejeté.