



finma

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA
Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA
Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA

Bulletin 6/2017

Das FINMA-Bulletin hat zum Ziel, die Praxis im schweizerischen Finanzmarktaufsichtsrecht aufzuzeigen. Wichtige rechtskräftige Verfügungen der FINMA sowie die für die Weiterentwicklung der Praxis bedeutenden Urteile des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts sollen einem breiten Kreis von interessierten Spezialisten bekannt gemacht werden.

Die Erwägungen der Verfügungen der FINMA sowie die Gerichtsurteile werden teilweise gekürzt wiedergegeben. Diesen vorangestellt sind jeweils eine Regeste sowie der zusammengefasste Sachverhalt. Handelt es sich um publizierte Gerichtsurteile, werden deren Regesten übernommen.

Die im FINMA-Bulletin veröffentlichten Verfügungen der FINMA sind grundsätzlich anonymisiert. Die Gerichtsurteile werden entsprechend deren Veröffentlichung übernommen. Sie sind damit nur anonymisiert, wenn auch das Gericht eine Anonymisierung vorgenommen hat.

Rupert Schaefer

Kathrin Tanner

Le bulletin de la FINMA a comme objectif de présenter la pratique du droit suisse de la surveillance des marchés financiers et d'informer un large cercle de spécialistes des décisions entrées en force de la FINMA ainsi que des arrêts importants du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral susceptibles d'avoir un impact sur le développement de la pratique.

Dans certains cas, les considérants des décisions de la FINMA et des arrêts des tribunaux sont reproduits sous une forme abrégée. Ils sont précédés d'un regeste ainsi que d'un résumé des faits. Lorsqu'il s'agit d'arrêts publiés par les tribunaux, le bulletin reprend les registes de ces derniers.

Les décisions de la FINMA publiées dans son bulletin sont en principe anonymisées. Les arrêts des tribunaux sont reproduits dans le présent bulletin tels qu'ils ont été publiés. Ils ne sont donc anonymisés que quand le tribunal l'avait lui-même décidé.

Rupert Schaefer

Kathrin Tanner

Il bollettino della FINMA ha lo scopo di illustrare la prassi nel diritto svizzero in materia di vigilanza sui mercati finanziari, portando a conoscenza di una vasta cerchia di specialisti interessati importanti decisioni passate in giudicato emesse dall'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA come pure le sentenze del Tribunale amministrativo federale e del Tribunale federale significative per la pratica.

I considerandi delle decisioni della FINMA e le sentenze dei tribunali vengono talvolta riportati in forma abbreviata e sono sempre preceduti da un regesto e dal riassunto dei fatti. Se le sentenze dei tribunali sono pubblicate, il bollettino della FINMA riporta i relativi regesti.

In linea di massima, le decisioni della FINMA pubblicate nel bollettino sono anonimizzate. Le sentenze dei tribunali vengono riprese dalla corrispondente pubblicazione. Esse sono perciò anonimizzate solo laddove il tribunale vi ha provveduto.

Rupert Schaefer

Kathrin Tanner

6	Interdiction d'acquérir de nouveaux portefeuilles de clients
21	Violations graves des dispositions sur la lutte contre le blanchiment d'argent
40	Obbligo di autorizzazione per i commercianti di valori mobiliari per conto proprio
50	Anpassung SRO-Reglement an die Vorgaben der GwV-FINMA
67	Marktmanipulation durch «Marking the Close»
79	Angebotspflicht
91	Berufsverbot
102	Anforderungen an die Gewähr bei DUFI
112	Absence de la qualité pour recourir après acceptation d'une nouvelle police
120	Absence de la qualité pour recourir d'un actionnaire
128	Régime des émoluments pour le prononcé d'une procédure d' <i>enforcement</i>

Interdiction d'acquérir de nouveaux portefeuilles de clients

ARRÊT du Tribunal administratif fédéral B-5264/2015 du 31 octobre 2016

Violations graves du droit de la surveillance en raison d'un non-respect des plans d'exploitation approuvés par la FINMA, en particulier concernant des primes qui n'avaient pas été approuvées par la FINMA (art. 4 al. 2 let. r et art. 5 al. 1 LSA), manquements importants dans le domaine de la gouvernance d'entreprise (art. 22 al. 1 et art. 27 al. 1 LSA, art 96 ss OS et circulaire FINMA 2008/32 « Gouvernance d'entreprise – assureurs ») et non-respect de l'obligation de présenter la garantie d'une activité irréprochable (art. 14, art. 46 al. 1 let. b et art. 67 LSA) ; interdiction provisoire d'acquérir des nouveaux portefeuilles de clients comme mesure de sûreté (art. 51 LSA) ; mise à charge les frais de procédure de la FINMA (art. 15 LFINMA en relation avec l'art. 5 al. 1 let. a et l'art. 8 al. 3 Oém-FINMA).

1. Les tarifs approuvés par la FINMA au-travers du plan d'exploitation dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire sont contraignants. L'entreprise d'assurance ne doit pas percevoir des assurés des primes divergeant de ce qui y est fixé (consid. 4).
2. Les interdépendances personnelles et organisationnelles entre les différentes sociétés d'un groupe d'assurance qui compromettent un contrôle efficace de l'activité commerciale et rendent difficiles un traitement objectif des conflits d'intérêt conjuguées à un système de rémunération inadéquat du management ne sont compatibles ni avec les exigences posées à un système approprié de gestion des risques ainsi qu'à un système de contrôle interne efficace ni à celles régissant l'obligation de garantie d'une activité irréprochable (consid. 5 à 7).
3. Pour ordonner des mesures de sûreté sur la base de l'art. 51 LSA, la FINMA, en tant qu'autorité spécialisée, dispose d'un large pouvoir d'appréciation technique. La FINMA peut également prendre des mesures autres que celles effectivement mentionnées à l'art. 51 al. 2 LSA. L'interdiction temporaire ordonnée par la FINMA à l'encontre de la recourante d'acquérir des nouveaux portefeuilles de clients dispose d'une base légale suffisante (consid. 8.1).
4. Les frais de procédure facturés par la FINMA à la recourante d'un montant de 608 000 CHF ne sont pas exagérés compte tenu de la durée et de l'ampleur de la procédure (consid. 9).

Schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen wegen Verstoss gegen die von der FINMA genehmigten Geschäftspläne, insbesondere im Zusammenhang mit nicht von der FINMA genehmigten Prämien (Art. 4 Abs. 2 Bst. r VAG und Art. 5 Abs. 1 VAG), erheblichen Mängeln im Bereich der Corporate Governance (Art. 22 Abs. 1 VAG, Art. 27 Abs. 1 VAG, Art. 96 ff. AVO und FINMA-Rundschreiben 2008/32 «Corporate Governance Versicherer») und Verletzung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 14 VAG, Art. 46 Abs. 1 Bst. b VAG und Art. 67 VAG); befristetes Verbot zur Übernahme von neuen Kundenportefeuilles als sichernde Massnahme (Art. 51 VAG); Auferlage der FINMA-Verfahrenskosten (Art. 15 FINMAG i.V.m. Art 5 Abs. 1 Bst. a und Art. 8 Abs. 3 FINMA-GebV).

1. Die von der FINMA im Krankenzusatzversicherungsgeschäft mit dem Geschäftsplan genehmigten Tarife sind verbindlich. Das Versicherungsunternehmen darf von den Versicherten nicht davon abweichende Prämien erheben (E. 4).
2. Personelle und organisatorische Verflechtungen zwischen den einzelnen Gesellschaften der Versicherungsgruppe, die eine wirksame Kontrolle der Geschäftstätigkeit beeinträchtigen und einen sachgerechten Umgang mit Interessenkonflikten erschweren, verbunden mit einem nicht angemessenen Vergütungssystem für das Management, sind weder mit den Anforderungen eines angemessenen Risikomanagements und eines wirksamen internen Kontrollsystems noch mit den Anforderungen an die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit vereinbar (E. 5-7).

3. Bei der Anordnung von sichernden Massnahmen gestützt auf Art. 51 VAG kommt der FINMA als Fachbehörde ein grosser Ermessensspielraum zu. Die FINMA kann auch andere als die in Art. 51 Abs. 2 VAG namentlich erwähnten Massnahmen treffen. Das von der FINMA gegen die Beschwerdeführerinnen angeordnete befristete Verbot zur Übernahme von neuen Kundenportefeuilles stützt sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage (E. 8.1).
4. Die von der FINMA den Beschwerdeführerinnen auferlegten Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 608 000.– sind angesichts der Verfahrensdauer und dessen Umfang nicht zu beanstanden (E. 9).

Grave violazione delle disposizioni in materia di vigilanza a causa del mancato rispetto dei piani d'esercizio approvati dalla FINMA, con particolare riferimento ai premi non approvati da quest'ultima (art. 4 cpv. 2 lett. r LSA e art. 5 cpv. 1 LSA), alle gravi lacune sul piano della *corporate governance* (art. 22 cpv. 1 LSA, art. 27 cpv. 1 LSA, art. 96 segg. OS e Circolare FINMA 08/32 «*Corporate governance* – assicuratori») e al mancato adempimento del requisito della garanzia di un'attività irreprensibile (art. 14 LSA, art. 46 cpv. 1 lett. b LSA e art. 67 LSA); divieto temporaneo di assunzione di nuovi portafogli clienti a titolo di provvedimento conservativo (art. 51 LSA); imputazione delle spese procedurali della FINMA (art. 15 LFINMA in combinato disposto con l'art. 5 cpv. 1 lett. a e con l'art. 8 cpv. 3 Oem-FINMA).

1. Le tariffe che la FINMA ha approvato contestualmente al piano d'esercizio nel segmento delle assicurazioni malattie complementari sono vincolanti. L'impresa di assicurazione non può riscuotere dagli assicurati premi di importo divergente (consid. 4).
2. Le interdipendenze a carattere personale e organizzativo tra le singole società del gruppo assicurativo che compromettono il controllo efficace dell'attività e un'adeguata gestione dei conflitti d'interesse, unitamente a un sistema inadeguato di retribuzione del management, non sono compatibili né con i requisiti per un'adeguata gestione dei rischi e un efficace sistema di controllo interno, né con quelli relativi alla garanzia di un'attività irreprensibile (consid. 5-7).

3. Nell'ordinare provvedimenti conservativi secondo l'art. 51 LSA, la FINMA, quale autorità competente in materia, dispone di un ampio margine discrezionale. Le misure adottate dalla FINMA possono anche divergere rispetto a quelle menzionate nell'art. 51 cpv. 2 LSA. Il divieto temporaneo di assumere nuovi portafogli clienti, ordinato dalla FINMA nei confronti delle ricorrenti, si fonda su una base giuridica sufficiente (consid. 8.1).
4. In considerazione della durata e della portata del procedimento della FINMA, l'ammontare delle spese procedurali poste a carico delle ricorrenti, pari a CHF 608 000.–, è da ritenersi ineccepibile (consid. 9).

Résumé des faits

D._____ est une association regroupant plusieurs sociétés d'assurance dont A._____ SA (ci-après : A._____), Groupe C._____ SA (ci-après : C._____) et B._____ SA (ci-après : B._____). Les membres de D._____ lui sont liés par des conventions de services qui leur permettent d'externaliser leurs activités auprès d'elle, les sociétés affiliées n'ayant pas – comme notamment A._____ et B._____ – ou peu comme C._____ – d'employés propres. D._____ se trouve de cette manière au centre d'un groupe de sociétés actives dans divers domaines d'assurance (ci-après : le Groupe). Elle est dirigée par un comité dont faisaient partie E._____, F._____ et G._____ qui en ont démissionné en septembre 2014. Au moment du prononcé de la décision attaquée, les actions de A._____ étaient détenues à 100 % par N._____, celles de B._____ appartenaient aux fondations J._____, K._____, L._____ ainsi que M._____, tandis que N._____ possédait 79.3 % des actions de C._____, le reste appartenant à des membres du conseil d'administration et de la direction dont E._____, F._____ et G._____. Ces derniers faisaient partie des conseils d'administration des trois sociétés jusqu'à leur démission en septembre 2014 ainsi que des conseils de toutes les fondations précitées jusqu'au 15 août 2015 à l'exception de celui de N._____ duquel ils ont démissionné avec effet au 25 juin 2015.

En 2013, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA a effectué un contrôle approfondi de D._____, A._____, B._____ et C._____. Le 31 mars 2014, la FINMA a ouvert une procédure d'*enforcement* à l'encontre de A._____, C._____ et B._____ pour soupçon de violation du droit de la surveillance et leur a ordonné de prendre des mesures afin de s'y conformer. Par décision du 4 avril 2014, la FINMA a nommé H._____ et I._____ en tant que chargés d'audit pour examiner le fonctionnement de D._____, A._____, C._____ et

B._____. Il ressort du rapport rendu par I._____ que A._____ et B._____ avaient appliqué dans un certain nombre de contrats des tarifs déviant de ceux approuvés par la FINMA ; I._____ a également constaté un contrôle insuffisant des conflits d'intérêts en lien notamment avec la rémunération des membres du conseil d'administration et de la direction des sociétés estimant en outre lacunaire leur système de gouvernance d'entreprise. Dans la série de rapports rendus par H._____, il est notamment confirmé que le système de rémunération présentait des défauts du point de vue de la gouvernance d'entreprise voire de la législation applicable ; il y est également constaté que les nominations de proches de E._____ à des fonctions dirigeantes auprès de D._____ et des recourantes avaient été effectuées sans que toutes les mesures appropriées afin de prévenir les conflits d'intérêts aient été prises ; il en ressort aussi que de nouveaux membres avaient été élus au comité de D._____ et aux conseils d'administration des recourantes ; enfin, il y est relevé que plusieurs règlements avaient été adoptés dans le but d'améliorer la gouvernance d'entreprise et la gestion des conflits d'intérêts. H._____ a en outre indiqué que E._____ pouvait dans les faits avoir cumulé les fonctions de président de comité ou de conseil d'administration et de directeur mais que ce fait ne pouvait être établi avec certitude.

Dans sa décision du 26 juin 2015, la FINMA a déclaré que le fonctionnement de D._____ et des entités affiliées soulevait en particulier quatre aspects du droit de la surveillance : l'utilisation de tarifs non approuvés par la FINMA ; le système de rémunération des organes ; les conflits d'intérêts, l'organisation et la gouvernance d'entreprise ; la garantie d'une activité irréprochable.

La FINMA a conclu que les violations graves et répétées du droit de la surveillance, leur durée et leurs

conséquences justifiaient leur constatation (ch. 1 du dispositif). En outre, le non-respect du plan d'exploitation ainsi que les problèmes d'organisation interne et de gouvernance d'entreprise imposaient de prendre des mesures afin de rétablir l'ordre légal malgré les améliorations et changements d'organes déjà effectués par les recourantes. La FINMA a décidé que leur société d'audit devra contrôler la mise en œuvre des mesures exigées en 2014 et rendre un rapport à échéances régulières (ch. 2 du dispositif). Compte tenu de l'incapacité du service compliance et de l'audit interne à s'assurer que les tarifs approuvés étaient appliqués, la FINMA a jugé adéquat et nécessaire de faire interdiction aux recourantes d'accueillir de nouveaux clients provenant de l'acquisition de portefeuilles ou de sociétés par le Groupe jusqu'à la fin de l'année 2016 (ch. 5 du dispositif). Le rythme de croissance soutenu du groupe n'a selon elle pas été suivi au niveau organisationnel ; dès lors, la mesure doit permettre aux recourantes de se réorganiser de manière conforme au droit de la surveillance. La FINMA

a ordonné à A._____ et B._____ de lui soumettre pour approbation jusqu'au 29 février 2016 l'intégralité des tarifs appliqués en matière d'assurance-maladie complémentaire (ch. 4 du dispositif). Elle a demandé aux recourantes d'éviter par toutes mesures adéquates de verser les indemnités de départ prévues à E._____, F._____ et G._____ afin de protéger les intérêts des assurés contre les abus (ch. 3 du dispositif). Elle a averti les recourantes qu'elles s'exposaient à une amende si elles ne respectaient pas les ch. 1 à 5 du dispositif et a déclaré les ch. 2 et 3 immédiatement exécutoires (ch. 6 et 7 du dispositif). Enfin, elle a mis les frais de la procédure par 608'000 CHF à la charge des recourantes (ch. 8 du dispositif).

Par mémoire du 28 août 2015, A._____, C._____ et B._____ ont recouru contre cette décision en concluant à l'annulation du ch. 5 de son dispositif, à la réduction de l'émolument de décision de la FINMA dans une proportion équitable et à l'octroi d'une indemnité à titre de dépens.

Extrait des considérants

(...)

3.

Les manquements constatés par la FINMA ne sont pas tous, ou du moins pas entièrement, contredits par les recourantes qui n'ont dirigé leur recours que contre le ch. 5 du dispositif leur interdisant d'acquérir des portefeuilles de clients. Ils devront néanmoins être examinés même s'ils ne font en soi pas l'objet du recours attendu qu'ils constituent le motif des mesures conservatoires décidées par la FINMA et contestées par les recourantes. Quant aux divers faits dont celles-ci allèguent une constatation inexacte

ou incomplète, ils seront traités dans les considérants qui suivent pour autant qu'ils s'avèrent susceptibles d'influer sur le sort de l'affaire (cf. arrêt du TAF B-921/2015 du 1^{er} juin 2015 consid. 3.1 et les réf. cit.).

4.

Le premier reproche de la FINMA à l'encontre de A._____ et B._____ porte sur l'usage de tarifs déviant de ceux qu'elle avait approuvés. Celles-ci ne remettent pas en cause ce constat mais déclarent que ces actions n'étaient pas volontaires, que les assurés concernés avaient été remboursés et que leur

nombre ne constituait que 0.75 % de l'effectif des bénéficiaires d'assurances complémentaires tandis que les primes trop perçues n'avaient pas dépassé 2.2 % du total des primes encaissées dans chacune des années concernées.

4.1 En vertu de l'art. 2 al 1 let. a LSA, les entreprises d'assurance suisses qui exercent une activité en matière d'assurance directe ou de réassurance sont soumises à la surveillance au sens de cette loi. La surveillance est exercée par la FINMA (art. 1 al. 1 let. g en relation avec l'art. 6 al. 1 LFINMA). Selon l'art. 3 al. 1 LSA, ces entreprises doivent avoir obtenu un agrément de la FINMA pour exercer leur activité d'assurance. À cette fin, elles doivent présenter à la FINMA une demande accompagnée d'un plan d'exploitation (art. 4 al. 1 LSA). Celui-ci doit notamment contenir les tarifs et les conditions générales appliqués en Suisse pour l'assurance de l'ensemble des risques dans la prévoyance professionnelle et dans l'assurance-maladie complémentaire à l'assurance-maladie sociale (art. 4 al. 2 let. r LSA). Les modifications des parties du plan d'exploitation mentionnées à l'art. 4 al. 2 let. a, h, k et r doivent être approuvées par la FINMA avant leur réalisation (art. 5 al. 1 LSA). L'agrément est accordé si les exigences légales sont remplies et si les intérêts des assurés sont sauvegardés (art. 6 al. 1 LSA). Selon l'art. 38 LSA, au cours de la procédure d'approbation, la FINMA examine, d'après les calculs de tarifs que lui présentent les entreprises d'assurance, si les primes prévues restent dans les limites qui garantissent, d'une part, la solvabilité des entreprises d'assurance et, d'autre part, la protection des assurés contre les abus, sous réserve de l'art. 33 al. 3 LSA non applicable en l'espèce.

4.2 A._____, C._____ et B._____ sont agréées pour exercer des activités d'assurance complémentaire et d'assurance-vie. Elles doivent dès lors

se conformer aux conditions auxquelles la LSA soumet les entreprises tombant dans son champ d'application, y compris au respect du plan d'exploitation et des tarifs approuvés. En l'espèce, A._____ et B._____ ne contestent pas avoir dans un certain nombre de cas appliqué des tarifs non approuvés mais relativisent l'importance de la violation compte tenu du volume de prime concerné. I._____ a relevé dans son rapport que les rabais commerciaux avaient été comptabilisés de manière erronée, que les descriptions et la documentation des processus et du système de contrôle interne étaient insuffisantes ; le fait que 26 comptabilités étaient tenues pour 6 sociétés dont 7 pour 2 sociétés d'assurances complémentaires augmentait fortement la complexité de la tenue des comptes raison pour laquelle I._____ a recommandé la fusion des comptabilités.

4.3 Les divergences constatées par le passé et le fait que A._____ et B._____ doivent actuellement faire approuver de nouveaux tarifs par la FINMA ne constituent en soi pas un motif justifiant les mesures de sûreté ordonnées dans la mesure où I._____ a identifié la cause des violations constatées et qu'une application correcte des tarifs déjà approuvés semble réalisable au stade actuel si les sociétés font preuve de l'attention nécessaire. Les contrats litigieux ont été résiliés ou sont en voie de l'être. Cependant, la cause des manquements réside – du moins en partie – dans la complexité de la comptabilité des sociétés affiliées à D._____ et l'insuffisance des contrôles internes qui n'ont pas été en mesure de découvrir les erreurs identifiées par la FINMA (cf. infra consid. 5.2). Il ne s'agit en outre pas d'incidents isolés notwithstanding l'argument des recourantes selon lequel les rabais et les primes excessifs se limitaient au résultat à un pourcentage modeste du chiffre d'affaires et du nombre d'assurés. Cet aspect devra par conséquent être pris en compte dans l'évaluation globale de la

nécessité d'intervenir dans le développement des affaires des recourantes en leur interdisant d'acquérir des portefeuilles d'assurés (cf. infra consid. 7).

5.

La FINMA a estimé que les manquements constatés témoignaient d'une gouvernance d'entreprise et d'une organisation inappropriées et lacunaires. Les recourantes rétorquent que des améliorations avaient été apportées à l'organisation de manière à éviter de tels problèmes à l'avenir et que les intérêts des assurés ne se trouvaient plus en danger.

En vertu de l'art. 22 al. 1 LSA, l'entreprise d'assurance doit être organisée de manière à pouvoir, notamment, recenser, limiter et contrôler tous les risques principaux. Les art. 96 à 98 de l'ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (OS, RS 961.011) concrétisent les devoirs des assureurs en matière de gestion des risques. Selon l'art. 27 al. 1 LSA, elle doit au demeurant disposer d'un système interne de contrôle efficace, portant sur l'ensemble de son activité, et désigne en outre un organe interne de révision indépendant de la haute direction (inspectorat). Se fondant sur l'art. 7 al. 1 let. b LFINMA, la FINMA a concrétisé ces exigences dans la Circulaire 2008/32 – Gouvernance d'entreprise, gestion des risques et système interne de contrôle en matière d'assurance (ci-après : Circ. 2008/32). La FINMA y indique que la gouvernance d'entreprise vise à réaliser un équilibre fonctionnel entre les organes de l'entreprise, une transparence de ses processus internes ainsi que l'harmonisation des objectifs de l'entreprise avec les attentes des divers groupes d'ayants droit, en particulier des preneurs d'assurance (cf. Circ. 2008/32 cm. 5). Parmi les principes à respecter dans ce cadre figurent : la documentation claire des structures de gouvernance ; la détermination de systèmes de ré-

munération et d'incitation appropriés servant les intérêts durables de l'entreprise et encourageant un comportement éthique ; le recrutement de collaborateurs sur la base des qualifications nécessaires ; la prévention des conflits d'intérêts et des abus ; l'indépendance de la révision interne en tant que fonction importante pour la surveillance de l'activité. Les processus de gestion des risques et de système interne de contrôle se composent des éléments suivants : la reconnaissance et l'évaluation des risques ; les mesures pour la maîtrise des risques et les activités de contrôle ; l'information et la documentation ; la surveillance aux fins de constatation de manquements et les mesures correctives (cf. Circ. 2008/32 cm. 18).

Les circulaires adoptées par la FINMA visent à préciser les modalités d'application de la législation sur les marchés financiers (art. 7 al. 1 let. b LFINMA) ; elles n'ont toutefois pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce. Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (cf. ATF 133 II 305 consid. 8.1, arrêt du TF 2C_894/2014 du 18 février 2016 consid. 4.6.1 et 4.6.4). C'est à la lumière de ces principes que doivent être appréciées les règles contenues dans les circulaires pertinentes.

Dans son rapport, I. _____ a constaté que les sociétés affiliées à D. _____ tenaient au total 26 comptabilités héritées des sociétés et portefeuilles d'assurances acquis par les sociétés du Groupe ; elles détenaient 200 comptes bancaires ainsi qu'un nombre considérable de comptes de passage et comptes courants entre les diverses comptabilités ; en outre, la manière de comptabiliser présentait des

aspects problématiques. Tout cela augmentait l'opacité du système comptable dont I._____ a recommandé l'adaptation à la taille du Groupe. Après avoir discuté avec les comptables, I._____ a constaté une absence de processus formel concernant l'élaboration de nouveaux rabais commerciaux ainsi que de contrôles formels pour les changer dans la comptabilité. Comme le relève la FINMA, les problèmes découlent en partie de la croissance rapide du Groupe dont l'organisation et les processus internes n'ont pas suivi le rythme. Ce manque d'adaptation a abouti à des lacunes incompatibles avec les exigences de gouvernance d'entreprises en matière de gestion des risques et de système interne de contrôle.

S'agissant des conflits d'intérêts, ils ont selon I._____ souvent été causés par le fait que les sociétés étaient dirigées par une direction de facto unique à laquelle appartenaient E._____, F._____ et G._____. Outre les aspects liés à la rémunération (cf. infra consid. 6), il appert notamment que la gestion des recourantes a été incompatible avec les principes de gouvernance d'entreprise en matière de recrutement des collaborateurs. En effet, selon le rapport 2 de H._____ du 30 septembre 2014, certaines nominations à des fonctions dirigeantes paraissent avoir été effectuées sans que toutes les mesures appropriées afin de prévenir les conflits d'intérêts aient été prises et alors même que les personnes nommées ne semblaient pas disposer des compétences nécessaires à l'exercice des fonctions en question. D'une part, le fils de E._____, R._____, a été élu en 2012 en tant qu'administrateur de B._____, sur proposition de son père et avec le soutien du conseil d'administration dont E._____, F._____ et G._____ constituaient la majorité ; ces mêmes personnes siégeaient en outre dans les comités des fondations actionnaires de B._____. D'autre part, la fille de E._____, S._____, a été nommée en 2012 en qualité de directrice juridique au sein du

comité de direction de D._____ lequel a été créé sur proposition de celui-ci qui a en outre énoncé les qualifications attendues des membres. Dans les deux cas, H._____ a jugé la nomination comme prématurée compte tenu de l'expérience professionnelle de ces personnes de sorte qu'il peut être conclu que le recrutement n'est pas uniquement intervenu sur la base des qualifications nécessaires mais également sur celle de liens familiaux.

Il ressort en outre des inscriptions au Registre du commerce que de telles nominations ont eu lieu également dans les fondations liées au Groupe dans les comités desquelles E._____, F._____ et G._____ siégeaient en qualité de membres. Ainsi, S._____ a été élue aux comités de la fondation J._____ en 2010, de la fondation M._____ en 2012 et de N._____ en 2013 tandis que R._____ a été élu en 2011 au comité de la fondation L._____ et siégeait également à celui de la fondation K._____ ; les deux ont quitté ces postes en 2013. Ces cumuls de fonctions et nominations ne s'avéraient pas conformes aux exigences en matière d'équilibre fonctionnel entre les organes dès lors que les mêmes personnes se retrouvaient aux conseils d'administration des sociétés d'assurances et, en tant que membres des comités des fondations actionnaires, en influençaient voire contrôlaient les assemblées générales. À cela venait s'ajouter le contrôle qu'ils exerçaient sur D._____ en tant qu'association reliant ces sociétés entre elles.

Parmi les autres éléments problématiques du point de vue de la gouvernance figurent les affaires conclues entre les sociétés et leurs organes. Ainsi, lors de la fondation de A._____, quatre des cinq fondateurs constituaient la majorité du comité de D._____ soit du prêteur des fonds nécessaires à la souscription des actions. Même si le prix payé devait s'avérer juste, il n'en reste pas moins que les transactions entre les

sociétés et leurs dirigeants ont été décidées et exécutées de manière peu transparente ; un tel procédé est sujet à abus et nécessite la mise en place de mesures garantissant le respect des intérêts des sociétés et de leurs assurés (cf. arrêt du TAF B 798/2012 du 27 novembre 2013 consid. 6.5.1). I. _____ a relevé que les explications données par le Groupe sur les raisons qui ont mené à cette fondation – réalisée à titre fiduciaire selon le Groupe – comme sur la prime spéciale versée dans ce cadre s'avéraient peu convaincantes et semblaient en partie établies subséquemment afin de justifier les faits déjà accomplis.

Sur le vu de ce qui précède, il appert que l'organisation des recourantes s'avérait déficiente à plusieurs égards et incompatible non seulement avec certains principes ancrés dans la Circ. 2008/32 mais également avec les exigences des art. 22 al. 1 et art. 27 al. 1 LSA en raison de la faiblesse du contrôle interne et de la gestion des risques.

6.

Au sujet des rémunérations, la FINMA se réfère à sa Circulaire 2010/1 – Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers (ci-après : Circ. 2010/1) dans laquelle elle a instauré des normes minimales concernant la rémunération des organes des entreprises assujetties. Selon la FINMA, cette circulaire s'applique aux entreprises qui doivent détenir des fonds propres en fonction du volume des affaires d'au moins 2 milliards de CHF ; elle peut en imposer l'application à des entreprises n'atteignant pas ces seuils mais a renoncé à le faire dans le cas d'espèce car A. _____, C. _____ et B. _____ s'étaient dotées elles-mêmes d'un nouveau système de rémunération. La FINMA déclare que le versement d'indemnités spéciales en rapport avec des prestations déjà rémunérées dans le cadre de contrats de travail ou de mandats encadrant l'ac-

tivité d'un administrateur contrevient aux intérêts des sociétés à la charge desquelles ces indemnités sont versées et constitue le signe d'une gestion défailante des conflits d'intérêts. De leur côté, les recourantes relèvent que la Circ. 2010/1 ne leur est pas applicable et que le droit positif ne s'oppose pas à l'octroi d'indemnités de départ. Elles indiquent que G. _____ n'avait jamais perçu de success fees et que celles-ci se trouvaient justifiées par le succès des acquisitions. Quant aux transactions effectuées sur les titres de C. _____, les recourantes renvoient au rapport de H. _____ selon lequel le prix payé s'avérait juste.

6.1 Au moment du prononcé de la décision attaquée, la Circ. 2010/1 devait impérativement être appliquée par les entreprises, groupes ou conglomérats d'assurance tenus de détenir des fonds propres nécessaires en fonction des risques auxquels ils sont exposés d'au moins 2 milliards de CHF. Ce seuil a par la suite été relevé à 15 milliards de CHF avec effet au 1^{er} janvier 2016 (cf. Circ. 2010/1 cm. 7). Les entreprises qui n'atteignaient pas ce seuil se voyaient recommander de reprendre les principes établis dans la circulaire comme lignes directrices pour leurs propres systèmes de rémunération (cf. Circ. 2010/1 cm. 8). En vertu du principe n° 1, le conseil d'administration définit la politique de rémunération dont il est responsable de la mise en œuvre ; il dicte un règlement sur la rémunération (cm. 16). Selon le principe n° 3, l'entreprise doit assurer l'indépendance et l'objectivité dans la conception et l'application du système de rémunération ; elle en fait vérifier la conformité aux exigences par une fonction indépendante, par exemple la révision interne (cm. 28 s.). Les rémunérations et les critères d'attribution déterminants ne doivent pas inciter à prendre des risques démesurés, à violer le droit en vigueur ou des instructions ou encore à ne pas respecter les conventions (principe n° 4, cm. 36). Des indemnités à l'engagement ou des indemnités de départ ne seront versées que dans des

cas motivés. Elles seront fixées par le règlement sur la rémunération et devront obtenir l'agrément du conseil d'administration à partir d'un montant déterminé (principe n° 6, cm. 47). Les dirigeants d'une société ne doivent pas obtenir de rétribution supplémentaire pour des prestations déjà rémunérées dans le cadre de leur salaire de base ou d'autres primes (cf. arrêt du TAF B 798/2012 du 27 novembre 2013 consid. 5.2.2).

6.2 Les recourantes n'atteignaient pas le seuil de 2 milliards de CHF de fonds propres et n'avaient par conséquent pas l'obligation d'appliquer la Circ. 2010/1 de manière directe. Cependant, si elles n'ont pas à suivre ces principes à la lettre, elles sont néanmoins tenues dans le cadre de la gouvernance d'entreprise et de la gestion des risques de mettre en place un système de rémunération et d'incitation approprié (cf. supra consid. 5). Par conséquent, elles doivent respecter les principes de la Circ. 2010/1 dans leurs grandes lignes ou se fixer des règles qui en respectent l'esprit dans la mesure où ils découlent des obligations légales, en particulier des art. 22 et 27 LSA.

Dans son rapport, I._____ a indiqué qu'aucun règlement ne définissait de manière précise le montant des success fees qui devaient être attribuées à E._____ et F._____ ce qui laissait au comité des rémunérations – dont le premier faisait partie – une très grande marge de manœuvre. Ce constat est confirmé par H._____ dans son rapport 1 du 30 septembre 2014 qui a estimé que la commission des rémunérations, créée en 2007, n'était pas toujours impliquée dans la fixation des montants. Ces primes, liées à une croissance externe par le biais de reprises de portefeuilles de sociétés tierces, ont eu un effet négatif dans la mesure où l'organisation du Groupe n'a pas été suffisamment adaptée avant de procéder à ces acquisitions supplémentaires. Elles ont créé un

risque de violation du devoir de fidélité des dirigeants concernant l'opportunité de procéder à de telles transactions.

En 2005, le montant des indemnités de départ a été très fortement augmenté avec pour motif de permettre à E._____, F._____ et G._____, tous membres du comité de D._____ qui a pris cette décision, de bénéficier d'une retraite anticipée à des conditions correctes. Ces indemnités n'ont pas été définies pour être versées de manière différée tenant compte des risques encourus par la société à la suite des décisions prises par ces personnes ainsi que le succès durable des affaires. Le comité a justifié cette augmentation par le fait que les dirigeants n'avaient bénéficié que de revenus modestes au cours des années précédentes. Or, au travers des success fees versées avant et après cette décision, E._____ ainsi que F._____ ont bénéficié d'une rémunération appréciable. En outre, le montant annuel total obtenu par ces trois personnes entre 2010 et 2013 – comprenant le salaire de base, les primes et les honoraires – se montait à deux millions de CHF en moyenne pour E._____ et un million de CHF pour F._____ et G._____. Il appert ainsi que les indemnités de départ, encore confirmées en 2009 et maintenues après l'entrée en vigueur de la Circ. 2010, ne se révélaient pas justifiées par un motif particulier comme l'exige le principe ancré dans la Circ. 2010/1 et venaient s'ajouter à des rétributions qui avaient déjà récompensé leurs prestations. H._____ a en outre relevé de manière générale que les revenus annuels provenaient d'un grand nombre de sources cumulées – plusieurs dizaines dans la plupart des cas – combinant les contrats de travail avec divers mandats.

6.3 Ces éléments suffisent à établir des violations des principes de gouvernance en matière de rémunération incompatibles avec les exigences légales en matière de gestion des risques ; le système de ré-

munération manquait de clarté, rétribuait certaines prestations à double et s'avérait apte à pousser les dirigeants à prendre des décisions défavorables aux sociétés. H._____ a signalé à ce sujet que les manquements dans ce domaine ne relevaient pas d'incidents isolés mais de modes opératoires qui se sont répétés de plusieurs manières et sur plusieurs années. Compte tenu de ce qui précède, point n'est besoin d'examiner si les transactions sur les actions C._____ et A._____ ainsi que le prêt octroyé à E._____ pouvaient également être considérés comme une forme de rémunération en raison des conditions auxquelles ils ont été conclus. Il convient cependant de relever que ce type d'opérations constitue généralement une forme de récompense ou d'intéressement en faveur des organes.

7.

La FINMA explique que les manquements en matière de gouvernance d'entreprise, de gestion des conflits d'intérêts et de rémunération ne s'avéraient pas compatibles avec la garantie d'activité irréprochable des recourantes. Celles-ci déclarent que cette question était résolue dès lors que E._____, F._____ et G._____ – que la FINMA a jugé responsables en grande partie de ces manquements – avaient quitté leurs fonctions.

7.1 Selon l'art. 14 al. 1 let. a LSA, les personnes chargées de la haute direction, de la surveillance, du contrôle et de la gestion doivent jouir d'une bonne réputation et offrir la garantie d'une activité irréprochable. Cette exigence s'applique par analogie aux personnes chargées de la haute direction, de la surveillance, du contrôle et de la gestion du groupe d'assurance, ainsi que de la gestion de ses risques (art. 67 LSA) et en cas de délégation de fonctions importantes de l'entreprise d'assurance à d'autres personnes (art. 14 al. 3 LSA). Cette exigence s'étend également à l'entreprise d'assurance en tant que telle

qui doit, de par son organisation et son fonctionnement, offrir la garantie d'une activité irréprochable (cf. Hansjürg Appenzeller, in : Basler Kommentar Versicherungsaufsichtsgesetz, 2013, n° 36 ad art. 14 et les réf. cit.). Cette garantie impose à l'entreprise et aux personnes concernées de se comporter correctement en affaires et d'agir conformément au principe de la bonne foi. Par comportement correct, il faut comprendre en premier lieu le respect de l'ordre légal et des directives internes. La FINMA examine dans ce cadre également le respect des dispositions de droit civil et pénal dont le devoir de diligence et de fidélité du conseil d'administration (art. 717 CO) qui impose à l'administrateur de prendre les mesures nécessaires afin d'éviter les conflits d'intérêts (cf. arrêts du TAF B-19/2012 du 27 novembre 2013 consid. 3.1 s. et B 798/2012 du 27 novembre 2013 consid. 4.1 s.). L'exigence ancrée à l'art. 14 LSA fait partie des conditions de l'octroi de l'agrément (art. 6 LSA) ; celles-ci devant être respectées en tout temps, le défaut de garantie d'une activité irréprochable appelle l'intervention de la FINMA qui est chargée de s'assurer que les entreprises d'assurance offrent cette garantie (art. 46 al. 1 let. b LSA). L'autorité prononcera le cas échéant les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal pouvant aller jusqu'au retrait de l'autorisation (art. 37 LFINMA). Le contrôle des exigences professionnelles et personnelles posées par l'art. 14 LSA poursuit un but exclusivement préventif et non répressif. L'autorité inférieure ne prononce pas de sanctions pour les comportements répréhensibles ; sa tâche consiste uniquement à évaluer les risques futurs. Ainsi, la garantie fait défaut lorsqu'il y a lieu de craindre, pour l'avenir, que les personnes impliquées constituent un danger pour les intérêts de la société en cause et de ses clients (cf. ATAF 2013/56 consid. 3.2.2).

7.2 En l'espèce, les manquements constatés dans les considérants qui précèdent font ressortir

un défaut de professionnalisme et de rigueur dans la conduite des affaires des recourantes qui ont mené à des violations du droit de la surveillance et des principes de gouvernance d'entreprise. Ces défaillances se situent à plusieurs niveaux et dans plusieurs domaines mais découlent de deux raisons principales : le comportement des anciens dirigeants et la croissance du Groupe qui n'a pas été suivie par son organisation. En particulier, la comptabilité n'a pas été adaptée de manière adéquate. Par ailleurs, les anciens dirigeants ont fait preuve envers eux-mêmes d'un grand degré de largesse sans rencontrer d'opposition dans le Groupe. Le versement de rémunérations exagérées, décidées par des conseils d'administration et des comités dans lesquels les bénéficiaires ou des personnes proches siègent, ne se révèle pas compatible avec la garantie d'une activité irréprochable que doivent présenter les personnes actives dans les divers domaines des marchés financiers. Certes, après leur départ, E._____, F._____ et G._____ ne devraient plus être en mesure d'influer négativement sur la conduite des affaires des recourantes. Toutefois, celles-ci n'ont pas encore démontré que ce genre de manquements ne pourra se reproduire à l'avenir.

7.3 Au résultat, la question de savoir si les défaillances dans l'organisation des recourantes justifient encore à l'état actuel de mettre en doute leur propre garantie d'une activité irréprochable peut être laissée ouverte. En effet, comme il sera exposé ci-après (cf. infra consid. 8), la mesure contestée s'impose déjà en raison des autres problèmes identifiés.

8.

Estimant que le rythme de croissance soutenu du Groupe n'avait pas été suivi au niveau organisationnel, que de nombreuses lacunes demeuraient d'actualité et que le service compliance ainsi que l'audit

interne n'avaient pas été en mesure de s'assurer que les tarifs approuvés étaient appliqués, la FINMA a jugé adéquat et nécessaire de faire interdiction aux recourantes d'accueillir de nouveaux clients provenant de l'acquisition de portefeuilles ou de sociétés jusqu'à la fin de l'année 2016. La mesure doit selon elle permettre au Groupe de se réorganiser de manière conforme au droit de la surveillance. Les recourantes estiment pour leur part que cette mesure n'est pas fondée sur une base légale, ne poursuit pas un intérêt public et viole le principe de la proportionnalité ; pour ces motifs, elle porte atteinte à la garantie de la liberté économique. Elles reprochent à la FINMA d'exagérer la gravité des manquements constatés et déclarent avoir entrepris les démarches nécessaires afin d'y remédier, les étapes de restructuration non encore réalisées n'étant au demeurant pas ordonnées par la FINMA et ne justifiant donc pas l'interdiction prononcée. Pour sa part, l'autorité déclare que la restructuration des sociétés ne constituait pas uniquement une suggestion mais qu'elle devait être effectuée car les défauts constatés se trouvaient à l'origine des manquements.

8.1 Les mesures de sûreté prononcées en vertu de l'art. 51 LSA sont en général la conséquence de manquements en matière d'organisation ou d'insuffisances financières. En vertu de la clause générale ancrée à l'al. 1 de cet article, si une entreprise d'assurance ou un intermédiaire ne se conforme pas aux dispositions de la présente loi ou d'une ordonnance, à des décisions de la FINMA ou encore si les intérêts des assurés paraissent menacés d'une autre manière, la FINMA prend les mesures conservatoires qui lui paraissent nécessaires pour sauvegarder les intérêts des assurés. L'al. 2 énumère à titre exemplatif des mesures susceptibles d'être prises dans ce cadre ; d'autres moyens sont également envisageables sur la base de la clause générale ; l'autorité de surveillance peut par exemple exiger le paiement de la partie non

libérée du capital social, des attributions supplémentaires au fonds d'organisation ou encore l'augmentation du capital (cf. Message du Conseil fédéral du 9 mai 2003 concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance et la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, FF 2003 3353, 3394, ci-après : Message LSA). La FINMA dispose dès lors, comme dans les autres domaines relevant des marchés financiers soumis à sa surveillance, d'une large marge de manœuvre dans le choix des mesures qu'elle juge appropriées (cf. ATF 135 II 356 consid. 3.1 ; arrêt du TF 2C_565/2010 du 14 avril 2011 consid. 4.1). D'ailleurs, comme il a déjà été exposé plus haut (cf. supra consid. 2.2), la mesure retenue en l'espèce s'avère moins incisive que certaines parmi celles énumérées à l'art. 51 al. 2 LSR. Elle dispose dès lors d'une base légale. Au demeurant, l'argument des recourantes selon lequel la FINMA n'avait pas exigé impérativement une restructuration mais l'avait uniquement suggérée ne change rien à cette conclusion. Le prononcé de la mesure conservatoire peut intervenir également dans le cadre d'un processus informel de transformation comme celui entrepris par le Groupe après l'intervention de la FINMA.

8.2 L'intérêt public d'une mesure prononcée en vertu de l'art. 51 découle des objectifs poursuivis par la LSA, notamment la protection des assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus (art. 1 al. 2 LSA). La mesure conservatoire prononcée en l'espèce s'oriente sur cet objectif en visant à donner le temps au Groupe de se donner une organisation adéquate avant qu'il ne croisse par acquisitions externes. Elle poursuit dès lors un intérêt public.

8.3 Le principe de la proportionnalité se compose traditionnellement des règles d'aptitude – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé –, de nécessité – qui impose qu'entre plu-

sieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés – et de proportionnalité au sens étroit qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et sur le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (cf. ATF 130 II 425 consid. 5.2 ; ATF 125 I 474 consid. 3). Il convient en l'espèce d'examiner si les manquements justifient la mesure encore à l'état actuel. En faveur des recourantes, on peut retenir le renouvellement des conseils d'administration, l'engagement de nouveaux responsables, l'adoption de mesures et règlements visant à améliorer la gouvernance d'entreprise et renforcer le système de contrôle interne et de comptabilité. Les recourantes semblent donc avoir la volonté de résoudre les problèmes subsistants. À l'inverse, il convient de relever que la réorganisation du Groupe ne devrait arriver à terme qu'en 2018 et que les mesures déjà en place n'ont pas encore fait leurs preuves. Les nouvelles personnes à la tête du Groupe devront démontrer que non seulement les organes mais également l'ensemble de la culture d'entreprise et le contrôle interne se conforment aux exigences du droit de la surveillance de sorte à mettre fin à la culture de gestion et de contrôle défailante qui régnait à l'époque des dirigeants démissionnaires. Nonobstant les mesures de réorganisation prises par les recourantes, il paraît adéquat, compte tenu également du fait que cette réorganisation se trouve toujours en cours de mise en œuvre, de restreindre la croissance des recourantes par acquisition afin de permettre la mise en place des mesures et d'en vérifier l'effectivité et la capacité à éviter ou détecter les problèmes constatés par le passé. En ce sens, la mesure est apte à atteindre le but fixé. Elle s'avère également nécessaire attendu que les recourantes ne se sont pas engagées d'une manière ou d'une autre à ralentir leur croissance pendant cette phase de restructuration. S'agissant de la proportionnalité au sens étroit, la protection des assurés actuels ou potentiels du Groupe au travers

d'une mesure prononcée pour une durée d'environ 18 mois l'emporte sur celui des recourantes à développer leurs affaires au travers d'acquisitions de portefeuilles. L'existence d'un dommage concret causé aux intérêts des sociétés ou de leurs assurés est peu pertinent au résultat ; plus important demeure le fait que le fonctionnement du Groupe était susceptible de mettre ces intérêts en danger et doit par conséquent être corrigé. En conclusion, il appert que la mesure prononcée respecte le principe de la proportionnalité.

8.4 La liberté économique individuelle garantie par l'art. 27 al. 1 Cst. comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (cf. ATF 132 I 97 consid. 2.1). Comme pour tout droit fondamental, les restrictions à la liberté économique doivent être fondées sur une base légale, justifiées par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 Cst.).

En l'espèce, comme il a été exposé plus haut, la mesure prononcée se fonde valablement sur l'art. 51 LSA, poursuit un intérêt public et respecte le principe de la proportionnalité. La restriction de la liberté économique des recourantes se révèle dès lors conforme aux exigences constitutionnelles.

Il convient encore de relever que la mesure ne doit pas sanctionner un comportement passé mais laisser au Groupe le temps d'améliorer son organisation ; elle ne s'avère donc pas punitive contrairement à ce que déclarent les recourantes.

9.

Compte tenu du résultat, il n'y a pas lieu de donner suite à la conclusion des recourantes tendant à ce que les frais de procédure prononcés par la FINMA soient réduits dans une proportion équitable si elles devaient obtenir gain de cause. Il convient simplement de constater que la perception des frais est valablement fondée 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 LFINMA. Ne s'agissant en l'occurrence pas d'une procédure pour laquelle des tarifs-cadres sont fixés dans l'annexe de l'ordonnance, l'émolument est calculé en fonction du temps consacré et de l'importance de l'affaire pour la personne assujettie (art. 8 al. 3 Oém-FINMA). Le montant arrêté par la FINMA ne semble pas exagéré compte tenu de la durée et de l'ampleur de la procédure.

10.

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral, ne relève pas d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté pour autant qu'il soit recevable.

(...)

Dispositif

Violations graves des dispositions sur la lutte contre le blanchiment d'argent

ARRÊT du Tribunal administratif fédéral B-5586/2013 du 4 octobre 2016

Violations graves du droit de la surveillance en raison de violations des obligations de diligence et règles de conduite posées par la loi sur le blanchiment d'argent (art. 3 à 8 LBA, art. 1 let. a et b OBA-CFB en relation avec art. 7 al. 3 et 4 OBA-CFB, art. 8, art. 10 al. 1, art. 11 s., art. 14 ss, art. 17 s. et art. 23 OBA-CFB) ainsi que de celles relatives à l'organisation d'une banque (art. 3 al. 2 let. a LB).

1. L'intermédiaire financier a l'obligation de prendre dans son secteur les mesures organisationnelles nécessaires pour éviter le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, et ce, afin de pouvoir garantir la bonne mise en oeuvre des obligations de diligence et règles de conduite posées par la loi. En font notamment partie l'établissement de directives internes, une formation suffisante du personnel et une surveillance efficace des transactions (consid. 4.1).
2. L'intermédiaire financier est tenu de déterminer les entreprises et personnes manifestement proches de personnes politiquement exposées et de les désigner comme telles pour l'usage interne. Les relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées doivent être considérées dans tous les cas comme des relations d'affaires comportant des risques accrus. Il en va de même pour les relations d'affaires avec des intermédiaires financiers étrangers pour lesquels un intermédiaire financier suisse effectue des opérations de banque correspondante (consid. 4.2 et 4.3).
3. L'intermédiaire financier doit analyser les alertes générées par son système destiné à la surveillance des transactions présentant des risques accrus et procéder aux clarifications supplémentaires nécessaires. Le fait qu'il s'agisse de transactions internes à un groupe d'entreprises n'y change rien (consid. 5).
4. L'intermédiaire financier doit également respecter les prescriptions des directives internes dans la mise en œuvre de son obligation d'établir et de conserver des documents telle qu'imposée par la loi (consid. 6).
5. Relève également des structures organisationnelles nécessaires d'une banque selon l'art. 3 al. 2 let. a LB un système de contrôle interne efficace destiné à garantir le respect des obligations de diligence et des règles de conduite posées par la loi en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (consid. 7).

Schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen wegen Missachtung der gesetzlichen Sorgfalts- und Verhaltenspflichten zur Geldwäschereibekämpfung (Art. 3 bis 8 GwG, Art. 1 Bst. a und b GwV-EBK i.V.m. Art. 7 Abs. 3 und 4 GwV-EBK, Art. 8, Art. 10 Abs. 1, Art. 11 f., Art. 14 ff., Art. 17 f. und Art. 23 GwV-EBK) und der Anforderungen an die Organisation einer Bank (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG).

1. Der Finanzintermediär hat die in seinem Bereich zur Verhinderung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung notwendigen organisatorischen Massnahmen zu treffen, damit die gesetzlichen Sorgfalts- und Verhaltenspflichten korrekt wahrgenommen werden können. Dazu gehören namentlich der Erlass entsprechender interner Weisungen, die genügende Ausbildung des Personals und eine wirksame Transaktionsüberwachung (E. 4.1).
2. Der Finanzintermediär ist verpflichtet, Unternehmen und Personen, welche einer politisch exponierten Person erkennbar nahestehen, ebenfalls als solche zu ermitteln und intern zu kennzeichnen. Geschäftsbeziehungen mit politisch exponierten Personen gelten in jedem Fall als Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken. Gleiches gilt für Geschäftsbeziehungen mit ausländischen Finanzintermediären, für die ein Schweizer Finanzintermediär Korrespondenzbankgeschäfte abwickelt (E. 4.2 und 4.3).
3. Der Finanzintermediär muss Warnhinweise seines Systems zur Überwachung von Transaktionen mit erhöhten Risiken auswerten und die nötigen zusätzlichen Abklärungen treffen. Dass es sich dabei um Transaktionen innerhalb einer Unternehmensgruppe handelt, ändert daran nichts (E. 5).
4. Zur Erfüllung der gesetzlichen Dokumentationspflicht hat der Finanzintermediär auch die Vorgaben der eigenen internen Weisungen zu beachten (E. 6).
5. Zu den notwendigen Organisationsstrukturen einer Bank gehört nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG auch ein wirksames internes Kontrollsystem zur Gewährleistung der Einhaltung der gesetzlichen Sorgfalts- und Verhaltenspflichten zur Geldwäschereibekämpfung (E. 7).

Grave violazione delle disposizioni del diritto in materia di vigilanza a causa del mancato adempimento degli obblighi legali di diligenza e di condotta in materia di lotta contro il riciclaggio di denaro (artt. 3-8 LRD, art. 1 lett. a e b ORD-CFB in combinato disposto con l'art. 7 cpv. 3 e 4 ORD-CFB, l'art. 8, l'art. 10 cpv. 1, l'art. 11 seg., l'art. 14 segg., l'art. 17 seg. e l'art. 23 ORD-CFB) e dei requisiti inerenti all'organizzazione di una banca (art. 3 cpv. 2 lett. a LBCR).

1. Affinché gli obblighi di diligenza e di condotta sanciti dalla legge vengano correttamente adempiuti, gli intermediari finanziari prendono, nel loro settore di competenza, i provvedimenti organizzativi necessari per impedire il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo. Tra questi obblighi rientrano l'emanazione di direttive interne, la formazione sufficiente del personale e un'efficace sorveglianza delle transazioni (consid. 4.1).
2. L'intermediario finanziario deve determinare le imprese e le persone riconoscibilmente legate a una persona politicamente esposta e designarle come tali per l'uso interno. Le relazioni d'affari con persone politicamente esposte sono considerate in ogni caso relazioni d'affari a rischio superiore. Lo stesso vale per le relazioni d'affari con

intermediari finanziari esteri per i quali un intermediario finanziario svizzero effettua operazioni quale banca corrispondente (consid. 4.2 e 4.3).

3. L'intermediario finanziario deve analizzare gli avvertimenti del proprio sistema di sorveglianza in merito a transazioni a rischio superiore e svolgere i necessari accertamenti complementari. Il fatto che si tratti di transazioni all'interno di un gruppo di imprese è irrilevante (consid. 5).
4. Per adempiere l'obbligo di allestire documenti sancito dalla legge, l'intermediario finanziario deve altresì osservare le disposizioni delle proprie direttive interne (consid. 6).
5. Nelle strutture organizzative necessarie di una banca rientra, ai sensi dell'art. 3 cpv. 2 lett. a LBCR, anche un efficace sistema di controllo interno volto a garantire il rispetto degli obblighi legali di diligenza e di condotta per la lotta contro il riciclaggio di denaro (consid. 7).

Résumé des faits

A. _____ SA (ci-après : A. _____ ou la recourante) est une société sise à Genève dont le but consiste selon l'inscription au registre du commerce en l'exploitation d'une banque de commerce et de gestion. Au début de l'année 2009, l'agence US Securities and Exchange Commission (SEC) a ouvert une action contre Robert Allen Stanford et les sociétés du Stanford Financial Group qu'il dirigeait au motif qu'ils avaient organisé une fraude selon un système pyramidal. Robert Allen Stanford et plusieurs sociétés de son groupe détenaient des comptes auprès de A. _____. Le 19 février 2009, celle-ci a informé l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA qu'elle avait bloqué tous les comptes concernés et informé le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent. Faisant suite à des clarifications entreprises en 2012, la FINMA a, par courrier du 18 mars 2013, averti la recourante qu'elle avait ouvert une procé-

dure contraignante à son encontre pour soupçon de violation des obligations de diligence imposées par la législation anti-blanchiment.

Par décision du 30 août 2013, la FINMA a constaté que A. _____ avait gravement violé le droit de la surveillance en matière de blanchiment d'argent (ch. 1 du dispositif), nommant une société d'audit afin de contrôler la mise en œuvre des mesures correctives entreprises par la recourante (ch. 2 du dispositif), mettant les frais de procédure par 65'000 CHF à la charge de celle-ci (ch. 3 du dispositif) et retirant l'effet suspensif d'un éventuel recours dirigé contre le ch. 2 du dispositif (ch. 4 du dispositif). Par mémoire du 3 octobre 2013, A. _____ a formé recours contre cette décision devant le Tribunal administratif fédéral en concluant principalement, sous suite de frais et dépens, à son annulation.

Extrait des considérants

(...)

2.

Il convient de relever à titre liminaire que, au moment des faits et depuis que la décision attaquée a été rendue, certaines dispositions applicables ont été abrogées ou modifiées ; en particulier, l'ancienne ordonnance de la Commission fédérale des banques en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (RS 955.022, RO 2003 554, OBA-CFB) du 18 décembre 2002, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003, a introduit une définition de la notion de PPE (art. 1 al. 1 let. a OBA-CFB) en disposant que les relations d'affaires avec des PPE devaient dans tous les cas être considérées comme comportant des risques accrus (art. 7 al. 3 OBA CFB) ; auparavant déjà, les intermédiaires

financiers devaient examiner avec une attention particulière s'ils voulaient entrer en relations d'affaires, accepter et garder des avoirs appartenant, directement ou indirectement, à des personnes exerçant des fonctions publiques importantes pour un État étranger ou à des personnes et sociétés qui, de manière reconnaissable, leur étaient proches (cf. Circulaire de la Commission fédérale des banques : Directives relatives à la prévention et à la lutte contre le blanchiment de capitaux du 26 mars 1998, cm. 9). En vertu de son art. 6 al. 1, les dispositions de l'ordonnance devaient s'appliquer également aux relations avec des banques correspondantes ce qui signifiait que de telles relations pouvaient aussi devoir être classées comme comportant des risques accrus (cf. Rapport de la Commission fédérale des banques relatif à son ordonnance sur le blanchiment d'argent du 18 dé-

cembre 2002, mars 2003, p. 35 ; ci-après : Rapport CFB 2002). Par modification du 20 décembre 2007 entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2008 (RO 2008 2017), l'art. 7 al. 3 OBA-CFB a été complété en ce sens que les relations d'affaires avec des intermédiaires financiers étrangers pour lesquels un intermédiaire financier suisse effectue des opérations de banque correspondante devaient elles aussi être considérées dans tous les cas comme comportant des risques accrus. À titre de disposition transitoire, les intermédiaires financiers se sont vu octroyer un délai jusqu'au 1^{er} janvier 2009 pour se conformer aux exigences prévues à cet article (art. 32a OBA-CFB). Avec effet à cette même date (RO 2008 5616 et 5619), l'OBA-CFB est devenue l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans le domaine des banques, des négociants en valeurs mobilières et des placements collectifs (OBA-FINMA 1) sans autres changements substantiels. À son tour, celle-ci a été abrogée en 2010.

Selon les principes généraux, on applique, en cas de changement de règles de droit, les dispositions en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (cf. ATF 137 V 105 consid. 5.3.1). L'examen du respect par la recourante de ses obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent se fera ainsi à la lumière de la législation et de ses propres directives au moment des faits pertinents et en tenant compte de leur évolution. Dans les développements qui suivent et sauf indication contraire, il sera principalement fait référence à l'OBA-CFB dans sa version en vigueur du 1^{er} juillet 2003 au 30 juin 2008.

(...)

4.

La FINMA reproche à la recourante de ne pas avoir classifié ses relations d'affaires avec Robert Allen Stanford et ses sociétés comme présentant un risque accru ; selon l'autorité, le premier devait être considéré comme PPE tandis que les secondes bénéficiaient de services de banque correspondante. De la sorte, elle n'aurait pas respecté les obligations de diligence que lui impose la législation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

4.1 La LBA vise à régler la lutte contre le blanchiment d'argent et la vigilance accrue en matière d'opérations financières ainsi que – expressément depuis le 1^{er} février 2009 (RO 2009 361, 362, 367) – le financement du terrorisme (art. 1 LBA). Elle soumet les intermédiaires financiers définis à l'art. 2 LBA à un certain nombre de devoirs dont en particulier des obligations de diligence (art. 3 à 8 LBA) qu'ils doivent respecter en permanence, tant lors de l'établissement d'une relation d'affaires que par la suite. L'intermédiaire financier doit notamment identifier ses cocontractants et les ayants droit économiques des valeurs dont il s'occupe (art. 3 et 4 LBA). Il doit également examiner les transactions de sa clientèle et identifier d'éventuelles transactions suspectes (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, FF 1996 III 1057, 1083 ; ci-après : Message LBA) ; à cet effet, il doit fixer des critères permettant la détection des relations d'affaires et des transactions présentant des risques juridiques et des risques de réputation accrus (art. 7 et 8 OBA-CFB). Il est tenu de procéder à certaines clarifications dont l'étendue dépend du risque que représente le cocontractant (art. 6 al. 1 LBA) ; il doit en particulier clarifier l'arrière-plan et le but d'une transaction ou d'une relation d'affaires lorsque des indices laissent supposer que des valeurs patrimoniales proviennent

d'un crime ou qu'une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition sur ces valeurs (art. 6 let. b LBA dans sa version en vigueur jusqu'au 31 janvier 2009, repris sans modification essentielle à l'art. 6 al. 2 let. b LBA) ; en présence de relations et de transactions à risque accru, des clarifications complémentaires doivent être entreprises (art. 17 ss OBA-CFB). L'intermédiaire est également soumis à un devoir de documentation : il doit établir des documents relatifs aux transactions effectuées ainsi qu'aux clarifications requises en vertu de la LBA de manière que des tiers experts en la matière puissent se faire une idée objective sur les transactions et les relations d'affaires ainsi que sur le respect des dispositions de la loi (art. 7 LBA et 23 OBA-CFB). Il doit enfin se conformer à des règles de comportement en cas de soupçon de blanchiment d'argent (art. 9 ss LBA et 24 ss OBA-CFB). Chaque intermédiaire financier doit prendre les mesures nécessaires pour empêcher le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme ; il veille notamment à ce que son personnel reçoive une formation suffisante et à ce que des contrôles soient effectués (art. 8 LBA). La nature et la portée de ces mesures varient en fonction de la situation de chaque intermédiaire financier ; ce dernier doit en effet disposer d'une organisation qui corresponde à son activité (cf. Message LBA, FF 1996 III 1057, 1085). Il émet des directives internes en matière de lutte contre le blanchiment d'argent dans lesquelles il règle en particulier les critères d'identification des risques accrus déjà mentionnés, l'organisation et les compétences internes ainsi que la politique de l'entreprise en ce qui concerne les PPE (art. 10 OBA-CFB). Il met en place un système de surveillance efficace des transactions et un service interne de lutte contre le blanchiment (art. 11 s. OBA-CFB). Il convient de relever à ce stade que, contrairement à ce que la recourante allègue, la LBA lui est bien applicable : l'exception prévue à l'art. 2 al. 4 let. d LBA dont elle se prévaut ressortit aux intermédiaires financiers visés à l'al. 3 de cet article alors qu'elle, en tant que banque, fait partie des intermédiaires énumérés à l'al. 2.

La liberté donnée aux intermédiaires financiers en matière de choix des critères à utiliser pour déterminer si la relation ou une transaction présente un risque accru est justifiée parce que le caractère accru du risque dépend aussi des informations et des ressources dont ils disposent en fonction de leur activité (cf. arrêt du TF 6B_729/2010 du 8 décembre 2011 consid. 3.5.6 non publié dans ATF 138 IV 1). Ces mesures garantissent le respect et la mise en œuvre de la législation relative à la lutte contre le blanchiment d'argent. Il s'ensuit qu'une violation par l'intermédiaire financier de ses propres règles et directives en la matière constitue en principe une violation des devoirs de diligence au sens de la LBA.

La Directive de la recourante D(...)1 – Règles anti-blanchiment du 1^{er} janvier 2003, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003, définissait les compétences en matière de lutte contre le blanchiment (ch. 13) : ainsi, les gestionnaires étaient les premiers responsables du respect des standards en matière d'éthique et d'intégrité ; la cellule de contrôle compliance, dont les tâches ont été reprises par la suite par le département compliance, devait notamment veiller à la mise en œuvre par les gestionnaires des contrôles et vérifications nécessaires et procéder aux vérifications des informations recueillies auprès d'eux ; le fichier central était responsable entre autres de la tenue de l'ensemble de la documentation contractuelle, de vérifier l'intégralité des données de base relatives à la clientèle et de la régularisation des points à corriger ; enfin, le comité d'examen et d'acceptation des clients (CEAC) entérinait l'ouverture de nouveaux comptes à la clientèle par des gérants internes ou externes (cf. Directive M(...)5 du 28 septembre 2000, ch. 3).

4.2 S'agissant de la qualification de Robert Allen Stanford comme PPE, la recourante estime que celui-ci n'avait pas à être considéré comme tel en vertu des règles applicables au moment des faits.

4.2.1 Selon l'art. 1 al. 1 let. a OBA-CFB dans sa version en vigueur dès le 1^{er} juillet 2003, on entend par personnes politiquement exposées les personnes suivantes qui occupent des fonctions publiques importantes à l'étranger : les chefs d'État ou de gouvernement, les politiciens de haut rang au niveau national, les hauts fonctionnaires de l'administration, de la justice, de l'armée et des partis au niveau national, les plus hauts organes des entreprises étatiques d'importance nationale (ch. 1) ; les entreprises et les personnes qui, de manière reconnaissable, sont proches des personnes précitées pour des raisons familiales ou personnelles ou pour des raisons d'affaires (ch. 2). Lorsque les personnes qui contrôlent une entreprise (organes, actionnaires de contrôle ou ayants droit économiques) sont qualifiées de PPE, alors l'entreprise doit l'être de même puisqu'elle est susceptible d'être utilisée à des fins de blanchiment d'argent (cf. dans ce sens Wyss/Zollinger, in : *Kommentar Geldwäschereigesetz*, 2e éd. 2009, n° 5a ad art. 1 GwV-FINMA 1 ; le même avis a été exprimé en lien avec l'OBA-CFB, cf. Ralph Wyss, *Kommentar Geldwäschereigesetz*, 2003, n° 5 ad art. 1 GwV-EBK). Comme il a été mentionné plus haut, les relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées doivent être considérées dans tous les cas comme comportant des risques accrus (art. 7 al. 3 OBA-CFB) et entraînent de ce fait des obligations de diligence, en particulier de clarification, accrues ; il y a notamment lieu, dans une mesure proportionnée aux circonstances, d'établir l'origine des valeurs patrimoniales remises, à quelle fin elles sont retirées et la plausibilité des versements entrants importants (art. 17 OBA-CFB). Selon la disposition transitoire ancrée à l'art. 32 al. 2 OBA-CFB, les intermédiaires financiers devaient déterminer les relations d'affaires comportant des risques accrus et les désigner comme telles pour l'usage interne le 30 juin 2004 au plus tard. Cette disposition précisait qu'en principe, ils pouvaient se fonder sur des données actuelles et n'étaient pas tenus d'analyser rétroactivement les transactions.

Dans sa directive D(...)1, la recourante définit les PPE comme « personnes qui exercent – ou qui ont exercé – des fonctions publiques importantes à l'étranger, soit des chefs d'État, des politiciens de haut rang, des hauts fonctionnaires (...) des organisations politiques (...) et tous ceux qui d'une manière ou d'une autre leur sont proches, qu'ils apparaissent en nom propre ou sous le couvert d'une société » (cf. Directive D(...)1, ch. 3b). À la suite de la révision de cette directive le 11 novembre 2004, la phrase « ou qui ont exercé » a été supprimée. La recourante stipule que les collaborateurs doivent respecter scrupuleusement – entre autres dispositions – les « Wolfsberg Principles » (cf. Directive D(...)1, ch. 2) ; selon les principes anti-blanchiment du Groupe de Wolfsberg dont la société-mère de la recourante fait partie, les PPE doivent faire l'objet de vérifications plus poussées et sont définies comme des « individus qui exercent ou ont exercé des fonctions publiques, par exemple de hauts responsables gouvernementaux (...) ou d'importants responsables de partis politiques, etc., ainsi que leurs familles et les personnes qui leur sont étroitement associées » (cf. Directives mondiales anti-blanchiment pour les services bancaires privés, 1ère révision, mai 2002, ch. 2.2, accessible sous).

4.2.2 En l'espèce, il est incontesté que Lester Bird occupait la charge de Premier ministre d'Antigua-et-Barbuda jusqu'au mois de mars 2004. Ainsi, il se trouvait à ce poste pendant environ dix mois après l'entrée en vigueur de l'OBA-CFB et l'adoption de la définition de PPE dont il remplissait manifestement les conditions. La recourante déclare à plusieurs reprises que Robert Allen Stanford n'entretenait pas de relations d'affaires avec lui – mais uniquement une relation personnelle – afin d'expliquer pour quelle raison elle ne l'a pas considéré comme proche d'une PPE au sens du ch. 2 de l'art. 1 al. 1 let. a OBA-CFB. Or, il ressort clairement du texte de cet article que la nature personnelle ou professionnelle de la relation n'est

pas pertinente ; seul s'avère déterminant le degré de proximité entre les personnes concernées. Dans sa propre Directive D(...)1, la recourante assimile aux PPE les personnes qui « d'une manière ou d'une autre » leur sont proches. Tant dans le rapport de I._____ (p. 9) que dans la fiche World-Check, il est mentionné expressément que Robert Allen Stanford était un « close associate » de Lester Bird. Cette description correspond à la terminologie utilisée dans les Directives du Groupe de Wolfsberg, à savoir les personnes étroitement associées (dans le texte anglais *close associates*) à des individus qui exercent ou ont exercé des fonctions publiques. Ainsi, contrairement à ce que déclare la recourante, Robert Allen Stanford peut en principe être qualifié de PPE. Cependant, compte tenu de la disposition transitoire de l'art. 32 al. 2 OBA-CFB qui octroyait un délai aux intermédiaires financiers afin d'identifier les relations comportant des risques accrus, on ne peut pas nécessairement en conclure, comme le fait la FINMA, que la recourante ait violé ses obligations de diligence depuis le 1^{er} juillet 2003, date de l'entrée en vigueur de l'OBA-CFB et de la Directive D(...)1, jusqu'à la fin du mandat de Lester Bird en tant que Premier ministre en mars 2004. Toutefois, elle a manqué à ces devoirs après juin 2004 en raison de l'activité ultérieure de celui-ci. En effet, après avoir perdu les élections de 2004, il est resté à la tête de son parti, Antigua and Barbuda Labour Party, l'un des principaux partis du pays et celui qui a le plus souvent exercé le gouvernement (cf. <http://thecommonwealth.org/our-member-countries/antigua-and-barbuda/constitution-politics>, https://en.wikipedia.org/wiki/Antigua_Labour_Party). Il devait donc être qualifié de PPE même après mars 2004 attendu que la définition de PPE selon l'OBA-CFB, mais aussi d'après la Directive D(...)1 et les principes de Wolfsberg, s'étendait également aux hauts fonctionnaires des partis au niveau national, ce que le gestionnaire ou les autres services compétents de la recourante auraient pu découvrir s'ils avaient procédé à une recherche

sérieuse et une actualisation des informations sur le client. D'ailleurs, ils disposaient de renseignements leur permettant de soupçonner l'existence d'actes de corruption : dans la fiche World-Check concernant Robert Allen Stanford figure la phrase « *Reportedly close associate of Former Antiguan Prime Minister Lester Bird – his financial and business dealings with the Antiguan Government under Bird, including major loans, generated reports of influence peddling and campaign contributions* » et plus loin « *1999 – criticised by US State Department and Treasury officials for using his financial and political clout in Antigua to gain control of the government office that regulated his and other banks* ». En vertu de l'art. 4 OBA-CFB, il est interdit aux intermédiaires financiers d'accepter des valeurs patrimoniales dont ils savent ou doivent présumer qu'elles proviennent d'un crime, notamment de la corruption, d'un détournement de fonds publics, d'un abus d'autorité ou d'une gestion déloyale des intérêts publics. Dans ces circonstances, la recourante aurait dû tout au moins retenir l'existence d'indices laissant supposer que les valeurs patrimoniales provenaient d'un crime et par conséquent clarifier l'arrière-plan et le but de la relation d'affaires (art. 6 LBA ; cf. infra consid. 6). Or, elle n'a mentionné nulle part l'existence de ces risques et n'a conséquemment pas entrepris de démarches spécifiques. Au lieu de cela, elle se contente de relever que Robert Allen Stanford n'avait pas fait l'objet d'une procédure pénale ; cependant, il ressort clairement, tant de l'esprit de la loi que de la teneur des articles 6 LBA et 4 OBA-FINMA, que la présence d'indices de possibles crimes à l'origine des valeurs patrimoniales suffit à fonder un devoir de clarification.

4.2.3 Il découle de ce qui précède que la recourante a omis de qualifier Robert Allen Stanford – ainsi que les sociétés qu'il contrôle – de PPE à la suite d'une mauvaise application de la loi et des directives pertinentes. Elle a en outre ignoré les informations laissant

supposer une origine criminelle des fonds acceptés. Cette relation d'affaires n'a pas été sérieusement analysée, ni par le gestionnaire responsable en premier lieu, ni par les services compliance qui auraient dû veiller au respect des devoirs de diligence dans le cas d'espèce. Il n'est pas étonnant dans ces conditions que le ratio de risque calculé selon le système mis en place par la recourante livre un résultat n'indiquant pas de risque accru ; si Robert Allen Stanford s'était vu attribuer la note 4 prévue pour les PPE, le ratio résultant aurait été nettement plus élevé.

4.3 La recourante conteste également l'existence d'une relation de banque correspondante avec ses clientes et juge arbitraire la conclusion de la FINMA à cet égard.

4.3.1 Selon l'art. 6 al. 1 OBA-CFB, les dispositions de cette ordonnance s'appliquaient également aux relations avec des banques correspondantes. Suite à la modification du 20 décembre 2007 entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2008, l'art. 7 al. 3 OBA-FINMA disposait que, outre les relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées, celles avec des intermédiaires financiers étrangers pour lesquels un intermédiaire financier suisse effectue des opérations de banque correspondante devaient être considérées dans tous les cas comme comportant des risques accrus. À titre de disposition transitoire afférente à cette nouvelle version, l'art. 32a OBA-CFB fixait aux intermédiaires financiers délai au 1^{er} janvier 2009 pour se conformer à cette nouvelle exigence. Selon la FINMA, la relation de banque correspondante s'utilisait pour l'exécution d'opérations de trafic des paiements, pour la gestion des liquidités ainsi que pour des prêts ou des placements à court terme ; ne constituait en revanche pas une relation de correspondance bancaire celle utilisée pour la gestion du patrimoine de la clientèle de la banque auprès d'une autre banque (cf. FAQ CFB <https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/f/faq/>

[faq9.html](#) qui renvoie au Principes anti-blanchiment de Wolfsberg pour les banques correspondantes de 2002). La recourante a introduit la relation de banque correspondante comme catégorie de risques accrus dans la version du 10 juillet 2008 de sa Directive D(...)4 – Règles anti-blanchiment / lutte contre le financement du terrorisme (ch. 3a et 3j) entrée en force à cette même date.

4.3.2 Se référant à la définition de relation de banque correspondante mentionnée par la FINMA, la recourante estime que ses prestations relevaient de la gestion de fortune et ne constituaient donc pas des services de banque correspondante. Il appert toutefois que les comptes ne servaient pas uniquement à gérer le patrimoine de la clientèle du groupe Stanford déposé auprès de la recourante mais que, compte tenu des versements fréquents entre divers comptes appartenant aux sociétés du groupe identifiés généralement comme « transferts intergroupe » – mais qui doivent être qualifiés plus précisément de transferts intra-groupe ou intra-société – par la recourante, ils étaient également utilisés à des fins de gestion des liquidités des banques ; les fonds étaient en outre investis dans des valeurs mobilières pouvant être liquidées à court terme, notamment dans le marché monétaire au travers de placements call fiduciaires dénonçables sous 48 heures de sorte qu'il ne peut être conclu à un mandat de gestion de fortune à l'exclusion de toute autre utilisation tels des placements à court terme. Par conséquent, la recourante exerçait pour ses clientes membres du groupe Stanford – du moins en partie – la fonction de banque correspondante. La conclusion de la FINMA s'avère bien fondée et en aucun cas arbitraire ou découlant d'une constatation erronée des faits. La recourante aurait dû identifier ces relations comme présentant dans tous les cas un risque accru le 1^{er} janvier 2009 au plus tard. Mais auparavant déjà, depuis l'adoption de l'OBA-CFB, les devoirs de diligence dictés par la LBA trouvaient appli-

cation aux relations de banque correspondante ; cela signifie que ces relations ou les transactions effectuées par ce biais pouvaient comporter des risques accrus. La recourante aurait dû donc veiller à une surveillance adéquate de ces comptes de manière à se conformer aux exigences de la LBA ; or, il ne ressort pas du dossier – et la recourante ne le prétend pas non plus – que le gestionnaire ou les services compliance aient entrepris des démarches spécifiques à cette fin. Quant à la surveillance des transactions effectuées sur ces comptes, elle a été – malgré le système informatique mis en place – affaiblie par le manque de suivi des alertes générées comme il sera exposé plus bas (cf. infra consid. 5).

4.3.3 En omettant de qualifier ses relations d'affaires avec les banques clientes comme opérations de banque correspondante ou de les examiner avec l'attention nécessaire alors qu'elle avait l'obligation de veiller à une identification des risques accrus, la recourante n'a pas respecté son devoir de diligence.

5.

La FINMA reproche à la recourante de ne pas avoir identifié proprement les transactions à risque accru effectuées par les clientes ; en particulier, elle n'aurait pas su donner le traitement convenable aux alertes générées par ses systèmes informatiques. De son côté, la recourante estime que les versements ne comportaient pas de risque accru attendu qu'il s'agissait principalement de transferts d'un compte à l'autre de la même cliente ou entre les sociétés du groupe Stanford.

5.1 Tout comme pour les relations d'affaires, les intermédiaires financiers doivent prendre les mesures nécessaires afin d'identifier les transactions présentant des risques accrus (art. 8 OBA-CFB ; cf. supra consid. 4.1). Entrent notamment en considération,

selon le domaine d'activité de l'intermédiaire financier, les critères d'identification suivants : l'importance des entrées et sorties de valeurs patrimoniales ; l'existence de divergences significatives par rapport à la nature, au volume ou à la fréquence des transactions pratiquées habituellement dans le cadre de la relation d'affaires ou de relations d'affaires comparables (art. 8 al. 2 OBA-CFB). Sont considérées dans tous les cas comme présentant des risques accrus, les transactions qui présentent des indices de blanchiment selon l'annexe de l'ordonnance (art. 8 al. 3 let. b OBA-CFB) dont une structure économiquement absurde des relations d'affaires entre un client et la banque (grand nombre de comptes auprès du même établissement, transferts fréquents entre différents comptes, liquidités excessives, etc.) ou le retrait de valeurs patrimoniales peu de temps après que celles-ci ont été portées en compte (compte de passage) (cf. Annexe Indices de blanchiment d'argent, n° A20 et A30). Dans sa Directive D(...)1 du 1^{er} janvier 2003, la recourante a précisé que la surveillance des mouvements sur les comptes devait être effectuée de manière permanente et des clarifications devaient être entreprises et documentées par écrit notamment en présence d'indices figurant dans l'annexe à l'ordonnance OBA-CFB ou d'indices d'un comportement répréhensible du client ou de ses proches et partenaires (cf. Directive D(...)1 ch. 7).

5.2 En l'espèce, la recourante conteste la nécessité d'une surveillance accrue des transactions en expliquant que la majorité des transferts étaient internes aux clients ou au groupe Stanford. Toutefois, le fait que les versements interviennent entre divers comptes appartenant au même titulaire ou à des personnes physiques ou morales apparentées n'exclut ou ne diminue pas le risque de blanchiment d'argent. Il suffit pour s'en convaincre de généraliser le comportement de la recourante : si les autres banques auprès desquelles sont détenus des comptes prenant

part aux transactions estiment elles aussi que celles-ci ne comportent par principe pas de risques accrus, alors la surveillance et les clarifications dont elles feront l'objet ne seront que minimales au départ tout comme à l'arrivée. En outre, de tels procédés peuvent compliquer une enquête ultérieure en allongeant le cheminement des flux financiers. Ces effets se révéleront encore plus importants en présence de juridictions connaissant une législation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent moins sévère que celle de la Suisse, comme cela est fort probablement le cas s'agissant d'Antigua-et-Barbuda malgré les améliorations constatées notamment par le Département du trésor américain. D'ailleurs, si la FINMA et avant elle la CFB ont indiqué que le fait de disposer d'un grand nombre de comptes auprès du même établissement ainsi que l'exécution fréquente de transferts entre différents comptes constituaient un indice de blanchiment, on peut en conclure – indépendamment du cas d'espèce – que les transferts internes ne peuvent être sans autre qualifiés de non problématiques du point de vue du blanchiment d'argent. Il convient de noter que la recourante n'expose pas dans ses directives que les transferts internes pouvaient être considérés comme ne présentant jamais de risque accru et n'avaient pas à être examinés plus avant (cf. infra consid. 6.1). Enfin, comme il a été expliqué plus haut, la recourante disposait d'informations susceptibles d'être considérées comme indices d'un comportement répréhensible qui, selon ses propres directives, devaient l'amener à effectuer des clarifications supplémentaires.

5.3 Par conséquent, il appert que la recourante a mal appliqué les critères en matière d'identification des transactions à risque accru.

6.

La FINMA reproche à la recourante d'avoir manqué à son devoir de clarification en lien avec les relations d'affaires et les transactions à risque accru et de ne pas avoir suffisamment documenté les démarches entreprises dans ce cadre. La recourante s'en défend en indiquant avoir effectué le nécessaire en fonction des circonstances. Elle déclare que les documents joints à la relation 1._____ et à ses rubriques 2._____ et 3._____ ont été actualisés en 1992, 1994 et 2004 ; ceux du compte 5._____ en 2004, dont le profil client n'a pas été rempli de manière lacunaire selon elle ; ceux du compte 6._____ en 2000 et 2002, la recourante admettant que le profil client avait été rempli de manière succincte. Elle indique que les fiches d'arrière-plan économique n'avaient pas à être corroborées par des documents car elles concernaient des transferts intra-société ou intra-groupe ; pour ce même motif, les transactions n'avaient pas à être examinées par un organisme externe. Quant aux versements en faveur de la société de révision, ils n'étaient pas insolites et n'atteignaient pas le seuil de 1 million de CHF requérant des clarifications selon ses directives internes. En ce qui concerne les organigrammes des sociétés du groupe Stanford qu'elle avait établis, elle précise qu'ils concernaient respectivement les entités du groupe régulé aux USA et ailleurs en juin 2002 ainsi que celles clientes de la recourante en octobre 2004.

6.1 Comme il a déjà été exposé plus haut (cf. supra consid. 4.1), la LBA assujettit les intermédiaires financiers à des obligations de clarification et de documentation. Outre les obligations de clarification générales telles la vérification de l'identité du co-contractant et l'identification de l'ayant droit économique ainsi que l'indication des donneurs d'ordre lors de virements (art. 14 ss OBA-CFB), des clarifications complémentaires relatives aux relations ou transac-

tions présentant des risques accrus sont exigées ; selon les circonstances, il y a lieu d'établir notamment à quelle fin les valeurs patrimoniales prélevées sont utilisées, si les versements entrants importants sont plausibles et si le cocontractant ou l'ayant droit économique sont des personnes politiquement exposées (art. 17 OBA-CFB, en particulier al. 2 let. c, d et g). Les clarifications comprennent, également en fonction des circonstances, notamment la prise de renseignements écrits ou oraux auprès des cocontractants ou des ayants droit économiques, une consultation des sources et des banques de données accessibles au public ou le cas échéant, des renseignements auprès de personnes dignes de confiance (art. 18 OBA-CFB, en particulier al. 1 let. a, c et d). L'intermédiaire financier vérifie si les résultats des clarifications sont plausibles et les documente (art. 18 al. 3 OBA-CFB). Selon l'art. 7 al. 1 LBA, il doit établir des documents relatifs aux transactions effectuées ainsi qu'aux clarifications requises en vertu de la présente loi de manière que des tiers experts en la matière puissent se faire une idée objective sur les transactions et les relations d'affaires ainsi que sur le respect des dispositions de la présente loi. La recourante a repris la substance des art. 17 et 18 OBA-CFB aux ch. 7 et 9 de sa Directive D(...)1 dans lesquels elle précisait que le gestionnaire était tenu de procéder lui-même aux investigations et recherches complémentaires commandées par les circonstances et en transmettre les résultats à la cellule de contrôle compliance – remplacée par le département compliance – qui devait en apprécier la plausibilité de même que la valeur probante des justificatifs rassemblés. L'obligation de documenter était définie au ch. 8 : toutes les informations pertinentes en possession du gestionnaire devaient faire l'objet d'un rapport écrit – tâche considérée comme un aspect important des règles dites « Know your Customer » – et les améliorations nécessaires apportées de manière permanente. La valeur probante des documents servant de justificatif aux opérations franchissant les seuils dé-

terminés par les directives et les procédures internes, comme les contrats de vente ou les conventions de rémunération, devait être examinée avec attention. Selon le ch. 6 de la Directive D(...)1 dans sa version du 11 novembre 2004, toute opération atteignant les seuils fixés – à savoir notamment des transferts dont le montant excédait 1 million de CHF (cf. Annexe 2 à la Directive relative aux règles anti-blanchiment révisée le 11 novembre 2004 – Critères de classification de la clientèle et de suivi des transactions, ch. 2.1) – devait faire l'objet d'une clarification écrite établie sur le formulaire prévu à cet effet (fiche APE). Le profil client des relations d'affaires dites à risque doit être revu par les gestionnaires au minimum une fois par année et faire l'objet d'une mise à jour (ch. 3.i) ; par ailleurs, s'agissant de l'obligation de documenter, cette directive indiquait que le gestionnaire devait apporter de manière permanente les améliorations nécessaires donnant de la solidité et de la rigueur au dossier du client (ch. 8). Selon les Directives mondiales anti-blanchiment pour les services bancaires privés du Groupe de Wolfsberg, la banque doit veiller à la mise à jour du fichier client (ch. 3, version de mai 2002 ; cf. supra consid. 4.2.1 in fine) ; cette règle ne se limitait pas aux risques accrus. Au ch. 4e de la version du 10 juillet 2008 de sa Directive D(...)4, la recourante prévoyait qu'une enquête par un organisme externe approuvé par le CEAC devait systématiquement être menée dans certains cas notamment lorsque le total des avoirs en compte ou le montant total des entrées et sorties avait dépassé le seuil de 1 million de CHF.

6.2 En l'espèce, faute d'avoir identifié les risques accrus présentés par les relations d'affaires et les transactions, la recourante n'a logiquement pas procédé aux clarifications qui devaient en découler en vertu de la loi et de ses directives. Ainsi, l'arrière-plan économique des transactions et leur plausibilité n'ont généralement pas été clarifiés mais celles-ci ont simplement été qualifiées d'internes sans qu'une suite y

fût donnée. Dans quelques cas, la recourante a obtenu des documents corroborant la réalité et le but de l'opération effectuée, comme l'achat d'un immeuble par Stanford Financial Group Inc. (SFG) et l'utilisation du crédit accordé à Robert Allen Stanford. Il ne peut nécessairement être conclu, comme le fait la FINMA, que la corroboration de l'objectif de ce prêt et sa documentation étaient insuffisantes ; cela ne change toutefois rien au résultat compte tenu des autres manquements. Il convient au demeurant de noter sur ce dernier point que les renseignements collectés avaient certainement pour but principal de s'assurer de la solvabilité du preneur de crédit dans l'intérêt de la recourante et non pas à des fins de lutte contre le blanchiment d'argent. De la même manière, les rencontres et les visites qui ont eu lieu et les documents corporatifs joints aux dossiers font certes partie des démarches à effectuer à des fins de clarification mais s'avèrent elles aussi plutôt des mesures prises dans le cadre de la gestion usuelle des relations bancaires que spécifiques à la lutte contre le blanchiment d'argent.

Cependant, les manquements ne peuvent être réduits à la conséquence directe du défaut de classification des clients en tant que PPE et de banques correspondantes ainsi que de la qualification des versements comme transactions internes au groupe ; elle n'a de manière générale pas satisfait à ses devoirs de clarification et de documentation concernant les relations d'affaires et transactions même si celles-ci devaient être qualifiées d'ordinaires. Ainsi, de nombreux formulaires n'ont pas été complètement remplis et n'ont pas été revus ou corrigés par le fichier central. À titre d'exemple, le profil client du compte n° 8._____ n'a pas été signé par le responsable de zone ou le chef de la succursale ni par la direction commerciale alors que leur signature est prévue dans le formulaire ; la case Lexis/Nexis est cochée sans qu'une fiche correspondante ne soit jointe au dossier ; dans la section consacrée aux relations avec d'autres comptes, seul

le compte n° 5._____ est mentionné. Il ressort du procès-verbal de la séance du CEAC du 14 octobre 2004 que le dossier devait être complété ce qui a été fait selon la recourante ; il ne peut être établi sur la base des pièces à disposition quels renseignements ont été jugés manquants et s'ils ont été recueillis par la suite ; il appert cependant que des lacunes subsistaient malgré l'examen du dossier par ce comité. Le profil client du compte n° 9._____ a été signé par le gestionnaire tant en cette qualité qu'en tant que responsable de zone ou de chef de la succursale ; il a certes aussi été signé par le fichier central mais cette double signature par le gestionnaire prive le dossier d'une vérification supplémentaire par une tierce personne de la pertinence et de la qualité de la documentation. Seule une page sur trois de la recherche Lexis/Nexis ne contenant aucune information d'intérêt particulier en termes de compliance a été jointe au dossier. Les recherches World-Check du 23 juin 2008 ne portaient que sur « stanford bank (panama sa) » et « stanford international holdings (panama) sa » alors que le gestionnaire connaissait les liens de celle-ci avec Robert Allen Stanford qu'il aurait dû inclure dans la clarification.

Les dossiers ne contiennent pas ou peu de pièces établissant un examen des informations recueillies par le service responsable de la compliance alors que l'activité de ce dernier ne saurait se limiter aux opérations jugées à risque accru par le gestionnaire puisqu'il doit veiller de manière générale au respect des normes en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. La recourante n'a, de manière incompatible avec son devoir de documentation, expliqué nulle part dans le dossier du client pour quelle raison elle s'est écartée de l'analyse de I._____ et de la fiche World-Check pour considérer que Robert Allen Stanford n'était pas une PPE alors que, sur le vu de ce qui précède, les informations disponibles permettaient de conclure que cette qualité devait ou du moins pouvait lui être

attribuée. Dans une note interne du 25 octobre 2002 concernant les comptes n° 5._____ et 6._____ dont l'auteur n'est pas mentionné mais qui, selon une lettre de la recourante à la FINMA du 2 mai 2012, pourrait provenir du responsable du contrôle des opérations de l'époque, plusieurs « points à débattre » ont été identifiés notamment : « La controverse autour du fondateur du groupe et son exposition en tant que quasi-PEP dans une entité géographique posant problème », « Le côté inhabituel d'une banque entretenant un compte de gestion en tant que client dans une autre banque (par opposition à de simples relations de correspondants) » et « La demande d'une enquête poussée sur le groupe pour parfaire la connaissance de l'APE général et étayer le dossier ». À titre de « Risque identifié », la note mentionne la « survenance d'un problème politique majeur à Antigua et/ou offensive des autorités américaines ». Il appert ainsi que les relations avec SFG et Bank of Antigua Ltd. (BOA) ainsi qu'avec Robert Allen Stanford avaient été identifiées comme comportant des risques ; dans une autre note du 11 novembre 2002, il est fait état d'un entretien avec le gestionnaire qui a répondu à certaines questions sans cependant que les risques identifiés ne soient examinés plus avant.

Il convient par ailleurs de relever que la recherche effectuée sur World-Check en octobre 2004 se trouvait en lien avec l'octroi d'un crédit personnel à Robert Allen Stanford ; il est donc hautement probable qu'elle ne serait intervenue à aucun moment au cours des relations d'affaires avec les clientes – hormis Stanford Bank (Panama) SA (SBP) qui a fait l'objet d'une telle recherche, quoiqu'incomplète, en 2008 – si ce crédit n'avait été demandé. Aucune autre recherche n'a été réalisée par la suite ce qui – même à admettre que l'actualisation n'avait pas à être exécutée chaque année comme la recourante l'a prévu pour les PPE – est insuffisant compte tenu des importants montants et mouvements de fonds. Or, l'insuffisance

des recherches comporte, en elle-même, le risque que des valeurs patrimoniales d'origine illicite ne soient pas découvertes (cf. arrêt du TF 6B_729/2010 du 8 décembre 2011 consid. 4.4.5 non publié dans ATF 138 IV 1). Il en va de même de l'examen des transactions par un organisme externe : la Directive D(...)4 ne prévoyait pas d'exception en faveur de versements internes à un client ou à un groupe permettant à la recourante de renoncer à faire effectuer une enquête. S'agissant des organigrammes du groupe Stanford, ils n'ont pas été actualisés depuis 2004 ; SBP n'y apparaît donc pas car elle était devenue cliente en 2008. Si la recourante s'en était tenue à ses directives et même en supposant que les relations relevaient de la gestion de fortune et non pas de l'activité de banque correspondante, elle aurait dû procéder à une actualisation des informations du dossier. Elle n'explique nullement en quoi la qualification du prêt en faveur de Robert Allen Stanford en tant que crédit lombard et non pas de crédit commercial la déchargerait de ses obligations de clarification.

6.3 Les développements qui précèdent révèlent un manque de rigueur général de la part de la recourante dans la tenue des dossiers et la surveillance de ses relations avec Robert Allen Stanford et ses sociétés incompatible avec ses devoirs de diligence en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. C'est donc à juste titre que la FINMA a conclu à une violation par la recourante des dispositions applicables en la matière.

7.

La FINMA a conclu sur la base des manquements constatés à un déficit organisationnel de la recourante en matière de lutte contre le blanchiment d'argent constituant une violation de l'art. 3 al. 2 let. a LB (RS 952.0). Celle-ci aurait entretenu des relations d'affaires qu'elle n'était pas en mesure de gérer et surveiller. La recourante rétorque que ces relations re-

lèvent de son domaine d'activité, à savoir la gestion de fortune, pour laquelle elle dispose de l'organisation nécessaire. Elle rappelle qu'elle s'était dotée d'un service de lutte contre le blanchiment et avait édicté des directives à cet effet. Elle estime avoir toujours entrepris les démarches appropriées dans la gestion des risques.

7.1 En vertu de l'art. 3 al. 2 LB, l'autorisation d'exercer une activité en tant que banque est accordée notamment lorsque les statuts, les contrats de société et les règlements de la banque en définissent exactement le champ d'activité et prévoient l'organisation correspondant à cette activité ; lorsque son but social ou l'importance de ses affaires l'exige, la banque doit instituer d'une part des organes de direction et, d'autre part, des organes préposés à la haute direction, à la surveillance et au contrôle, en délimitant les attributions de chacun d'entre eux de façon à garantir une surveillance appropriée de la gestion (let. a). Les conditions de l'autorisation doivent être respectées en tout temps (cf. arrêt du TF 2C_163/2014 du 15 janvier 2015 consid. 2.3). Le conseil d'administration doit, à titre d'attribution intransmissible et inaliénable, exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données (art. 716a al. 1 ch. 5 CO). Il incombe à la direction opérationnelle de mettre en place des systèmes et des processus internes appropriés pour assurer la compliance (respect des normes) au sein de l'établissement. À cet effet, elle prend toutes mesures et dispositions opérationnelles requises, veille notamment à ce qu'un ensemble adéquat d'instructions soit établi et organise l'implication de tous les collaborateurs, à tous les échelons, dans le maintien de la compliance (cf. Circulaire 2008/24 de la FINMA – Surveillance et contrôle interne dans le secteur bancaire du 20 novembre 2008 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, cm. 97 ss, qui a repris la teneur de la Circulaire

06/6 de la Commission fédérale des banques – Surveillance et contrôle interne du 27 septembre 2006, ch. 97 ss). Les normes applicables en matière de lutte contre le blanchiment d'argent font évidemment partie des dispositions dont la banque doit assurer le respect.

7.2 En l'espèce, la conclusion de la FINMA peut sembler sévère en tant qu'elle ne se fonde concrètement que sur le cas d'espèce. Celui-ci concerne toutefois plusieurs clients détenant au fil du temps plusieurs comptes et s'étend sur une longue durée ; les sommes déposées et les transactions effectuées portaient sur des montants très importants et ne pouvaient être assimilés à des mouvements de compte usuels n'appelant pas d'attention particulière. L'affaire ne peut donc être réduite à un manquement ponctuel ou un cas isolé ne remettant pas en cause l'organisation de la banque en matière de compliance. Il est patent que le travail du gestionnaire des comptes n'a pas été revu d'un œil critique par un autre service, à commencer par les nombreuses lacunes manifestes constatées dans les dossiers qui n'ont pas été comblées. Si, en soi, les directives et les services nécessaires ont été mis en place, il semble que leur fonctionnement laissait à désirer ; or, la banque doit veiller à ce que les dispositions légales tout comme les règlements qu'elle édicte soient appliqués proprement et prendre les mesures organisationnelles utiles à cette fin, par exemple au travers d'une surveillance plus étroite par la direction des processus de lutte contre le blanchiment d'argent ou des décisions prises en première ligne par les gestionnaires.

7.3 Par conséquent, même s'il ne peut nécessairement être retenu, comme le fait la FINMA, que la recourante ne disposait pas des compétences ou de l'expérience nécessaires à la gestion d'affaires commerciales de l'envergure du cas d'espèce, il n'en demeure pas moins que les manquements avérés et leur aspect systématique révèlent une organisation défi-

ciente en ce qui concerne le respect des principes de diligence en vertu de la LBA incompatible avec l'exigence ancrée à l'art. 3 al. 2 let. a LB.

8.

Qualifiant de grave la violation par la recourante de ses devoirs de diligence, la FINMA a rendu une décision de constatation au sens de l'art. 32 LFINMA. La recourante déclare que, pour autant qu'il soit conclu à l'existence de manquements, ceux-ci n'atteindraient pas un degré de gravité justifiant la décision de la FINMA qui, pour ce motif, devrait être annulée.

8.1 Si, dans le cadre de la surveillance qu'elle exerce conformément aux lois sur les marchés financiers dont la LBA (art. 6 al. 1 en relation avec art. 1 al. 1 let. f LFINMA), la FINMA apprend que les prescriptions légales sur les marchés financiers ont été enfreintes ou si elle constate d'autres irrégularités, elle prend les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal (art. 31 LFINMA). Lorsque la procédure révèle que l'assujetti a gravement enfreint le droit de la surveillance et qu'aucune mesure de rétablissement de l'ordre légal ne doit être prise, la FINMA peut rendre une décision en constatation (art. 32 LFINMA). La gravité d'une violation des normes applicables constitue une notion juridique indéterminée dont l'interprétation par la FINMA sera examinée avec réserve par le Tribunal de céans qui doit respecter la marge d'appréciation de l'autorité (cf. arrêt du TAF B-6815/2013 du 10 juin 2014 consid. 6.1 et les réf. cit.). Dans le choix des mesures à adopter, la FINMA doit se conformer aux principes généraux régissant toute activité administrative dont le principe de la proportionnalité.

8.2 Comme le déclare la recourante, l'ampleur des pertes dues au système mis en place par Robert Allen Stanford ne doit pas être retenue à sa charge et ne doit donc pas entrer en ligne de compte lors de

l'évaluation de la gravité des manquements constatés. Ce n'est qu'au regard du respect de son devoir de diligence que ces derniers doivent être mesurés ; l'importance des avoirs des clients et des transactions doit cependant être prise en considération. Ainsi qu'il a déjà été exposé plus haut, la recourante n'a pas identifié proprement les risques accrus et n'a pas fait vérifier les relations d'affaires et les transactions par les services de compliance de manière adéquate. Il ressort de ses explications qu'elle a pratiqué, au moins dans le cas d'espèce, une application étroite des notions de risque accru et de PPE alors qu'elle bénéficiait des éléments et des instruments qui auraient dû l'amener à d'autres conclusions. Des mesures s'imposaient d'autant plus dans le cas d'espèce que les informations dont la banque disposait lui permettaient de conclure que le client se trouvait en lien avec un certain nombre de politiciens qui au long de leur carrière pouvaient exercer des fonctions les qualifiant de PPE. La seule mesure de clarification importante que l'on peut retenir est le rapport de I._____ qui a livré un certain nombre de détails dont certains s'avèraient rassurants quant à la régularité des affaires du groupe Stanford mais d'autres, tels les liens avec un cartel de la drogue et avec un homme politique d'Antigua-et-Barbuda, appelaient un degré d'attention particulier.

La recourante semble ainsi s'être fiée à l'intégrité d'un client de longue date et a omis – du moins à son égard et à celui de ses sociétés – de s'adapter concrètement à l'évolution des exigences en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et de procéder réellement aux clarifications nécessaires alors même que ses propres directives le préoyaient. Si l'on peut comprendre que la banque n'ait pas effectué autant de recherches sur un client qui lui était déjà connu que sur un nouveau, il n'en demeure pas moins qu'elle devait veiller à mettre à jour ses informations notamment en ce qui concerne l'existence potentielle de risques

accrus pouvant apparaître ultérieurement au cours de la relation d'affaires ; à cette fin, elle aurait dû procéder régulièrement à des recherches dans des banques de données appropriées, ce qui ne nécessitait pas un effort particulièrement important mais aurait permis de détecter d'éventuelles évolutions de la situation du client.

Sans préjuger de l'intentionnalité du comportement du gestionnaire, sa décision – non remise en question par la hiérarchie ou les cellules de contrôle – lui a épargné un effort non négligeable de recherches et de mise à jour des informations requises au détriment du respect du devoir de diligence auquel la banque est soumise. Les documents des comptes concernés ont généralement été établis de manière incomplète et avec peu de rigueur. Faute de documentation suffisante, il est difficile de vérifier a posteriori si les personnes responsables avaient envisagé ou non la possible existence de risques accrus dans les relations entretenues avec Robert Allen Stanford et son groupe. Ces manquements se sont étendus sur une longue période sans que les services compétents de la recourante ne les découvrent et les réparent. En outre, compte tenu des circonstances, il y a lieu d'admettre que la situation aurait perduré si la fraude du groupe Stanford n'avait été découverte.

8.3 Par conséquent, les violations par la recourante des devoirs de diligence peuvent être qualifiées de graves de sorte que la FINMA – qui n'a pour le reste pas ordonné de mesure de rétablissement de l'ordre légal mais uniquement nommé un chargé d'audit afin de vérifier la mise en œuvre des démarches entreprises par la recourante – était en droit de rendre une décision en constatation à leur sujet. S'agissant du respect du principe de la proportionnalité, il convient de relever que la mesure s'avère adéquate et nécessaire en tant qu'elle permet à l'autorité de constater une violation grave de la loi et de le signifier claire-

ment à l'assujettie ; en même temps, elle constitue la mesure la plus douce à disposition de la FINMA dont l'impact sur la situation de la recourante ne l'emporte pas sur l'intérêt public à garantir une bonne application des devoirs de diligence en matière de blanchiment d'argent.

Partant, le prononcé d'une décision en constatation s'avère justifié et conforme au principe de la proportionnalité.

9.

Dans un de ses derniers griefs et à titre de récapitulatif, la recourante reproche à la FINMA une constatation incomplète et inexacte des faits en lien avec le prétendu manque de compétences dans la gestion de relations bancaires sortant du cadre usuel de ses affaires, l'absence de mention de levée de l'alerte FINCEN en 2001, l'existence de prétendues relations de banque correspondante, l'absence de documentation relative au crédit octroyé à Robert Allen Stanford ainsi que la prétendue inexistence de l'identification de l'origine de la fortune de celui-ci. Elle se prévaut de l'interdiction de l'arbitraire à cet égard.

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 inférieure ; elle est inexacte lorsque l'autorité a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve, ou a fondé sa décision sur des faits erronés ; sont déterminants au sens de la disposition précitée les faits décisifs pour l'issue du litige (cf. arrêt du TAF B-921/2015 du 1^{er} juin 2015 consid. 3.1 et les réf. cit.).

Comme il a été exposé plus haut, la FINMA a correctement qualifié les opérations de la recourante en lien avec les comptes des clientes et n'a pas prétendu que la documentation du crédit faisait entièrement défaut. La levée de l'alerte FINCEN en 2001 ne concernait qu'un argument secondaire et ne constitue pas un fait déterminant susceptible d'influer sur l'issue de l'affaire. Il en va de même de la déclaration – dont la portée a été exagérée par la recourante – selon laquelle elle n'aurait pas identifié l'origine de la fortune de Robert Allen Stanford, la FINMA ayant en réalité critiqué le caractère lacunaire des dossiers. S'agissant du manque de compétences dans la gestion des relations bancaires, il relève de l'appréciation juridique et non de la constatation des faits.

Par conséquent, ce grief de la recourante doit être rejeté.

(...)

11.

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral, ne relève pas d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

(...)

Dispositif

Obbligo di autorizzazione per i commercianti di valori mobiliari per conto proprio

SENTENZA del tribunale federale 2C_455/2014 del 27 gennaio 2015 (DTF 141 II 103)

Volume di transazioni di 5 miliardi di CHF fissato nella circolare 2008/5 del 20 novembre 2008 come soglia per l'obbligo di autorizzazione per l'esercizio dell'attività di commerciante professionale di valori mobiliari per conto proprio (art. 10 cpv. 1 in relazione con l'art. 2 lett. d LBVM).

1. Il criterio del volume di transazioni annue, quale presupposto dell'obbligo di autorizzazione per l'esercizio dell'attività di commerciante professionale di valori mobiliari per conto proprio, mira ad assoggettare ad autorizzazione solo chi svolge un'attività di entità tale da poter mettere in pericolo il buon funzionamento del mercato. Esso è conforme al diritto federale (consid. 3).
 2. La fissazione di una soglia numerica di 5 miliardi di CHF procede dall'idea che, indipendentemente dai rischi che comporta l'attività effettiva di un commerciante determinato, a partire dal raggiungimento di un certo volume di affari il funzionamento del mercato potrebbe essere perturbato. Nel sistema indicato, schematico ma chiaro, non v'è spazio per la verifica di ogni singola operazione domandata dalla ricorrente (consid. 5).
-

Mindestumsatzvolumen von CHF 5 Mia. gemäss FINMA-Rundschreiben 2008/5 vom 20. November 2008 als Voraussetzung der Bewilligungspflicht für das gewerbsmässige Effektengeschäft auf eigene Rechnung (Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Bst. d BEHG).

1. Mit dem Kriterium des jährlichen Mindestumsatzvolumens soll die Bewilligungspflicht für den gewerbsmässigen Effektenhandel auf eigene Rechnung auf das Effektengeschäft beschränkt werden, das durch seine Grösse die Funktionsfähigkeit des Marktes gefährden kann. Dieses Kriterium ist bundesrechtskonform (E. 3).
 2. Die Festsetzung des Schwellenwertes von CHF 5 Mia. basiert auf der Überlegung, dass das Effektengeschäft unabhängig von den tatsächlich eingegangenen Risiken ab einem bestimmten Umsatzvolumen die Funktionsfähigkeit des Marktes gefährden kann. Das bestehende, zwar schematisierende, aber eindeutige Raster lässt keinen Raum für die beantragte Einzelgeschäftsrisikoprüfung (E. 5).
-

Volume de transactions de 5 milliards de CHF prévu par la circulaire 2008/5 du 20 novembre 2008 comme condition à l'obligation d'autorisation pour l'exercice de l'activité de négociant de valeurs mobilières pour propre compte (art. 10 al. 1 en relation avec l'art. 2 let. d LBVM).

1. Le critère de volume minimum annuel de transactions, qui suppose l'obligation d'obtenir une autorisation pour exercer l'activité de négociant de valeurs mobilières pour propre compte, a pour objectif d'assujettir à autorisation celui qui exerce une activité d'une importance telle qu'elle pourrait mettre en danger le bon fonctionnement du marché. Ce critère est conforme au droit fédéral (consid. 3).
 2. La fixation d'un montant de 5 milliards de CHF découle de l'idée qu'indépendamment des risques que représente effectivement l'activité de négociant, le fonctionnement du marché peut potentiellement être perturbé dès qu'un certain volume d'affaires est atteint. Ce système, certes schématique mais clair, ne laisse pas de place pour l'examen d'une unique transaction tel que demandé par la recourante (consid. 5).
-

Sintesi dei fatti

Nell'agosto 2010 la A. SA ha chiesto alla FINMA l'autorizzazione per esercitare l'attività di commerciante di valori mobiliari prevista dall'art. 10 della legge sulle borse del 24 marzo 1995 (LBVM; RS 954.1). Con decisione del 7 giugno 2012 la FINMA, accertato che l'istante non adempiva le condizioni e aveva già esercitato l'attività senza autorizzazione, ha respinto la richiesta, ha ordinato la liquidazione della società, ha nominato due liquidatori, ha disposto le iscrizioni necessarie nel registro di commercio sotto la nuova ragione sociale A. SA in liquidazione e ha ordinato un certo numero di misure cautelari immediatamente esecutive, tra le quali la «dismissione» di ogni attività.

La FINMA ha considerato d'un canto che la A. SA aveva violato le norme sui mercati finanziari perché, al momento dell'introduzione dell'istanza, aveva già superato il volume di transazioni di CHF 5 miliardi fissato nella circolare 2008/5 del 20 novembre 2008 come soglia per l'obbligo di autorizzazione del commerciante di valori mobiliari per conto proprio; d'altro canto che nemmeno il requisito dell'attività irrepressibile era garantito, dal momento che l'istante aveva già commesso diverse irregolarità fornendo

informazioni inveritiere e violando le disposizioni della legge sul riciclaggio di denaro del 10 ottobre 1997 (LRD; RS 955.0). La FINMA ha pertanto sanzionato la A. SA in applicazione dell'art. 37 cpv. 2 e 3 della legge sulla vigilanza dei mercati finanziari del 22 giugno 2007 (LFINMA; RS 956.1).

Con una seconda decisione del 24 agosto 2012 la FINMA ha accertato che la A. SA si trovava in stato di eccedenza di debiti, ha ordinato il fallimento della società, ha nominato i liquidatori del fallimento e ha ordinato le pubblicazioni usuali. La FINMA ha giustificato la propria decisione, dichiarata anch'essa immediatamente esecutiva, con la necessità di proteggere i creditori, dopo che i propri incaricati avevano constatato un «sovraindebitamento» di CHF 1'593'174.13.

Le decisioni della FINMA del 7 giugno 2012 e del 24 agosto 2012 (di seguito designate rispettivamente decisione FINMA 1 e decisione FINMA 2) sono state confermate dal Tribunale amministrativo federale. Adito contro la sentenza del Tribunale amministrativo federale, il Tribunale federale ha respinto il ricorso di A. SA.

Dai considerandi

(...)

3.

La prima parte del ricorso riguarda la decisione FINMA 1, in particolare la circolare FINMA 2008/5 posta a fondamento del giudizio di assoggettamento alla LBVM. In questa circolare, intitolata «Commerciante di valori mobiliari», la FINMA ha stabilito che la LBVM si applica al «commerciante per conto proprio

che come tale effettua operazioni in valori mobiliari per un importo lordo (cifra d'affari) superiore a CHF 5 miliardi all'anno». Questa soglia è stata giustificata dalla considerazione che l'assoggettamento del commerciante per conto proprio alla LBVM è volto a proteggere il mercato, non gli investitori, il funzionamento del quale può essere messo in pericolo soltanto da un «volume notevole» di transazioni (circolare FINMA 2008/5, n. marginale 23).

3.1 Il Tribunale amministrativo federale ha respinto le critiche con le quali la ricorrente contestava la competenza della FINMA di definire le condizioni dell'assoggettamento. Esso ha osservato preliminarmente che l'art. 7 cpv. 1 LFINMA dà all'Autorità federale di vigilanza la facoltà di emanare circolari, le quali «non costituiscono norme giuridiche vincolanti» ma hanno la valenza delle ordinanze amministrative che orientano la prassi delle autorità, specialmente laddove esse dispongono di una certa latitudine di apprezzamento oppure ove occorre interpretare nozioni giuridiche indeterminate.

Poste queste premesse, il Tribunale amministrativo federale ha considerato che la regola stabilita dalla FINMA esonera in sostanza dall'obbligo di autorizzazione coloro che non raggiungono un volume di affari suscettibile di mettere in pericolo il buon funzionamento del mercato. Ha giudicato che essa rispetta la volontà del legislatore, il quale, pur non avendo fissato una soglia numerica esplicita, ha voluto assoggettare alla LBVM anche i commercianti di valori mobiliari che, agendo per proprio conto, non hanno clienti che necessitano di protezione. A questo proposito il Tribunale amministrativo federale ha ricordato che la legge sulle borse impone l'autorizzazione ai commercianti di valori mobiliari che agiscono sia per conto proprio in vista di una rivendita a breve scadenza, sia per conto di terzi (art. 10 cpv. 1 e 2 lett. d LBVM). Esso ha inoltre riprodotto un estratto del messaggio del 24 febbraio 1993, nel quale il Consiglio federale, a parer suo, esprimeva la necessità di proteggere sia gli investitori, mediante l'assoggettamento generale dei commercianti che operano per conto di terzi, sia il funzionamento del mercato, sottoponendo a vigilanza appunto l'attività degli operatori che agiscono per conto proprio con un volume importante di transazioni.

3.2 La ricorrente rimprovera in primo luogo al Tribunale amministrativo federale di avere violato gli art. 5 cpv. 1 e 27 Cost., ossia «il principio della legalità in relazione con la libertà economica». Pur ammettendo la necessità di esigere un'autorizzazione a partire da un determinato volume annuo di negoziazioni, a suo avviso la circolare FINMA 2008/5 non costituisce base legale sufficiente per limitare un diritto costituzionale secondo l'art. 36 cpv. 1 Cost. In nessun caso, spiega, le circolari possono «inserire, in modo vincolante, dei diritti in favore dell'amministrato o degli obblighi imperativi a carico di quest'ultimo», compiti che spettano solo all'Assemblea federale o al Consiglio federale.

3.3 La tesi secondo la quale la circolare FINMA 2008/5 non è base legale sufficiente per limitare validamente la libertà economica è errata nel suo principio. L'obbligo dell'autorizzazione per l'esercizio professionale dell'attività di commerciante per conto proprio di valori mobiliari non è stato istituito dalla FINMA; è sancito in modo incontrovertibile dall'art. 10 cpv. 1 in relazione con l'art. 2 lett. d LBVM. Quest'ultima disposizione definisce infatti commercianti di valori mobiliari «le persone fisiche o giuridiche o le società di persone che, agendo per proprio conto in vista di una rivendita a breve scadenza, oppure per conto di terzi, acquistano e alienano a titolo professionale valori mobiliari sul mercato secondario, li offrono al pubblico sul mercato primario o creano essi stessi derivati e li offrono al pubblico».

Il testo di queste norme, come del resto gli art. 2 e 3 nonché 17 segg. dell'Ordinanza sulle borse del 2 dicembre 1996 (OBVM; RS 954.11), non fanno distinzioni quanto al trattamento dei commercianti a titolo professionale di valori mobiliari per conto proprio e quelli che praticano tale attività per conto di terzi; tanto meno, tra i primi, sono enunciate differenze di trattamento in funzione del volume delle transazioni.

Questo stato legislativo non è sfuggito al Tribunale amministrativo federale, il quale ha ipotizzato che l'interpretazione letterale della legge potesse comportare un obbligo generale dell'autorizzazione, a prescindere dal raggiungimento di una soglia d'affari determinata, e che la circolare FINMA 2008/5 avesse quindi «allentato» la portata dell'art. 10 LBVM.

3.4 Nonostante questi dubbi, l'istanza inferiore ha individuato la volontà del legislatore di definire un volume di negoziazioni quale criterio determinante per l'assoggettamento alla LBVM del commerciante di valori mobiliari per conto proprio nel messaggio del Consiglio federale, in particolare nel commento all'art. 2 lett. c del progetto, l'attuale art. 2 lett. d LBVM (messaggio del 24 febbraio 1993 concernente una legge federale sulle borse e il commercio di valori mobiliari, FF 1993 I 1077, 1105 seg.). Anche la FINMA – e prima di lei la Commissione federale delle banche – giustifica la sua prassi con la volontà del legislatore espressa in questo passaggio del messaggio (Commissione federale delle banche [CFB], Rapporto di gestione 1997, pag. 119 n. 4.3.1.4).

Questa interpretazione va confermata. Essa è avallata dalla dottrina pressoché unanime. La giustificazione è che il commerciante di valori mobiliari per conto proprio non ha clienti che abbisognano di protezione; la vigilanza su di lui è pertanto giustificata solo nella misura in cui è volta a garantire il buon funzionamento del mercato, che può essere messo in pericolo soltanto dagli operatori che effettuano un grande numero di transazioni (Huber/Hsu, in: Basler Kommentar, Börsengesetz, 2^a ed. 2011, n. 39 ad art. 2 lett. d LBVM; Urs Roth, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, 2000, n. 33 ad art. 2 lett. d LBVM; Carlo Lombardini, La protection de l'investisseur sur le marché financier, 2012, pag. 264 n. 18; Alexander Wyss, Verhaltensregeln für Effektenhändler, 2000, pag.

20; Zufferey/Bizzozero/Piaget, Qui est négociant en valeurs mobilières?, 1997, pag. 47 n. 4; Rolf H. Weber, Börsenrecht – Kommentar, 2013, n. 10 ad art. 2 LBVM; Küng/Huber/Kuster, Kommentar zum Börsengesetz, vol. II, 2004, n. 67 ad art. 2 LBVM).

3.5 Il criterio del volume di transazioni annue, quale presupposto dell'obbligo di autorizzazione per l'esercizio dell'attività di commerciante professionale di valori mobiliari per proprio conto, è quindi ancorato alla volontà del legislatore. La ricorrente, come detto, riconosce che esso sia necessario e compatibile con lo scopo della legge; ritiene tuttavia che la soglia numerica possa essere fissata soltanto dal Parlamento o dal Consiglio federale. La critica è infondata.

La competenza formale della FINMA è di per sé certa: l'art. 7 cpv. 1 lett. b LFINMA le dà espressamente la facoltà di adottare delle circolari concernenti l'applicazione della legislazione del settore. Il Tribunale amministrativo federale ha qualificato giustamente la circolare FINMA 2008/5 di ordinanza amministrativa, atto mediante il quale l'autorità esplicita l'interpretazione che intende dare alla legge ai fini di un'applicazione uniforme e rispettosa della parità di trattamento. Le istanze di ricorso devono tenere conto delle ordinanze amministrative, sebbene esse non abbiano forza di legge, nella misura in cui riflettano il senso reale del testo di legge e propongano un'interpretazione corretta e adeguata al caso specifico (DTF 136 V 295 consid. 5.7 pag. 308; sentenza 2C_105/2009 del 18 settembre 2009 consid. 6.4.1).

L'ordinanza FINMA 2008/5 adempie questi requisiti. Essa riflette indubbiamente la volontà del legislatore di sottomettere ad autorizzazione l'attività del commerciante di valori mobiliari per conto proprio a partire da un volume determinato di affari e rispetta pertanto la ratio della regolamentazione, che è la protezione del funzionamento del mercato. L'art. 7

cpv. 2 lett. c LFINMA esige del resto che la FINMA, quando disciplina la propria attività, tenga conto degli obiettivi della vigilanza, in particolare della diversità delle attività commerciali e dei rischi che esse comportano; la differenziazione della vigilanza in funzione delle peculiarità dei diversi attori è volta a garantire il rispetto del principio di proporzionalità (messaggio del 1° febbraio 2006 sulla legge federale concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari, FF 2006 2625, 2657, commento all'art. 7 cpv. 2 del progetto).

4.

Il Tribunale amministrativo federale non si è occupato dell'aspetto numerico della soglia; ha reputato, trattandosi di una questione tecnica, di poter intervenire soltanto se la FINMA avesse commesso arbitrio e ha constatato che indizi in tale senso non sono stati adottati né sono ravvisabili.

4.1 La ricorrente obietta che il Tribunale amministrativo federale avrebbe dovuto valutare questi aspetti con potere libero, non limitato all'arbitrio. Riferendosi alla perizia di parte da lei prodotta essa ritiene che la FINMA avrebbe dovuto fissare una soglia «più elevata», poiché il valore di CHF 5 miliardi, stabilito a suo tempo dalla Commissione federale delle banche sulla base di un esame sommario del volume dei mercati nel 1997, non tiene conto dell'aumento considerevole delle negoziazioni intervenuto da allora grazie alle nuove tecnologie informatiche. Aggiunge che la capacità di influire sui mercati andrebbe «apprezzata non solo a dipendenza del sorpasso della soglia ma anche in funzione del caso particolare».

4.2 La limitazione indebita del potere cognitivo da parte di un'autorità giudicante potrebbe di per sé configurare una lesione del diritto di essere sentiti (DTF 131 II 271 consid. 11.7.1 pag. 303). In realtà l'i-

stanza inferiore – esprimendosi forse in modo un po' troppo sintetico – ha applicato la regola giurisprudenziale secondo la quale la natura del tema giuridico, ad esempio in materia di questioni specialistiche che richiedono conoscenze tecniche, può giustificare un certo riserbo anche da parte di un'autorità che fruisce in principio di un potere di esame libero. In questi casi la limitazione del potere cognitivo è compatibile con il diritto di essere sentiti se non vi sono elementi che inducano a pensare che l'istanza inferiore, specializzata, abbia accertato i fatti in modo errato o incompleto e non abbia esaminato tutti i punti di vista rilevanti per il giudizio o non abbia effettuato indagini con diligenza (sentenza 2C_1080/2012 del 17 maggio 2013 consid. 6.1, con i numerosi rinvii).

Il Tribunale amministrativo federale ha applicato correttamente questi principi. I vaghi accenni all'evoluzione della tecnologia non erano – e non sono davanti al Tribunale federale – atti a sostanziare deficienze nell'operato della FINMA, rilevanti nel senso della predetta prassi. Quanto alla necessità di esaminare anche il caso particolare, non soltanto la soglia numerica, basti ribadire che il criterio quantitativo è desunto dalla ratio della LBVM e dalla volontà del legislatore; si vedano per il resto le considerazioni che seguono.

5.

Una seconda serie di censure, in relazione sempre con la decisione FINMA 1, attiene alla natura delle contrattazioni da considerare per determinare il volume di affari del commerciante in proprio di valori mobiliari.

5.1 La tesi di fondo della ricorrente, subordinata rispetto alle censure trattate sopra, è che l'assoggettamento alla LBVM è volto a garantire il funzionamento del mercato svizzero, per cui andrebbero

escluse dal calcolo tutte le contrattazioni che, per la loro natura, non comportano rischi per tale mercato. Non andrebbero conteggiate in particolare le transazioni all'estero su valori mobiliari esteri ammessi al negozio in una borsa svizzera; operazioni che, spiega la ricorrente, l'art. 3 lett. a dell'Ordinanza FINMA sulle borse del 25 ottobre 2008 (OBVM-FINMA; RS 954.193), nonché i paragrafi 12, 12a e 42 della Circolare FINMA 2008/11, escludono dall'obbligo di dichiarazione secondo l'art. 15 LBVM, sempre che siano effettuate in una borsa estera riconosciuta dalla Svizzera. A suo parere le disposizioni relative a tale obbligo permettono anche di capire quali negozi debbano essere considerati per determinare se l'attività del commerciante possa destabilizzare il mercato svizzero. Le suddette negoziazioni creano semmai un pericolo per i mercati esteri e per questo motivo sono dichiarate alle autorità di vigilanza estere. La ricorrente addebita al Tribunale amministrativo federale, che ha incluso queste operazioni nel suo volume annuo, la violazione delle predette disposizioni e un accertamento arbitrario dei fatti.

5.2 Si è detto che la soglia numerica, anche se non è stata espressa nella legge e nell'ordinanza, è stata voluta dal legislatore poiché il commerciante di valori mobiliari che agisce per proprio conto può influire sul funzionamento del mercato se effettua un volume importante di transazioni. Essa procede dall'idea che, indipendentemente dai rischi che comporta l'attività effettiva di un commerciante determinato, a partire da un certo volume di affari – fissato dalla FINMA in CHF 5 miliardi – il funzionamento del mercato potrebbe essere perturbato. Il Tribunale amministrativo federale ha espresso bene questo concetto osservando che «il superamento del limite di CHF 5 miliardi è suscettibile di rappresentare la base di una presunzione inconfutabile per un potenziale perturbamento dei mercati».

In questo sistema, schematico ma chiaro, non vi è spazio per la verifica di ogni singola operazione propugnata dalla ricorrente. Poco importa, pertanto, se essa non agisca prevalentemente sui mercati svizzeri; il grosso volume di affari che essa è in grado di realizzare fa presumere che, se lo facesse, la sua attività potrebbe comportare dei rischi. La tesi della ricorrente non trova riscontri nella legge e neppure nel relativo messaggio. L'esame dettagliato di ogni transazione sarebbe del resto estremamente laborioso e di difficile attuazione. Le condizioni dell'assoggettamento alla LBVM diverrebbero mutevoli e aleatorie e andrebbero verificate costantemente, poiché nell'attività del commerciante in grado di realizzare una cifra d'affari importante la proporzione tra i volumi di negoziazioni effettuate all'estero e in Svizzera potrebbe mutare rapidamente.

5.3 In un capitolo separato la ricorrente spiega che il calcolo del volume di negoziazioni secondo il «metodo quantitativo», pur essendo idoneo a salvaguardare la funzionalità del mercato, viola il principio di proporzionalità. A suo parere il «metodo di calcolo qualitativo» permetterebbe di realizzare il medesimo obiettivo ma lederebbe in misura minore gli interessi privati. La ricorrente ribadisce che nel calcolo del volume annuo andrebbero conteggiate, «in base alla finalità della LBVM», soltanto le negoziazioni che costituiscono un pericolo per il mercato; tutte le altre andrebbero escluse, in particolare le operazioni effettuate dal commerciante per conto proprio quale mediatore o intermediario oppure all'estero su valori esteri ammessi nelle borse svizzere. La ricorrente ritiene di avere dimostrato che gran parte delle operazioni da lei effettuate rientrava in quest'ultima categoria, non comportava rischi per il mercato e non andava quindi conteggiata, per cui la sua attività sarebbe potuta proseguire.

Con quest'argomentazione la ricorrente ripete, mettendole semplicemente in relazione con il principio di proporzionalità, le argomentazioni che sono state confutate nel considerando precedente, al quale si può pertanto rinviare. Il criterio che la ricorrente definisce «metodo quantitativo» è ancorato nella LBVM, nell'interpretazione datale in conformità con il messaggio ad essa relativo (cfr. consid. 3.4); le scelte del legislatore sono vincolanti per il Tribunale federale, quali che siano le ripercussioni sotto il profilo della proporzionalità (art. 191 Cost.).

Anpassung SRO-Reglement an die Vorgaben der GwV-FINMA

URTEIL des Bundesgerichts 2C_867/2015 vom 13. Dezember 2016 (BGE 143 II 162)

Umfang der aufsichtsrechtlichen Kompetenzen der FINMA gegenüber den geldwäschereirechtlichen Selbstregulierungsorganisationen (Art. 5 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 lit. c BV; Art. 2 Abs. 2 und 3 sowie Art. 12 lit. a und c, Art. 14 Abs. 1 und 2, Art. 18 Abs. 1 lit. a-e sowie Art. 24, 25 und 28 GwG; Art. 31 FINMAG).

1. Grundlagen des schweizerischen Geldwäschereirechts und Tragweite des Legalitätsprinzips im Rahmen der diesbezüglich bestehenden «regulierten Selbstregulierung»: Die FINMA darf im Hinblick auf den Gesetzeszweck aufsichtsrechtlich Anpassungen der Reglemente von Selbstregulierungsorganisationen nötigenfalls zwangsweise durchsetzen, soweit es dabei um technische Präzisierungen zur Sicherstellung eines national oder international anerkannten «Minimalstandards» geht; für weitergehende Änderungen und insbesondere die Einführung grundlegend neuer Pflichten ist eine Anpassung des Geldwäschereigesetzes erforderlich (E. 2 und 3).
 2. Prüfung der umstrittenen, von der FINMA im konkreten Fall geforderten Ergänzungen (E. 4.2-4.4).
 3. Zur Festlegung der Verfahrenskosten ist auf eine qualitative Einschätzung der Bedeutung des Umfangs des Obsiegens im Vergleich zum (gesamten) Streitgegenstand abzustellen (E. 5).
-

Portée du pouvoir de surveillance de la FINMA sur les organismes d'autorégulation en matière de blanchiment d'argent (art. 5 al. 1 et art. 164 al. 1 let. c Cst.; art. 2 al. 2 et 3 ainsi que l'art. 12 let. a et c, art. 14 al. 1 et 2, art. 18 al. 1 let. a-e ainsi que les art. 24, 25 et 28 LBA; art. 31 LFINMA).

1. Principes du droit suisse en matière de blanchiment d'argent et portée du principe de la légalité s'agissant de « l'autorégulation réglementée » en la matière: eu égard au but la loi, la FINMA est autorisée en vertu de son pouvoir de surveillance à demander, le cas échéant, à imposer des modifications du règlement des organismes d'autorégulation, dans la mesure où il s'agit de précisions techniques visant à garantir un « standard minimal » national ou international; une modification de la loi sur le blanchiment est en revanche nécessaire lorsqu'il s'agit de modifications plus importantes en particulier de l'introduction de nouvelles obligations (consid. 2 et 3).
 2. Examen des compléments contestés exigés en l'espèce par la FINMA (consid. 4.2-4.4).
 3. La fixation des frais de procédure dépend de l'appréciation qualitative de la portée des points sur lesquels une partie obtient gain de cause par rapport à l'ensemble du litige (consid. 5).
-

Estensione delle competenze di sorveglianza della FINMA nei confronti di organismi di autoregolamentazione in materia di riciclaggio di denaro (art. 5 cpv. 1 e art. 164 cpv. 1 lett. c Cost.; art. 2 cpv. 2 e 3 nonché art. 12 lett. a e c, art. 14 cpv. 1 e 2, art. 18 cpv. 1 lett. a-e nonché art. 24, 25 e 28 LRD; art. 31 LFINMA).

1. Fondamenti del diritto svizzero in materia di riciclaggio di denaro e portata del principio della legalità nell'ambito dell'«autoregolamentazione regolamentata» esistente in questo contesto: alla luce dello scopo della legge e in virtù del potere di sorveglianza di cui dispone, la FINMA è autorizzata, se necessario, ad imporre adattamenti di regolamenti di organismi di autoregolamentazione, nella misura in cui si tratti di precisazioni di natura tecnica che mirano a garantire il rispetto di «standard minimi» riconosciuti a livello nazionale o internazionale; per modifiche che vanno oltre e, in particolare, per l'introduzione di obblighi fondamentalmente nuovi, occorre un adattamento della legge sul riciclaggio di denaro (consid. 2 e 3).
 2. Esame dei complementi litigiosi, richiesti nel caso concreto dalla FINMA (consid. 4.2-4.4).
 3. Per la fissazione delle spese di procedura bisogna svolgere un apprezzamento qualitativo dell'importanza dei punti sui quali una parte risulta vincente in relazione all'oggetto (complessivo) del litigio (consid. 5).
-

Zusammenfassung des Sachverhalts

Der Verein X. ist eine gesamtschweizerische, berufs-unabhängige Selbstregulierungsorganisation (SRO) im Sinne des Bundesgesetzes vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG; SR 955.0). Am 1. Januar 2011 trat die aktualisierte, gewissen nationalen und internationalen Entwicklungen Rechnung tragende Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) vom 8. Dezember 2010 über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung in Kraft (GwV-FINMA [2010]; AS 2010 6295 ff.). Die FINMA lud die Selbstregulierungsorganisationen in der Folge ein, allfällige Anpassungen ihrer Reglemente ebenfalls zu prüfen. Der Verein X. weigerte sich unter Berufung auf seine Organisationsautonomie und die bevorstehenden mutmasslichen Änderungen des Geldwäschereigesetzes (Bundesgesetz vom 12. Dezember 2014 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der «Groupe d'action financière [GAFI]»; AS 2015 1389; im Folgenden: Bundesgesetz zur Umsetzung [...]), sein Reglement in verschiedenen Punkten den Vorgaben der GwV-FINMA (2010) anzugleichen.

Am 31. Mai 2013 forderte die FINMA den Verein X. letztmals auf, verschiedene Themenbereiche seines Reglements im Sinne der Modifikationen der GwV-FINMA (2010) zu überarbeiten. Am 21. März 2014 stellte sie im Rahmen des am 17. September 2013 eingeleiteten Enforcementverfahrens fest, dass das Reglement vom 3. August 2009 (im Folgenden: Reglement 2009) nicht an die Vorgaben der GwV-FINMA (2010) angepasst worden sei, weshalb der Verein X. die Anerkennungsvoraussetzungen nach Art. 24 ff. GwG nicht mehr erfülle (fehlendes rechtsgenügendes Reglement). Die Differenzen zwischen der Aufsichtsbehörde und dem Verein X. betrafen Art. 12 Abs. 2 (Kriterien für Geschäftsbeziehungen mit erhöhtem Risiko), Art. 17 und 18 (Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit erhöhtem Risiko und Verant-

wortlichkeit des obersten Geschäftsführungsorgans), Art. 22, 23 sowie Art. 63 (Geldwäschereifachstelle und deren Aufgaben), Art. 45 Abs. 3 und 51 Abs. 3 (Ausnahmen von der Identifizierung des Kunden bzw. der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person bei nicht wiederaufladbaren Datenträgern im Bereich der elektronischen Zahlungsmittel) sowie Art. 61 Abs. 2 (Geld- und Wertübertragungen) GwV-FINMA (2010). Die FINMA ordnete im Sinne einer Übergangsregelung an, dass das geltende Reglement (2009) des Vereins X. direkt mit den entsprechenden Bestimmungen der GwV-FINMA ergänzt werde, da das SRO-Reglement diesbezüglich wesentlich von den geltenden nationalen und internationalen Standards der Geldwäschereibekämpfung abweiche. Der Verein X. wurde verpflichtet, die ihm angeschlossenen Finanzintermediäre hierüber zu informieren und sein geltendes Reglement (2009) entsprechend anzupassen; dieses sei der FINMA mit einem Umsetzungskonzept zur Genehmigung einzureichen. Für den Fall der Widerhandlung drohte die FINMA dem Verein X. den Entzug der Anerkennung als Selbstregulierungsorganisation an; zudem auferlegte sie diesem die Verfahrenskosten von CHF 50 000.–.

Das Bundesverwaltungsgericht hiess die Beschwerde des Vereins X. am 20. August 2015 teilweise gut, soweit es darauf eintrat (B-2200/2014): Nach Art. 17 (Aufsicht über die Finanzintermediäre gemäss Art. 2 Abs. 2 [anderweitig beaufsichtigte Finanzintermediäre]) und Art. 18 Abs. 1 lit. e GwG (Aufgaben der FINMA) habe der Gesetzgeber der FINMA ausschliesslich die Kompetenz eingeräumt, Ausführungsvorschriften für die ihr direkt unterstellten (DUFI) und die spezialgesetzlich beaufsichtigten Finanzintermediäre (Art. 2 Abs. 2 GwG) zu erlassen. Bei den Finanzintermediären, die einer SRO angeschlossen seien, könne die FINMA die Konkretisierung der gesetzlichen Sorgfaltspflichten nur indirekt über die Aufsicht über die einzelnen Selbstregulierungsorganisationen

wahrnehmen. Die FINMA dürfe den SRO dabei keine Vorgaben machen, die sich nicht bzw. nicht bereits sinngemäss aus den einschlägigen Bestimmungen im GwG ergäben. Die angefochtene Verfügung gehe insofern zu weit, als die FINMA das Reglement des Vereins X. (2009) mit den Bestimmungen von Art. 23 Abs. 1 lit. b und lit. d (Verweise auf weitere Aufgaben der Geldwäschereifachstelle im Rahmen der Vorgaben der GwV-FINMA [2010]) sowie Art. 45 Abs. 3 und Art. 51 Abs. 3 GwV-FINMA (2010) ergänzt habe (Minimalbeträge für Verzicht auf Identifizierung des Kunden bzw. der wirtschaftlich berechtigten Person für nicht wiederaufladbare Datenträger im Bereich von elektronischen Zahlungsmitteln). Im Übrigen wies es die Beschwerde ab, da die weiteren aufsichtsrechtlich angeordneten Konkretisierungen und Anpassungen durch die Sorgfaltspflichten im Geldwäschereigesetz gedeckt seien.

Der Verein X. beantragt vor Bundesgericht, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts bzw. die Verfügung der FINMA aufzuheben, soweit darin festgestellt

werde, dass sein Reglement vom 3. August 2009 (Datum des Inkrafttretens: 24. November 2009) zu Unrecht nicht an die Vorgaben von Art. 12 Abs. 2, Art. 61 Abs. 2, Art. 17 und 18, Art. 22 und 23 sowie Art. 63 GwV-FINMA (2010) angepasst worden sei, und er deshalb über kein den Anerkennungs voraussetzungen gemäss Art. 24 ff. GwG genügendes Reglement mehr verfüge und seine weitergehenden Anträge vom 5. März 2014 abgewiesen worden seien. Der Verein X. macht geltend, die FINMA habe mit der angefochtenen Verfügung unzulässigerweise in seinen Autonomiebereich als geldwäschereirechtliche Selbstregulierungsorganisation eingegriffen (Art. 25 GwG); für die angeordneten Massnahmen fehle die erforderliche formellgesetzliche Grundlage (Art. 5 und Art. 164 BV), weshalb die FINMA das Legalitätsprinzip verletzt habe.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt.

Aus den Erwägungen

(...)

2.

2.1 Der Gesetzgeber hat zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung in Art. 3 ff. GwG verschiedene konkretisierungsbedürftige Sorgfaltspflichten für Finanzintermediäre eingeführt (Identifizierung der Vertragspartei [Art. 3 GwG], Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person [Art. 4 GwG], erneute Identifizierung der wirtschaftlich berechtigten Person [Art. 5 GwG], besondere Sorgfaltspflichten [Art. 6 GwG], Doku-

mentationspflichten [Art. 7 GwG], organisatorische Massnahmen [Art. 8 GwG], Meldepflichten [Art. 9 GwG] usw.). Deren Einhaltung bzw. Konkretisierung in weiteren Erlassen unterliegen der staatlichen Kontrolle (Art. 12 ff. GwG); diese beruht (teilweise) auf dem Prinzip der «regulierten Selbstregulierung» (vgl. Christoph Errass, Kooperative Rechtssetzung, 2010, N. 31 [S. 39 f.] und N. 77-90 [S. 81 ff.] mit weiteren Hinweisen; derselbe, Technikregulierungen zur Gewährleistung von Sicherheit [nachfolgend: Technikregulierungen], Sicherheit & Recht 2016 S. 63 ff., dort 66-68 und 85-87). Je nach Kategorie, welcher ein Finanzintermediär zuzuordnen ist, untersteht er der

Aufsicht durch die FINMA (Art. 12 lit. a und lit. c Ziff. 2 GwG), durch die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) (Art. 12 lit. b GwG) oder aber durch eine anerkannte Selbstregulierungsorganisation (Art. 12 lit. c Ziff. 1 GwG; vgl. zum Aufsichtskonzept: Peter Nobel, *Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards*, 3. Aufl. 2010, § 5 N. 93 ff.).

2.2 Bei Finanzintermediären, welche gestützt auf ein anderes Finanzmarktgesetz als jenes gegen die Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung – etwa als Bank, Effektenhändler oder Vermögensverwalter nach dem Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006 (KAG; SR 931.51) – bewilligt und beaufsichtigt werden (spezialgesetzlich beaufsichtigte Finanzintermediäre), umfasst die Kontrolle der FINMA die Einhaltung der prudenziellen Regeln, der Verhaltensbestimmungen und der geldwäschereirechtlichen Sorgfaltspflichten (vgl. Zulauf/Eggen, *Finanzmarktrecht in a nutshell*, 2013, S. 94; Bovet/Héritier Lachat, *Lutte contre le blanchiment d'argent*, in: *Finanzmarktaufsicht/Surveillance des marchés financiers*, SBVR Bd. XV, Bovet [Hrsg.], 2016, S. 103 ff., dort N. 128). Bei den nicht prudenziell beaufsichtigten Finanzintermediären – wie zum Beispiel den Vermögensverwaltern von Individualvermögen oder Anlageberatern – wird nur die Einhaltung der Sorgfaltspflichten nach dem Geldwäschereigesetz geprüft, auch wenn dies gegebenenfalls direkt durch die FINMA geschieht (vgl. die Bewilligungs- und Anschlusspflicht gemäss Art. 14 Abs. 1 und 2 GwG: «Direkt unterstellte Finanzintermediäre [DUFI]; Bovet/Héritier Lachat, a.a.O., N. 129 und 163 ff.; Christoph K. Graber, in: *Das neue GwG*, Graber/Oberholzer [Hrsg.], 3. Aufl. 2009, N. 2 zu Art. 14 GwG; siehe auch das Urteil 2C_894/2014 vom 18. Februar 2016 E. 6.4). Diesen Finanzintermediären gegenüber – die Spielbanken ausgenommen – konkretisiert die Verordnung vom 8. Dezember 2010 (inzwischen vom 3. Juni 2015; SR 955.033.0) über die Verhinderung

von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung-FINMA, GwV-FINMA) die gesetzlichen Sorgfaltspflichten (Art. 18 Abs. 1 lit. e GwG).

2.3 Statt sich der direkten Aufsicht durch die FINMA zu unterstellen, können sich die Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG («Parabankensektor» bzw. «weitere Finanzintermediäre»; Bovet/Héritier Lachat, a.a.O., N. 140 ff.; Graber/Oberholzer, in: *Das neue GwG*, a.a.O., N. 17 zu Art. 2 GwG) zur Erfüllung ihrer Pflichten aus dem Geldwäschereigesetz einer der anerkannten Selbstregulierungsorganisationen anschliessen (Art. 14 Abs. 1 GwG e contrario; Nobel, a.a.O., § 5 N. 96). Diese erfüllen – ungeachtet der privatrechtlichen Natur ihrer Organisation und des privatrechtlichen Charakters der von ihnen ausgesprochenen Sanktionen bei Verletzung der gesetzlichen bzw. reglementarischen Vorgaben – eine öffentliche bzw. öffentlich-rechtliche Aufgabe im Rahmen der ihnen diesbezüglich übertragenen staatlichen Kompetenzen (Urteil 2C_887/2010 vom 28. April 2011 E. 6.1; Bovet/Héritier Lachat, a.a.O., N. 153; Graber, *Das neue GwG*, a.a.O., S. 13 f.; Graber/Oberholzer, in: *Das neue GwG*, a.a.O., N. 1 zu Art. 24 GwG: «von der Aufsichtsbehörde dirigierte Selbstregulierung»). Die FINMA erteilt und entzieht ihnen von Gesetzes wegen die Anerkennung (Art. 18 Abs. 1 lit. a GwG); beaufsichtigt sie (Art. 18 Abs. 1 lit. b GwG) und genehmigt ihre Reglemente (Art. 25 und Art. 18 Abs. 1 lit. c GwG); sie sorgt dafür, dass die Selbstregulierungsorganisationen den ihnen angeschlossenen Finanzintermediären gegenüber die gesetzlichen und reglementarischen Vorgaben wirksam durchsetzen (Art. 18 Abs. 1 lit. d GwG; vgl. Bovet/Héritier Lachat, a.a.O., N. 141 ff.; Christian Heierli, *Das Konzept der Selbstregulierung im GwG*, *Rechtliche Grundlagen und Mängel bei der praktischen Umsetzung*, *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht* [GesKR] 1/2010 S. 38 ff.; Detlev Michael

Basse-Simonsohn, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, Die Sorgfaltspflichten der Finanzintermediäre und deren Konkretisierung durch Selbstregulierung, 2002, S. 146 ff., 151 ff.).

3.

3.1 Die FINMA ist zum Schluss gekommen, dass das Reglement des Beschwerdeführers vom 3. August 2009 in verschiedenen Punkten als durch die internationale Entwicklung und insbesondere die GAFI-Empfehlungen überholt und lückenhaft zu gelten hatte, sodass es den «minimal standards» der Geldwäschereibekämpfung nicht mehr genügte. Da sich der Beschwerdeführer weigerte, sein Reglement freiwillig anzupassen, erklärte die FINMA gewisse Bestimmungen ihrer eigenen Geldwäschereiverordnung (2010) zum integrierten Bestandteil des Reglements des Vereins X. (2009), bis dieses den aufsichtsrechtlichen Vorgaben genüge. Der Verein X. macht geltend, der FINMA habe die erforderliche gesetzliche Grundlage gefehlt, um in sein – auf die Bedürfnisse der Mitglieder zugeschnittenes und bereits bewilligtes – Reglement direkt regulierend eingreifen zu können; die FINMA habe mit ihrem Vorgehen seine Autonomie als Selbstregulierungsorganisation missachtet. Als solche stehe er hinsichtlich der Konkretisierungsbefugnisse der geldwäschereirechtlichen Pflichten auf der gleichen Stufe wie die FINMA. Diese habe ihre Kompetenzen überschritten und sich ihr nicht zustehende Befugnisse angemasst. Das Reglement vom 3. August 2009 sei von der FINMA genehmigt gewesen; ein Grund, hierauf ganz oder teilweise zurückzukommen, habe nicht bestanden, zumal das Geldwäschereigesetz zur Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012 in Revision gestanden habe, was belege, dass die FINMA (vorausseilend) rechtsetzend tätig geworden sei und gegen das Legalitätsprinzip verstossen habe.

3.2

3.2.1 Das Legalitätsprinzip verlangt eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze zur Sicherung des Gesetzesvorbehalts, der Rechtssicherheit und der rechtsgleichen Rechtsanwendung (BGE 139 II 243 E. 10 S. 252; BGE 135 I 169 E. 5.4.1 S. 173; BGE 132 I 49 E. 6.2 S. 58 f.; je mit Hinweisen). Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidungen, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in die Verfassungsrechte sowie von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen sachgerechten Entscheidung ab (BGE 139 II 243 E. 10 S. 252; BGE 136 I 87 E. 3.1 S. 90 f. mit Hinweisen). Das Erfordernis der Gesetzesform verlangt, dass wichtige oder wesentliche Rechtsnormen in die Form eines Gesetzes (im formellen Sinn) zu kleiden sind (BGE 136 I 316 E. 2.4.1 S. 320). Für einen schweren Eingriff in die Grundrechte bedarf es einer klaren und eindeutigen Grundlage in einem Gesetz; für leichtere Eingriffe genügt eine kompetenzkonform erlassene Regelung im materiellen Sinn, d.h. eine rechtsetzende oder -vollziehende Verordnung. Der Gesetzgeber kann je nach Materie nicht völlig darauf verzichten, allgemeine Begriffe zu verwenden, die formal nicht eindeutig umschrieben sind; dies kann sich etwa wegen einer nicht abstrakt erfassbaren Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, des Bedürfnisses nach sachgerechten Entscheidungen im Einzelfall oder ständiger Anpassung einer Regelung an veränderte Verhältnisse rechtfertigen. Die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot sind weniger streng zu handhaben, wenn eine stark technische Materie oder unterschiedlich gelagerte Sachverhalte zu regeln sind, bei denen im Interesse einer sachgerechten Flexibilität Differenzierungen im An-

wendungsfall angebracht erscheinen; so oder anders dürfen die wesentlichen Wertungen aber nicht von der rechtsanwendenden Behörde selber ausgehen (vgl. Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, 2012, N. 1344 mit Hinweisen).

3.2.2 Vor diesem Hintergrund ist mit dem Bundesverwaltungsgericht anzunehmen, dass untergeordnete technische Anpassungen von in einzelnen Punkten überholten SRO-Reglementen direkt gestützt auf die materiellen geldwäschereirechtlichen Sorgfaltspflichten aufsichtsrechtlich zulässig sind, falls die entsprechende SRO zu einer Anpassung nicht bereit ist bzw. die entsprechenden technischen Entwicklungen verpasst hat. Die Mittel zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung beruhen auf einem breiten internationalen Konsens der beteiligten Staaten und werden mittels gegenseitiger Kontrollen und internationaler Sanktionen umgesetzt (vgl. Zulauf/Eggen, a.a.O., S. 90; Peter Nobel, a.a.O., § 5 N. 8, zur GAFI: § 8 N. 47 ff.); sie müssen allenfalls – im Hinblick auf neue Phänomene – rasch angepasst und von der FINMA als staatliche Aufsichtsbehörde den Selbstregulierungsorganisationen gegenüber nötigenfalls auch durchgesetzt werden können, soweit damit keine von den Regelungen im Geldwäschereigesetz grundlegend abweichende Wertungen bzw. neue Pflichten verbunden sind. Das schweizerische Geldwäschereigesetz ist ein Rahmengesetz, dessen Vollzug – teilweise – auf dem Prinzip der Selbstregulierung basiert (vgl. Basse-Simonsohn, a.a.O., S. 146; Graber, in: Das neue GwG, a.a.O., N. 2 zu Art. 1 GwG). Die Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG haben die Möglichkeit, innerhalb der verschiedenen Bereiche des Finanzsektors Selbstregulierungsorganisationen (SRO) zu bilden und Reglemente zu erarbeiten, welche die im Geldwäschereigesetz statuierten Pflichten konkretisieren; damit soll es – so der Bundesrat in seiner Botschaft vom 17. Juni 1996 zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geld-

wäscherei im Finanzsektor (BBl 1996 III 1101 ff.) – möglich bleiben, «den besonderen Bedürfnissen und Anforderungen gerecht zu werden, welche sich in den jeweiligen Bereichen des Finanzsektors stellen» (BBl 1996 III 1103 Übersicht in fine, 1134 ff. 3. Kapitel: Aufsicht; vgl. auch Basse-Simonsohn, a.a.O., S. 141 ff.). Der Grundsatz der Selbstregulierung gilt für die Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG, die in ihrer Tätigkeit keiner spezialgesetzlichen prudenziellen Aufsicht unterstellt sind (Graber/Oberholzer, in: Das neue GwG, a.a.O., N. 12 ff. zu Art. 2 GwG). Es ist an ihnen, Reglemente auszuarbeiten und zur Genehmigung einzureichen (Art. 25 Abs. 1 i.V.m. Art. 18 Abs. 1 lit. c GwG), «die gleichzeitig den besonderen Gegebenheiten und Erfordernissen ihres Dienstleistungsbereichs und dem Zweck des Gesetzes entsprechen», wobei der Genehmigung des Reglements konstitutiver Charakter zukommt (vgl. BBl 1996 III 1147 zu Art. 25 Abs. 1; Basse-Simonsohn, a.a.O., S. 148).

3.2.3 Trotz der Betonung der Bedeutung des Grundsatzes der Selbstregulierung im Geldwäschereigesetz, sind die SRO in die staatliche geldwäschereirechtliche Gesamtregelung eingebunden (vgl. Graber, in: Das neue GwG, a.a.O., N. 2 in fine zu Art. 1 GwG: «Die oberste Kontrolle bleibt [...] bei staatlichen Instanzen»; Zulauf und andere, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl. 2014, S. 37): Die FINMA trifft im Rahmen der geldwäschereirechtlichen Selbstregulierung eine funktionale staatliche Gewährleistungsverantwortung (vgl. hierzu Errass, Technikregulierungen, a.a.O., S. 84); bei den direkt unterstellten bzw. prudenziell beaufsichtigten Finanzintermediären überdies eine Erfüllungsverantwortung. Die FINMA kann nur Strukturen als Selbstregulierungsorganisationen anerkennen (vgl. Bovet/Héritier Lachat, a.a.O., N. 141 ff.), die ein eigenes SRO-Reglement besitzen (Art. 25 GwG) und darüber wachen, dass die angeschlossenen Finanzintermediäre ihre gesetzlichen

Pflichten einhalten; zudem muss sichergestellt sein, dass die mit der Kontrolle betrauten Personen und Organe über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügen, Gewähr für eine einwandfreie Prüftätigkeit bieten, von der Geschäftsleitung bzw. der Verwaltung der zu kontrollierenden Finanzintermediäre unabhängig sind und garantieren, dass die von ihnen mit der Kontrolle betrauten Prüfgesellschaften die erforderliche Zulassung besitzen (Art. 24 GwG). Das jeweilige Reglement muss für die angeschlossenen Finanzintermediäre deren Sorgfaltspflichten nach dem zweiten Kapitel konkretisieren und festlegen, wie sie diese zu erfüllen haben. Es hat die Voraussetzungen für den Anschluss und den Ausschluss der Finanzintermediäre festzulegen, zu bestimmen, wie die Einhaltung der Pflichten nach dem zweiten Kapitel kontrolliert wird, sowie angemessene Sanktionen für allfällige Pflichtverletzungen zu enthalten (vgl. Art. 25 GwG).

3.2.4 Droht die FINMA einer Selbstregulierungsorganisation den Widerruf der Anerkennung an und sorgt diese im Anschluss hieran nicht dafür, dass die Bewilligungsvoraussetzungen wieder hergestellt werden, so kann sie ihr im Rahmen der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Vorgaben (Willkürverbot, Verhältnismässigkeits- und Rechtsgleichheitsgebot usw.) die Anerkennung entziehen (Graber/Oberholzer, in: Das neue GwG, a.a.O., N. 2 zu Art. 28 GwG). Sämtliche Änderungen des Reglements müssen jeweils durch die FINMA genehmigt werden (Art. 18 Abs. 1 lit. c GwG); diese hat zudem dafür zu sorgen, dass die Selbstregulierungsorganisationen ihre Reglemente durchsetzen (Art. 18 Abs. 1 lit. d GwG). Sie kann sich in diesem Zusammenhang auf die ihr im Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1) eingeräumten Zwangsmittel (Enforcement) und insbesondere Art. 31 FINMAG stützen, wonach sie für die Wiederherstellung des ord-

nungsgemässen Zustands zu sorgen hat, wenn eine Beaufsichtigte oder ein Beaufsichtigter die Bestimmungen eines Finanzmarktgesetzes, wozu auch das GwG gehört, verletzt oder sonstige Missstände bestehen. Die Genehmigung des Reglements einer SRO schliesst – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – nicht aus, dass die Aufsichtsbehörde bei einem veränderten Umfeld auf ihre Genehmigung ganz oder teilweise zurückkommt. Akzeptiert die FINMA einen Reglementstext, liegt hierin keine vertrauensbildende Grundlage, die es ihr verunmöglichen würde, ihren ursprünglichen Entscheid zu überprüfen, soweit dies zur Durchsetzung der Sorgfaltspflichten und der effizienten Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorfinanzierung geboten erscheint. SRO und FINMA müssen im Konzept der Selbstregulierung eng zusammenarbeiten, um die Zielvorgaben der Geldwäschereigesetzgebung möglichst optimal zu erreichen (Bovet/Héritier Lachat, a.a.O., N. 149 ff.). Ob und inwiefern hierfür jeweils erst eine formelle Gesetzesänderung erforderlich ist und die FINMA nicht ohne solche aufsichtsrechtlich handeln darf, muss im Einzelfall unter Berücksichtigung der verschiedenen Aspekte vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips geprüft werden (zurückhaltender wohl: Thelesklaf/Wyss, in: GwG, Geldwäschereigesetz, Thelesklaf und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2009, N. 4 zu Art. 18 GwG; Dominik Oberholzer, in: Das neue GwG, a.a.O., N. 2 zu Art. 18 lit. c GwG, der davon ausgeht, dass es nicht Aufgabe der FINMA sei, «Gleichwertigkeit unter den Reglementen der verschiedenen Selbstregulierungsorganisationen zu erwirken, solange der gesetzliche Minimalstandard eingehalten» sei. Die gegenteilige Ansicht «unterwandere» den Grundsatz der Selbstregulierung und «degradiere» die SRO zu einer ausschliesslich ausführenden Stelle der FINMA): In untergeordneten technischen Bereichen ist ein Eingreifen der FINMA gestützt auf Art. 28 GwG möglich, der bei einem nachträglichen Dahinfallen der Bewilligungsvoraussetzungen den Widerruf der

Genehmigung nach vorgängiger Androhung dieser Massnahme zulässt bzw. gebietet (vgl. Basse-Simonsohn, a.a.O., S. 160 ff.; Prinzip «in maiore minus»). Ein entsprechendes Handeln kann sich – wie bereits dargelegt – zudem auf Art. 31 FINMAG stützen (vgl. Katja Roth Pellanda, in: Basler Kommentar, Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 8 in fine und 11 f. zu Art. 31 FINMAG; Thelesklaf/Wyss, a.a.O., N. 5 zu Art. 18 GwG). Entscheidend für die Frage, ob eine formelle Gesetzesrevision nötig ist oder eine materielle Änderung von Verordnungsbestimmungen bzw. ein aufsichtsrechtliches Handeln der FINMA genügt, hängt davon ab, was bereits als international anerkannter «minimal standard» gelten kann und wie schwer die damit verbundenen Konsequenzen für die betroffene SRO wiegen.

3.2.5 Bereits in der ersten Botschaft zum Geldwäschereigesetz unterstrich der Bundesrat die Bedeutung, welche dem Gesetzeszweck zukommt, wenn er dort festhielt, dass die Aufsichtsbehörde «korrigierend» eingreifen habe, falls die von den Selbstregulierungsorganisationen vorgesehenen Erleichterungen «als zu weitgehend» erscheinen sollten. Die Kontrollstelle für Geldwäscherei bzw. heute die FINMA seien letztlich dafür verantwortlich, dass die Selbstregulierungsorganisationen sich bei den von ihnen gewählten Erleichterungen nicht vom Gesetzeszweck entfernten (BBl 1996 III 1148 zu Art. 25 Abs. 2). Eine unterschiedliche Anwendung des Gesetzes sei nur dort angebracht, wo tatsächlich Unterschiede zwischen den Tätigkeitsgebieten der Finanzintermediäre nach differenzierten Lösungen riefen; auch über die Reglementsgenehmigung hinaus sei «eine möglichst einheitliche Praxis» der verschiedenen Aufsichtsinstanzen anzustreben (BBl 1996 III 1138 f. zu Art. 15; vgl. auch Basse-Simonsohn, a.a.O., S. 164). Diese Zielsetzung floss insofern in die Geldwäschereiverordnung-FINMA (2010) ein, als sich die FINMA an den Eckwerten ihrer Regelung orientiert, «wenn sie

Reglemente von Selbstregulierungsorganisationen nach Art. 25 GwG genehmigt und Reglemente von Selbstregulierungsorganisationen nach Art. 17 GwG als Mindeststandard anerkennt» (vgl. Art. 1 Abs. 2 GwV-FINMA [2010 bzw. 2015]).

3.2.6 Dem Beschwerdeführer ist insofern zuzustimmen, dass die GAFI/FATF-Empfehlungen rechtlich als internationales «soft law» zu gelten haben; sie stellen keine direkt verbindlichen Regeln wie etwa ein ratifiziertes internationales Übereinkommen dar; politisch ist jeder Staat, der erklärt hat, sich an ihrer Umsetzung zu beteiligen, indessen gehalten, hierfür im eigenen Recht zu sorgen und dadurch seinen entsprechenden internationalen – politischen – Verpflichtungen nachzukommen (vgl. Nobel, a.a.O., § 5 N. 47-57, 104-107; Graber/Oberholzer, in: Das neue GwG, a.a.O., S. 7 f.). Die GAFI ist sich bewusst, dass die einzelnen Länder unterschiedliche Rechts- und Finanzsysteme haben und somit nicht alle gleich vorgehen können, um das gemeinsame Ziel zu erreichen. Die Empfehlungen stellen Mindeststandards dar, die in den einzelnen Ländern durch geeignete Massnahmen unter Berücksichtigung der jeweiligen Gegebenheiten und Verfassungsvorgaben umzusetzen sind (vgl. die Botschaft vom 13. Dezember 2013 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der «Groupe d'action financière [GAFI]», BBl 2014 605 ff., dort 650 f. Ziff. 1.4). Ihre Bedeutung ist indessen nicht zu unterschätzen: Die Bestrebungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei, der Terrorismusfinanzierung und – seit 2012 – der Finanzierung von Massenvernichtungswaffen erfolgen in einem normativen Umfeld, das grenzüberschreitend mit der Entwicklung der internationalen Wirtschafts- und Finanzkriminalität Schritt halten muss; die nationalen formellen und materiellen Gesetzgebungen sind regelmässig auf die Anpassungen der internationalen Standards abzustimmen. Die Wirksamkeit der allenfalls national unterschiedlich umgesetzten GAFI-Emp-

fehlungen soll als Gesamtsystem zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im internationalen Kontext trotz des Selbstregulierungssystems nicht beeinträchtigt werden (vgl. die Botschaft vom 13. Dezember 2013, a.a.O., BBl 2014 606 f. und 650 ff. Ziff. 1.4); dies erfordert auch von den einzelnen SRO eine gewisse Flexibilität und fortlaufende Beobachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen. Das wird ihnen insofern erleichtert, als sich die FINMA – wie bereits dargelegt – an den Eckwerten ihrer eigenen Geldwäschereiverordnung (GwV-FINMA) orientiert, wenn sie Reglemente von Selbstregulierungsorganisationen prüft und genehmigt oder solche als Mindeststandard anerkennt (Art. 1 Abs. 2 GwV-FINMA [2010 bzw. 2015] mit Hinweis auf Art. 25 und 17 GwG). Dementsprechend können sich denn die Selbstregulierungsorganisationen auch darauf beschränken, lediglich die – sachlich gerechtfertigten – branchenspezifischen Besonderheiten abweichend von der GwV-FINMA zu regeln und diese als solche zu kennzeichnen (Art. 1 Abs. 3 GwV-FINMA [2010 bzw. 2015]); die Wirksamkeit des Gesamtsystems zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung darf durch die einzelnen abweichenden SRO-Regelungen nicht gefährdet erscheinen (kein «race to the bottom»).

3.2.7 Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, das Einschreiten der FINMA verletze die Rechtsweggarantie im Sinne von Art. 29a BV, kann ihm nicht gefolgt werden: Die entsprechende Verfassungsbestimmung garantiert bei Rechtsstreitigkeiten grundsätzlich einen Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde; dies ist im vorliegenden Zusammenhang auch sichergestellt, wenn die FINMA in Respektierung der Organisationsautonomie einer SRO dieser erst informell nahelegt, ihr Reglement den neuen Entwicklungen anzupassen. Trifft sie in der Folge entsprechende Anordnungen, steht gegen ihre Verfügung – wie der Fall belegt – der Rechtsweg an

das Bundesverwaltungsgericht und hernach an das Bundesgericht offen.

4.

4.1 Nachdem die FINMA das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. August 2015 nicht angefochten hat, ist dieses in Rechtskraft erwachsen, soweit die Dispositivziffern 2, 4a und 6 der Verfügung vom 21. März 2014 insofern aufgehoben wurden, als sie die Übernahme von Art. 23 Abs. 1 lit. b und d (E. 9 des angefochtenen Entscheids) sowie Art. 45 Abs. 3 und Art. 51 Abs. 3 GwV-FINMA (2010) (E. 7 des angefochtenen Entscheids) in das Reglement (2009) des Beschwerdeführers betrafen (Ziff. 1.1 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids). Die Kosten- und Entschädigungsfrage (Ziff. 9 des Dispositivs der FINMA) wies das Bundesverwaltungsgericht zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück (Ziff. 1.2 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids). Streitgegenstand vor Bundesgericht bilden damit nur noch die vom Bundesverwaltungsgericht bestätigten Ergänzungen des SRO-Reglements (2009) des Beschwerdeführers. Es ist zu prüfen, ob und wieweit die FINMA entsprechende Anpassungen auf aufsichtsrechtlicher Basis als technische Präzisierungen anordnen durfte oder diese sich als neue zusätzliche Pflichten inhaltlich auf eine formellgesetzliche Grundlage hätten stützen müssen.

4.2

4.2.1 Die FINMA darf eine Selbstregulierungsorganisation trotz deren Autonomie aufsichtsrechtlich verpflichten, Vorschriften der GwV-FINMA zu übernehmen, soweit diese den Zielsetzungen der Art. 3-11a GwG entsprechen und dadurch «keine neuen Pflichten von grösserer Tragweite» eingeführt werden (vgl. oben E. 3). Die Grenze zwischen erlaubten

und vom Gesetz nicht mehr gedeckten Vorgaben (durch die FINMA) ist fliessend, da der Gesetzgeber diesbezüglich seinerseits keine klaren Vorgaben formuliert hat und das Selbstregulierungsprinzip mit dem Erfordernis eines wirksamen Schutzsystems sowie der Koordination und einer möglichst einheitlichen Handhabung der geldwäschereirechtlichen Sorgfaltspflichten in einem gewissen Spannungsverhältnis steht. Dies belegt etwa die Botschaft zu den 2012 revidierten Empfehlungen der GAFI, wenn der Bundesrat dort bei den Ausnahmen zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Personen bei börsenkotierten Gesellschaften festhält, dass der Klarheit wegen und aus Gründen der Rechtssicherheit die entsprechende Ausnahme vom allgemeinen Geltungsbereich von Art. 4 GwG «eher im GwG statt in der GwV-FINMA zu verankern» sei (BBl 2014 682 [2. Absatz] zu Art. 4 i.V.m. Art. 2a Abs. 3). Im Bericht vom 18. Dezember 2014 «Die FINMA und ihre Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit» empfiehlt er der FINMA zwar, «mit geeigneten Massnahmen sicherzustellen, dass Verordnungen und Rundschreiben eine genügende rechtliche Grundlage im übergeordneten Gesetzes- oder Ordnungsrecht haben» (Empfehlung 6); dabei bleibt er indessen wiederum vage und legt nicht dar, nach welchen materiellen Kriterien dies zu geschehen hat. Es ist deshalb bei der Beurteilung der Zulässigkeit des aufsichtsrechtlichen Handelns auf die obgenannten allgemeinen Aspekte des Legalitätsprinzips (vgl. E. 3.2) in Bezug auf die einzelnen noch strittigen Reglementsergänzungen zurückzugreifen.

4.2.2 Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass Art. 12 Abs. 2 GwV-FINMA (2010), welcher verschiedene Kriterien nennt, die vermuthungsweise auf Geschäftsbeziehungen mit erhöhtem Risiko schliessen lassen, lediglich Art. 6 GwG in verhältnismässiger Weise umsetze; die Regelung in den §§ 31 und 32 des Reglements des Vereins X.

(2009) sei um das Kriterium, der «Komplexität der Strukturen, insbesondere durch die Verwendung von Sitzgesellschaften» neben den im Reglement bestehenden Vorgaben und dem weiteren Indizienkatalog der GwV-FINMA (2010) in das Reglement (2009) aufzunehmen (heute: § 32 Abs. 1 lit. h des Reglements [2015]). Dies ist nicht zu beanstanden: Es kann als gerichtsnotorisch gelten, dass Geldwäscher sich häufig «komplexer Gesellschafts- bzw. Finanzstrukturen» bedienen, um den illegalen Ursprung der Finanzquellen bzw. die Identität der wirtschaftlich Berechtigten zu verschleiern. Komplexe Finanzkonstruktionen bilden einen sachlich begründeten Anlass für die Pflicht, die wirtschaftlichen Hintergründe und den Zweck einer Transaktion näher abzuklären; sie können als «ungewöhnlich» im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a GwG gelten, es sei denn, ihre Rechtmässigkeit erweise sich (ohne Weiteres) als erkennbar. Die Annahme, die §§ 31 und 32 des Reglements des Vereins X. (2009) seien – so die FINMA und die Vorinstanz – in Bezug auf Geschäftsbeziehungen mit erhöhtem Risiko lückenhaft und zu eng gefasst, weshalb sie im Interesse der angeschlossenen Finanzintermediäre und der Realisierung des Gesetzeszwecks präzisiert werden müssten, entspricht dem Bundesrecht: Es handelt sich dabei weitgehend um eine technische Frage der Umschreibung typischer Konstellationen, die geldwäschereirechtlich problematisch erscheinen und im Rahmen der Sorgfaltspflichten als Geschäftsbeziehung oder Transaktion mit erhöhtem Risiko (§ 31 lit. c des Reglements [2009]) weiterer Abklärungen bedürfen. Da sich die Reglementsbestimmungen des Beschwerdeführers an regelmässig nicht juristisch geschulte Praktiker richten, besteht das Risiko, dass den entsprechenden Aspekten zu wenig oder keine Beachtung geschenkt wird. Mit der Übernahme von Art. 12 Abs. 2 GwV-FINMA (2010) wurde eine Lücke im Reglement geschlossen und kommt eine sachgerechte Lösung zur Anwendung, die den Best-Practice-Grundsätzen der GAFI entspricht, ohne

dass nennenswert in die Organisationsfreiheit des Beschwerdeführers bzw. in das Prinzip der Selbstregulierung eingegriffen worden wäre.

4.2.3 Art. 61 Abs. 2 GwV-FINMA (2010) schreibt vor, dass bei Geld- und Wertübertragungen der Name und die Adresse des Finanzintermediärs auf der Einzahlungsquittung ersichtlich sein muss (§ 33 Abs. 3 des Reglements [2014 bzw. 2015]). Diese Bestimmung kann ohne Weiteres als – wiederum technische – Präzisierung von Art. 7 GwG verstanden werden, welche die Dokumentationspflicht der Finanzintermediäre über die von ihnen getätigten Transaktionen regelt. Zur Trassabilität von Transaktionen gehört auch, dass der involvierte Finanzintermediär bzw. seine Kunden rasch und einfach zu identifizieren sind, damit gegebenenfalls bei ihm bzw. von ihm die vollständigen Unterlagen eingesehen werden können. Wenn die FINMA und das Bundesverwaltungsgericht annahmen, dass durch das Anbringen des Namens und der Adresse des schweizerischen Vertragspartners der elektronischen Geld- und Wertübertragungsplattform auf dem Zahlungsbeleg die Rückverfolgbarkeit besser sichergestellt und damit das geldwäschererechtliche Risiko minimiert bzw. die Effizienz der Arbeit der Strafverfolgungsbehörden erhöht wird, hält sich dies im Rahmen des fachtechnischen Beurteilungsspielraums der Aufsichtsbehörde, ohne die Rechtsstellung des Beschwerdeführers über seine bestehenden gesetzlichen Pflichten hinaus zu beeinträchtigen. Selbst wenn die Bestimmung – wie der Beschwerdeführer einwendet – auf keine oder nur einige wenige ihm angeschlossene Finanzintermediäre Anwendung finden sollte, ist die von der FINMA geforderte Anpassung nicht unverhältnismässig, nachdem der Anschluss an den Verein X. potentiell allen Finanzintermediären nach Art. 2 Abs. 3 GwG offensteht. Sollte die entsprechende Präzisierung im Rahmen seiner Kontrollen (derzeit) kaum oder keine Rolle spielen, wird der beschwerdeführende Verein

durch die umstrittene Ergänzung auch nicht in einer Art berührt, die nach einer ausdrücklichen formellgesetzlichen Basis für den Eingriff in seine Autonomie rufen würde.

4.3

4.3.1 Schliesslich ist auch die aufsichtsrechtlich angeordnete sinngemässe Übernahme von Art. 17 und 18 GwV-FINMA (2010) (§ 32 Abs. 4 des Reglements [2014]; § 32 Abs. 5 des Reglements [2015]), welche die Rollen und Pflichten der Geschäftsführung des Finanzintermediärs bzw. des Vorgesetzten in der Struktur des Finanzintermediärs im Rahmen von Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken regeln, zulässig: Gemäss Art. 17 GwV-FINMA (2010) bedarf die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken der Zustimmung einer vorgesetzten Person oder Stelle bzw. der Geschäftsführung; das oberste Geschäftsführungsorgan oder mindestens eines seiner Mitglieder muss über die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit politisch exponierten Personen (PEP) und alljährlich über deren Weiterführung (Art. 18 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA [2010]) bzw. die Anordnung regelmässiger Kontrollen aller Geschäftsbeziehungen mit erhöhtem Risiko und ihrer Überwachung und Auswertung (Art. 18 Abs. 1 lit. b GwV-FINMA [2010]) entscheiden. Finanzintermediäre mit einem sehr umfangreichen Vermögensverwaltungsgeschäft und mehrstufigen hierarchischen Strukturen können diese Verantwortung der Leitung einer Unternehmenseinheit übertragen (Art. 18 Abs. 2 GwV-FINMA [2010]). Das Reglement des Vereins X. (2009) enthielt diesbezüglich keine analoge Regelung, womit es den GAFI-Empfehlungen nicht (mehr) entsprach und die FINMA aufsichtsrechtlich eine sinngemässe Aktualisierung des Reglements zur Harmonisierung und Gewährleistung der internationalen Minimalstandards anregen und in der Folge vom Beschwerdeführer einfordern durfte. Beim ent-

sprechenden Konzept hinsichtlich der Zuständig- und Verantwortlichkeiten ging es nicht um einen Nebensatzpunkt, sondern um die Konkretisierung einer gesamtsystemrelevanten Pflicht im Rahmen von Art. 8 GwG, wonach die Finanzintermediäre in ihrem Bereich alle Massnahmen zu treffen haben, die zur Verhinderung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung notwendig sind.

4.3.2 Das Fehlen von Art. 17 und 18 GwV-FINMA (2010) analoger Organisationsbestimmungen bei Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken im Reglement des Beschwerdeführers kann als Missstand im Sinne von Art. 31 FINMAG gelten, welcher das Einschreiten der FINMA rechtfertigte, nachdem der Beschwerdeführer keine Hand dazu bot, diesbezüglich freiwillig sein Reglement anzupassen. Die entsprechenden Regelungen der GwV-FINMA (2010) sind sachlich gerechtfertigt und für eine klare Verantwortlichkeitsregelung bei Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken und insbesondere solchen mit politisch exponierten Personen (PEP) erforderlich. Der Umstand, dass dem Beschwerdeführer vor allem kleine und mittlere Finanzintermediäre angeschlossen sind, ändert an der inhaltlichen Berechtigung der entsprechenden Forderung nichts, zumal der Verein X. – wie bereits ausgeführt – allen Finanzintermediären offensteht und zumindest vereinzelt auch «grössere» Kunden zu seinen Mitgliedern zählt.

4.3.3 Die entsprechende Vorgabe kann sich im Übrigen inzwischen auf Art. 6 GwG (Besondere Sorgfaltspflichten) stützen, wonach der Umfang der einzuholenden Informationen, die Hierarchiestufe, auf welcher der Entscheid, eine Geschäftsbeziehung einzugehen oder weiterzuführen, getroffen werden muss, sowie die Periodizität von Kontrollen sich nach dem Risiko zu richten haben, welches die Vertragspartei bildet (Fassung gemäss Ziff. 1 7 des Bundesgesetzes zur Umsetzung [...], a.a.O.). Dies galt bis-

her bereits im Rahmen von Art. 8 GwG. Soweit in Klein- und Kleinstbetrieben (Einmannbetrieb) gar keine hierarchischen Strukturen bestehen (vorgesetzte Person, Stelle oder Geschäftsführung bzw. oberstes Geschäftsführungsorgan), hat die Regelung bereits strukturbedingt keine eigene Tragweite; die Voraussetzungen von Art. 17 und 18 GwV-FINMA (2010) im Reglement des Beschwerdeführers können sich nur auf Intermediäre beziehen, welche überhaupt über entsprechende Organe und eine hierarchisierte Struktur verfügen.

4.4

4.4.1 Umstritten bleibt schliesslich noch, ob und wie weit der Beschwerdeführer angehalten werden konnte, Art. 22, 23 sowie 63 GwV-FINMA sinngemäss in sein Reglement (2009) zu übernehmen. Danach haben die Finanzintermediäre Geldwäschereifachstellen zu bezeichnen, welche bei mehr als 20 beschäftigten Personen die in Art. 23 GwV-FINMA (2010) aufgelisteten Aufgaben zu erfüllen haben. § 41 des umstrittenen Reglements (2009) kannte keine konkrete Verpflichtung für die dem Beschwerdeführer angeschlossenen Finanzintermediäre, einen oder mehrere Geldwäschereiverantwortliche zu bezeichnen. Es sah in lit. f lediglich vor, dass die dem Beschwerdeführer angeschlossenen Finanzintermediäre mit mehr als fünf Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, welche eine dem GwG unterstellte Tätigkeit ausüben, ein Konzept über die interne Aufgabenteilung und die Zuständigkeiten aufzustellen haben (vgl. heute § 41 und 41bis des Reglements [2014] bzw. § 41 Abs. 2, 3 und 4 des Reglements [2015]).

4.4.2 Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass sich die Verpflichtung zu einer analogen bzw. sinngemässen Übernahme von Art. 22 GwV-FINMA (2010) in das Reglement des Beschwerdeführers auf die gesamte Zielsetzung des GwG und insbesondere

wiederum auf die in Art. 8 GwG verankerte geeignete Organisationspflicht stützen konnte und keine Gesetzesänderung erforderlich machte, um den Beschwerdeführer zu verpflichten, seine diesbezügliche Regelung zu verschärfen bzw. dem allgemeinen Minimalstandard anzupassen. Nach der GwV-FINMA (2010) haben Finanzintermediäre eine oder mehrere qualifizierte Personen als Geldwäschereifachstelle zu bezeichnen, welche die Linienverantwortlichen und die Geschäftsleitung bei der Umsetzung der geldwäschereirechtlichen Vorgaben unterstützen, ohne diesen die Verantwortung hierfür abzunehmen. Die Fachstelle bereitet die internen Weisungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vor und plant und überwacht die interne Ausbildung. Die Regelung ist sachlich begründet und verhältnismässig, nachdem sie für DUFI, die bis zu 20 Personen beschäftigen, zudem spezifische Erleichterungen vorsieht (Art. 63 Abs. 1 GwV-FINMA [2010]), auf die sich der Beschwerdeführer ebenfalls berufen kann, was den Einwand entkräftet, dass aufgrund seiner Mitgliederstruktur (80 % Kleinstbetriebe) eine entsprechende Regelung nur von minimaler praktischer Bedeutung sei und unverhältnismässig erscheine.

4.4.3 Der Beschwerdeführer übersieht, dass die Compliance-Anforderungen national wie international gestiegen sind und die entsprechenden Regelungen nach dem Spezialwissen einer ausschliesslich der Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung dienenden zentralen Stelle rufen (vgl. die GAFI/FATF Recommendations, February 2012, Interpretive Note to Recommendation 18, Ziff. 1 ff. [S. 80]). Im Übrigen hat schon die FINMA in ihrer Verfügung vom 21. März 2014 darauf hingewiesen, dass der Begriff der «Fachstelle» nicht als «absolute Grösse» zu verstehen sei, sondern je nach dem Unternehmen und dessen Grösse unterschiedlich verstanden werden dürfe; es ist dem Beschwerdeführer freige-

stellt – im Rahmen der grundsätzlichen Vorgaben, die sich auf grössere Betriebe beziehen –, eine eigene sachgerechte Lösung für Klein- oder Kleinstbetriebe zu treffen, welche keine Linienverantwortlichen oder eigenständige Geschäftsleitungen kennen. Der Beschwerdeführer hat dementsprechend sein Reglement (2015) heute denn auch in dem Sinn angepasst, dass der angeschlossene Finanzintermediär eine oder mehrere qualifizierte Personen innerhalb eines Betriebs als Geldwäschereifachstelle bezeichnet, wobei die gegenüber der SRO genannten Kontaktpersonen und der Ausbildungsverantwortliche Mitglied der Geldwäschereifachstelle sein sollen und deren Funktion ausüben, sofern keine anderen Personen hierfür bezeichnet werden (§ 41 Abs. 2 des Reglements [2015]); die FINMA hat diese Regelung genehmigt, was belegt, dass es um die Übernahme des Konzepts der «Geldwäschereifachstelle» als solches ging und dem Beschwerdeführer nicht eine seinen Bedürfnissen angepasste Regelung bei kleineren Betrieben verunmöglicht werden sollte. Dass der Verein X. nicht gleichzeitig kontrollierende Aufsichtsinstanz über die ihm angeschlossenen Finanzintermediäre und beratende Geldwäschereifachstelle seiner Mitglieder sein kann, liegt entgegen seinen Ausführungen mit Blick auf den damit verbundenen Interessenkonflikt auf der Hand.

5. Auch in den weiteren beanstandeten Punkten erweist sich die Beschwerde als unbegründet:

5.1 Die Androhung, dem Beschwerdeführer allenfalls die Anerkennung zu entziehen, stützt sich auf Art. 28 GwG in Verbindung mit Art. 31 FINMAG. Nach der Praxis betrifft die Androhung einer der im Gesetz vorgesehenen Massnahmen nur indirekt die Rechte und Pflichten einer SRO, zumindest wenn die zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angeordneten Massnahmen – wie hier – zu einem

überwiegenden Teil bundesrechtskonform sind (vgl. E. 10 des angefochtenen Entscheids).

5.2 Die von der FINMA für das Enforcementverfahren erhobenen Kosten im Umfang von Stundenansätzen zwischen CHF 140.– und CHF 340.– entsprechen der Praxis und halten sich in dem der Vorinstanz zustehenden Beurteilungsspielraum (vgl. Art. 8 Abs. 3 der Verordnung vom 15. Oktober 2008 über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [SR 956.122]). Das Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerde in diesem Punkt gutgeheissen und die Sache insofern an die FINMA zurückgewiesen, da das Total von 177 ¼ Stunden nicht durchwegs hinreichend spezifiziert und nachvollzieh- bzw. zuordenbar war. Diesbezüglich fehlt es an einem vor Bundesgericht anfechtbaren (End-)Entscheid und an einem hinreichend schutzwürdigen Interesse des Beschwerdeführers, den entsprechenden Punkt bereits im vorliegenden Verfahren überprüfen zu lassen. Es wird an der FINMA sein, den Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts entsprechend über die Kostenfrage neu zu befinden. Da der Sachverhalt diesbezüglich nicht erstellt ist, kann das Bundesgericht seinerseits nicht hierüber entscheiden.

(...)

Dispositiv

Marktmanipulation durch «Marking the Close»

VERFÜGUNG der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 23. Oktober 2015

Schwerer Verstoß gegen Aufsichtsrecht durch Marktmanipulation beim Hedging strukturierter Produkte (Art. 33f BEHG); Erfordernis eines adäquaten Risikomanagements (Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG); Gewährserfordernis nach Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG; Einziehung von unrechtmässig erzieltm Gewinn (Art. 35 FINMAG).

1. Das Tätigen von umfangreichen Hedgingtransaktionen durch einen Effekthändler kurz vor Börsenschluss mit dem Ziel, den Basiswert des emittierten strukturierten Produkts so zu beeinflussen, damit den Anlegern der Coupon nicht ausbezahlt werden muss, stellt eine Marktmanipulation dar (Rz. 42 f.).
 2. Das Erfordernis eines angemessenen Risikomanagements verlangt, dass der Effekthändler als Emittent eines strukturierten Produkts die mit dem Hedging eines strukturierten Produkts mit Barrieren verbundenen Rechts- und Reputationsrisiken erfasst, begrenzt und überwacht. Die mangelhafte Vorbereitung auf eine im hauptsächlichen Geschäftsfeld typische Risikosituation, das Fehlen der erforderlichen risikomindernden Prozesse sowie das Eingehen von unnötigen und unverhältnismässig hohen Rechts- und Reputationsrisiken stellt ein mangelhaftes Risikomanagement dar und verletzt das Gewährserfordernis nach Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG (Rz. 40 f. und Rz. 58 – 60).
-

Violation grave du droit de la surveillance par des manipulations du marché dans la couverture (*hedging*) de produits structurés (art. 33f LBVM) ; exigence d'une gestion des risques adéquate (art. 10 al. 2 let. a LBVM) ; exigence de garantie d'une activité irréprochable selon l'art. 10 al. 2 let. d LBVM ; confiscation des gains indûment acquis (art. 35 LFINMA).

1. L'exécution d'importantes transactions de couverture (*hedging*) par un négociant en valeurs mobilières peu de temps avant la fermeture de la bourse dans le but d'influencer le sous-jacent du produit structuré émis de sorte que le coupon n'ait pas à être payé aux investisseurs constitue une manipulation du marché (consid. 42 s.).
 2. L'exigence d'une gestion des risques adéquate requiert que le négociant en valeurs mobilières identifie, limite et contrôle en tant qu'émetteur d'un produit structuré les risques juridiques et les risques de réputation liés à la couverture (*hedging*) d'un produit structuré à barrières. La préparation lacunaire à une situation de risque typique dans le champs d'activité principal, l'absence de processus efficaces visant à réduire les risques et la prise de risques juridiques et de réputation inutiles et excessivement élevés constituent une gestion des risques lacunaire et violent l'exigence de garantie d'une activité irréprochable selon l'art. 10 al. 2 let. d LBVM (consid. 40 s. et consid. 58 à 60).
-

Grave violazione del diritto in materia di vigilanza attraverso pratiche di manipolazione di mercato mediante *hedging* di prodotti strutturati (art. 33f LBVM); requisito di un'adeguata gestione dei rischi (art. 10 cpv. 2 lett. a LBVM); requisito della garanzia di un'attività irreprensibile secondo l'art. 10 cpv. 2 lett. d LBVM; confisca degli utili realizzati illegalmente (art. 35 LFINMA).

1. Costituisce una pratica di manipolazione di mercato l'esecuzione di massicce operazioni di *hedging* da parte di un commerciante di valori mobiliari poco prima della chiusura della borsa, allo scopo di influenzare il sottostante del prodotto strutturato emesso, nell'intento di impedire il pagamento del coupon agli investitori (nm. 42 seg.).
 2. Il requisito di un'adeguata gestione dei rischi esige che il commerciante di valori mobiliari, quale emittente di un prodotto strutturato, identifichi, limiti e controlli i rischi giuridici e reputazionali legati all'*hedging* di un prodotto strutturato mediante delle barriere. La carente preparazione a una situazione di rischio usuale per quanto concerne il principale ambito di attività, la mancanza dei necessari processi di riduzione del rischio come pure l'assunzione di rischi giuridici e reputazionali inutili e sproporzionatamente elevati rappresentano una gestione del rischio lacunosa e violano il requisito della garanzia di un'attività irreprensibile ai sensi dell'art. 10 cpv. 2 lett. d LBVM (nm. 40 seg. e nm. 58-60).
-

Zusammenfassung des Sachverhalts

Die Effektenhändlerin X._____ emittierte ein strukturiertes Produkt. Dieses sah vor, den Anlegern einen Coupon auszuzahlen, sofern verschiedene Basiswerte an bestimmten Beobachtungstagen über einem vordefinierten Trigger Level schlossen. In der Schlussauktion einer der Beobachtungstage tätigte X._____ derart umfangreiche Transaktionen, dass der Kurs ganz knapp unter dem Trigger Level schloss und den Anlegern der Coupon nicht ausbezahlt werden musste. Daraufhin eröffnete die FINMA gegen X._____ ein Enforcementverfahren. X._____ begründete die Marktaktivitäten mit wirtschaftlich notwendigen Absicherungsgeschäften. Aus den Erwägungen:

(...)

2. Aufsichtsrechtliche Anforderungen

2.1 Marktmanipulation

(35) Das Börsengesetz regelt die Voraussetzungen für die Errichtung und den Betrieb von Börsen sowie für den gewerbsmässigen Handel mit Effekten, um für den Anleger Transparenz und Gleichbehandlung sicherzustellen. Es schafft den Rahmen, um die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte zu gewährleisten. Zu diesem Zweck regelt Abschnitt 5a des Börsengesetzes das aufsichtsrechtlich unzulässige Marktverhalten u.a. mittels Verbot der Marktmanipulation. Nach Art. 33f Abs. 1 Bst. b BEHG handelt unzulässig, wer Geschäfte oder Kauf- oder Verkaufsaufträge tätigt, von denen er weiss oder wissen muss, dass sie falsche oder irreführende Signale für das Angebot, die Nachfrage oder den Kurs von Effekten geben, die an einer Börse oder einer börsenähnlichen Einrichtung in der Schweiz zum Handel zugelassen sind.

(36) Die Bestimmung von Art. 33f BEHG wird durch das FINMA-RS 13/8 „Marktverhaltensregeln“ konkretisiert. So listet das Rundschreiben beispielhaft Verhaltensweisen auf, die gegen das Verbot der Marktmanipulation verstossen. Dazu gehört nach Rz. 26 das «Marking the Close», d.h. der Kauf oder Verkauf von Effekten kurz vor Börsenschluss mit dem Ziel, den Schlusspreis zu beeinflussen.

(37) Nach Rz. 38 des Rundschreibens wird vermutet, dass Effektengeschäfte, die nachweislich einen wirtschaftlichen Hintergrund aufweisen und einem echten ökonomischen Angebots- und Nachfrageverhalten entsprechen, keine Marktmanipulation darstellen.

2.2 Angemessene Organisation

(38) Nach Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG i.V.m. Art. 19 und 20 Börsenverordnung (BEHV; SR 954.11) muss ein Effektenhändler durch seine internen Vorschriften und die Betriebsorganisation die Erfüllung der sich aus dem Börsengesetz ergebenden Pflichten sicherstellen. Detailliertere Anforderungen an die interne Organisation und das interne Kontrollsystem werden durch das FINMA-RS 08/24 «Überwachung und interne Kontrolle Banken» aufgestellt. Diese Regeln gelten grundsätzlich auch für Effektenhändler (Rz. 4 FINMA-RS 08/24). Demnach muss die Geschäftsführung geeignete Prozesse für die Identifikation, Messung, Bewertung, Beurteilung und Kontrolle der durch das Institut eingegangenen Risiken entwickeln. Das Risikomanagement umfasst unter anderem die Konkretisierung der Compliance-Funktion und der Risikokontrolle (Rz. 81 FINMA-RS 08/24). Die Geschäftsführung trägt die Verantwortung für die Umsetzung angemessener interner Systeme und Prozesse zur Gewährleistung der Compliance im Institut (Rz. 99 FINMA-RS 08/24).

2.3 Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit

(39) Gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG müssen der Effektenhändler, seine verantwortlichen Mitarbeiter sowie die massgebenden Aktionäre Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Diese Personen müssen demnach nicht nur fachlich kompetent sein, sondern sich überdies im Geschäftsverkehr korrekt verhalten. Unter korrektem Verhalten im Geschäftsverkehr ist in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d.h. der Gesetze und Verordnungen, der internen Vorschriften und der massgebenden Standesregeln zu verstehen. Die Verletzung von Vorschriften ist jedoch nicht zwingend. Es genügt, dass das beanstandete Verhalten in krasser Weise dem Verhalten, wie es von einem redlichen Marktteilnehmer erwartet werden muss, widerspricht. Das Gewährserfordernis verlangt auch, dass der Effektenhändler seine Risiken angemessen managt und sich und seine Mitarbeiter nicht unnötigen Rechts- und Reputationsrisiken aussetzt (vgl. Verfügung der FINMA vom 11. Januar 2010, FINMA-Bulletin 1/2010, S. 102 ff., insb. S. 109).

2.4 Rechts- und Reputationsrisiken im Zusammenhang mit dem Hedging strukturierter Produkte mit Barrieren

(40) Das Hedging eines strukturierten Produkts mit Barrieren birgt Rechts- und Reputationsrisiken. Namentlich kann das Hedging in den Basiswerten bewirken, dass in einem relevanten Zeitpunkt eine Barriere durchschritten wird. Da es sich bei den Inhabern von strukturierten Produkten wie z.B. EFHSX um eine Vielzahl von Bankkunden handelt (...), d.h. um Anleger und nicht um Finanzintermediäre, die ihrerseits allenfalls ein Hedging durchführen und die Funktionsweise eines Hedgings antizipieren würden, stellt die bestimmende Einflussnahme auf den Eintritt

des Rückzahlungsereignisses ein Rechts- und Reputationsrisiko für die Emittentin dar. Sie kann sich dem Vorwurf aussetzen, ihr eigenes Verlustrisiko so abzusichern, dass sie die Gewinnchance der Anleger vereitelt. Dies kann als Verhinderung eines für die Anleger günstigen Auszahlungsereignisses wider Treu und Glauben aufgefasst werden (Art. 156 Obligationenrecht [OR; SR 220]). Zudem kann der Eindruck entstehen, die Emittentin verfolge gezielt einen Kurs über oder unter einer bestimmten Barriere und begehe damit eine Marktmanipulation nach Art. 33f BEHG. Damit setzt sich die Emittentin zivilrechtlichen Haftungsrisiken und dem Risiko einer Schädigung ihrer Reputation als Anbieterin strukturierter Produkte aus.

(41) Das Erfordernis eines angemessenen Risikomanagements (...) verlangt, dass die Emittentin eines strukturierten Produkts die mit dem Hedging zusammenhängenden Rechts- und Reputationsrisiken erfasst, begrenzt und überwacht.

3. Marktmanipulation

3.1 «Marking the Close»

(42) Die Händler von X._____ gaben in der Schlussauktion des (...) Verkaufsaufträge in (...) ein, die aufgrund ihres grossen Volumens (...) und ihrer Limitierungen (verteilt auf die ... Stufen ...) unausweichlich zur Folge hatten, dass der Schlusskurs von (...) in den Bereich von (...) bis (...) zu liegen kommt (...). Als Folge dieser Verkaufsaufträge resultierte ein Schlusskurs von (...).

(43) Die unternehmensinterne Kommunikation (...) zeigt, dass die Händler den Kurs gezielt unter das Trigger Level des Produkts (...) von (...) bewegen wollten, um einen Gewinn auf dem Produkt zu erzielen (z.B. «You need to make some money back on

Monday»; «Mathematically, which brings more like a higher chance of finishing below the barrier?»). Der Kurs sollte aber nur knapp unter das Trigger Level und nicht zu tief gedrückt werden, weil sonst der Verlust auf der Hedgeposition an (...) -Aktien den Gewinn auf dem Produkt neutralisiert hätte (z.B. «If you sell stupid like, given you make 3M on the digital, if it goes down below the trigger – when do you start losing money again?»; «Why so low? Because you're going to lose like 2M on that.»). Folglich verfolgten die Händler ein Kursziel im Bereich von (...) bis (...). Aufgrund des bestimmenden Volumens der limitierten Verkaufsaufträge in der Schlussauktion erfolgte eine Punktlandung genau innerhalb des anvisierten Bandes. Damit hat X._____ kurz vor Börsenschluss umfangreiche Verkäufe mit dem Ziel ausgeführt, den Schlusskurs von (...) zu beeinflussen («Marking the Close»), womit eine Marktmanipulation vorliegt. Insofern hat X._____ die aufsichtsrechtliche Bestimmung von Art. 33f BEHG schwer verletzt.

3.2 Keine alternative Erklärungsmöglichkeit für Marktverhalten in der Schlussauktion

3.2.1 Kein Verfolgen der Hedgingstrategie

(44) X._____ begründet das grosse Volumen ihrer Verkaufsaufträge in der Schlussauktion des (...) damit, dass sie zwecks Hedging der Risiken im Produkt (...) eine Position an (...) -Aktien aufgebaut habe und diese im optimalen Zeitpunkt in der Schlussauktion wieder habe abbauen wollen (...).

(45) Hätte X._____ effektiv ihre Hedgeposition abbauen wollen (...), hätte sie die Limiten ihrer Verkaufsaufträge tiefer setzen müssen. Erst zu einem tieferen Preis hätte X._____ genügend Käufer für ihre grosse (...) -Position gefunden. Damit wäre aber der (...) -Kurs in der Schlussauktion deutlich tiefer gefallen, womit X._____ auf dem Verkauf

ihrer (...) -Hedgeposition einen derart grossen Verlust erlitten hätte, dass der Gewinn auf dem Produkt neutralisiert worden wäre. Dies war für die Händler im Voraus ersichtlich und sie wollten einen solchen Ausgang vermeiden (z.B. «You'd rather be long 70M delta at (...), than get down to (...)»). Sie setzten deshalb die Limiten genügend hoch, um den Gewinn zu maximieren. Damit ist das Argument von X._____ widerlegt, dass sie mit ihren Verkaufsaufträgen die Hedgeposition habe abbauen wollen.

(46) Zudem hat X._____ selber einige Tage vor dem Beobachtungstag realisiert, dass aufgrund der Grösse des Produkts sowie der spezifischen Situation, mit drei Basiswerten über und einem Basiswert am Trigger Level, ein Hedging nicht mehr durchführbar ist. X._____ ist deshalb vom Modell abgewichen und hat den Hedgingbedarf nicht mehr vollständig abgesichert (...). Somit kann X._____ nicht damit argumentieren, ihr Marktverhalten sei wegen Befolgen des Modells gerechtfertigt gewesen, da dieses gerade nicht mehr befolgt wurde. Ohnehin würde auch ein Befolgen eines Hedgingmodells keineswegs automatisch eine Exkulpation zur Folge haben: Effektengeschäfte, die dem Absichern einer Position dienen, weisen wohl einen wirtschaftlichen Hintergrund auf und entsprechen einem echten ökonomischen Angebots- und Nachfrageverhalten. Es wird deshalb, gemäss Rz. 38 des FINMA-RS 2013/8 «Marktverhaltensregeln», vermutet, dass bei Hedgingtransaktionen kein Verstoß gegen das Verbot der Marktmanipulation von Art. 33f BEHG vorliegt. Wie das Rundschreiben ausdrücklich festhält, handelt es sich hierbei aber lediglich um eine Vermutung, jedoch nicht um einen «Safe Harbor» (zulässige Verhaltensweisen, die als Ausnahmen von den aufsichtsrechtlichen Verboten des Insiderhandels und der Marktmanipulation zu verstehen sind (vgl. Art. 33 f Abs. 2 BEHG i.V.m. Art. 55a ff. BEHV). Ein Hedging erlaubt selbstverständlich nicht, wie vorliegend geschehen, ein Kursziel zu verfolgen.

3.2.2 Kein marktschonendes Vorgehen

(47) Nach Angaben von X._____ seien die Limiten ihrer Verkaufsaufträge im Bereich von (...) bis (...) gesetzt worden, weil die Händler marktschonend hätten vorgehen wollen. Ohne die Limiten wäre der Schlusskurs von (...) deutlich stärker eingebrochen (...).

(48) Dieses Argument steht zunächst im Widerspruch zum Vorbringen, dass X._____ eine Hedgingstrategie befolgt habe. Unstreitig verlangte die Hedgingstrategie keine Setzung von Limiten just unterhalb des Trigger Levels.

(49) In den Telefongesprächen zwischen den Händlern finden sich zwar tatsächlich auch Hinweise darauf, dass die Limiten gesetzt wurden, um den Einfluss auf den Schlusskurs zu minimieren («You are going to be liable to accusations of price – whatever – movements. If you put a higher limit, you physically won't move the market by more than 50 bps or whatever, which is defensible, right? [...] Because then you will have the least price impact.»). Wäre es den Händlern aber tatsächlich um ein marktschonendes Vorgehen gegangen, hätten sie nicht die Limiten hoch ansetzen, sondern das Volumen ihrer Aufträge massiv reduzieren bzw. sich gänzlich vom Handel in der Schlussauktion enthalten müssen. Das Anbieten von (...) -Aktien und der daraus resultierende Anteil von 79% am Handelsvolumen in der Schlussauktion können nicht annähernd als marktschonend bezeichnet werden. Vielmehr setzte X._____ für ihr grosses Verkaufsvolumen gezielt hohe Limiten, um das Kursziel zu erreichen.

3.2.3 Keine Notwendigkeit zum Verkauf in der Schlussauktion

(50) Gemäss den Vorbringen von X._____ musste der Verkauf ihrer (...) -Position aus Risiko-

überlegungen in der Schlussauktion erfolgen (...). Damit versucht X._____ ihre Marktmanipulation als unausweichlich darzustellen. Das Vorbringen geht jedoch fehl, war der Zeitpunkt des Verkaufs doch keineswegs zwingend. Vielmehr wäre ein Ausweichen auf einen teilweise früheren und teilweise späteren Abbau der Position möglich gewesen.

(51) Bereits der Aufbau der (...) -Position war im erfolgten Ausmass und derart kurz vor dem Beobachtungstag nicht zwingend. So schloss (...) am (...) auf (...). Bis am (...) konnte der Preis maximal auf den Zahlungsbetrag von (...) steigen. Damit stand das maximale Verlustrisiko von X._____ aus dem Produkt (...) für die nächsten zwei Handelstage fest: Es betrug (...) multipliziert mit der Anzahl ausstehender Zertifikate (...), d.h. knapp(...). Es wäre durchaus zumutbar gewesen, dass X._____ dieses Szenario nicht mehr vollständig absichert, zumal ein solches bei der Ausgabe des Produkts im Pricing berücksichtigt werden könnte (...). So wäre bereits bei der Emission das produktinhärente Risiko zu kalkulieren, dass bei Barriereprodukten das Hedging nicht bis zum Schluss perfekt durchgeführt werden kann, wenn sich ein relevanter Wert nahe am Trigger Level befindet. Folglich hätte X._____ nicht am (...) noch im Umfang von (...) -Aktien hinzukaufen müssen (...), sondern hätte stattdessen mit dem marktschonenden Abbau der Position beginnen können.

(52) Für den am Abend des (...) noch verbleibenden Teil der (...) -Aktien wäre es möglich gewesen, diesen erst am Folgetag zu verkaufen. Die Wahrscheinlichkeit, auf dieser Position über Nacht einen massiven Verlust zu erleiden, war sehr gering. Dass X._____ ein solches Risiko selber nicht ernsthaft fürchtete, zeigt sich bereits darin, dass die (...) -Position im Vorfeld des (...) nicht im erforderlichen Ausmass abgebaut wurde. Dieser Abbau blieb aus, weil

die Verkaufsoffer auf (...) bis (...) limitiert worden waren. Die Händler führten in den aufgezeichneten Telefongesprächen denn auch aus, dass sie lieber das Overnightrisiko tragen wollen, als einen zu grossen Verlust auf der Auflösung der Position realisieren zu müssen (...). Im Umfang von (...) wurde eine überschüssige Position schliesslich gehalten. Sie wurde zudem am nächsten Morgen nicht sofort abgestossen, sondern gleichmässig und marktschonend über den Tag verteilt verkauft (...). Dies belegt erneut, dass X._____ selber kein grosses Verlustrisiko auf der Position befürchtete, hätte sie diese doch sonst am Morgen sofort abgestossen. X._____ begründet die am (...) gleichmässig erfolgten Verkäufe damit, dass Meldungen, die einen Kurssturz verursachen, in der Regel ausserhalb der Börsenzeiten publiziert werden. Deshalb hätte am Morgen des (...) auf den sofortigen Verkauf der überschüssigen (...) -Position verzichtet werden können. Dieses Argument überzeugt jedoch nicht, verweist X._____ doch als mögliche Auslöser abrupter Kursstürze z.B. auch auf (...) Terroranschläge (...). Solche Ereignisse können aber auch während der Börsenöffnungszeiten eintreten, womit das Risiko (...) tagsüber nicht wesentlich anders war als in der Nacht vom (...) auf den (...). Wäre dieses Risiko ernsthaft befürchtet worden, hätte am Morgen des (...) konsequenterweise ein sofortiger Verkauf der gesamten überschüssigen Position erfolgen müssen.

(53) Soweit X._____ auf das «Risikomodell» verweist, dem «aus prinzipiellen Gründen» nicht zuwidergehandelt werden sollte (...), sind die Vorbringen widersprüchlich, anerkennt X._____ doch ebenfalls, dass die umfangreichen Absicherungsgeschäfte gemäss Modell gar nicht mehr durchführbar waren (...). So beruhen die Modellberechnungen auf der Annahme unbegrenzter Marktliquidität. Sobald aber mit hohen Volumen abgesichert werden muss, wirkt sich diese realitätsfremde Annahme in einer

starken Beeinflussung des Kurses aus. In einer solchen Situation muss nach vordefinierten Regeln vom Modell abgewichen werden. Die Risk Control-Funktion des Effektenhändlers muss diesen Prozess bei der Bemessung und Kontrolle von Risikolimiten begleiten.

3.2.4 Emissionsgrösse ist nicht Hauptursache für Marktverhalten in der Schlussauktion

(54) Die aufgetretenen Schwierigkeiten rund um die Absicherung des Produkts (...) hätten weitgehend vermieden werden können, wenn das Produkt mit viel geringerem Volumen ausgegeben worden wäre. Erst die Grösse des Produkts führte dazu, dass mit grossen Volumina gehedged werden musste. Ein kleineres Produkt hätte kleinere Absicherungsgeschäfte erfordert, die kaum das Potential gehabt hätten, über den Kursverlauf eines liquiden Titels wie (...) zu bestimmen. Eine Beschränkung des Emissionsvolumens wäre ohne grössere Umstände möglich gewesen. Beispielsweise hätten mehrere ähnliche Produkte gestaffelt ausgegeben werden können, deren Beobachtungstage einige Zeit auseinanderliegen. Dadurch hätten sich nicht die gesamten Hedginggeschäfte auf einen bestimmten Tag ausgerichtet.

(55) X._____ anerkennt, dass die Emissionsgrösse von (...) unangemessen war. Soweit X._____ daraus aber ableiten will (...), es liege nur gerade ein mangelhaftes Risikomanagement bei der Ausgabe des Produkts vor, ist dem zu widersprechen. Vielmehr hat X._____ in der Schlussauktion des (...), sowie bereits einige Tage vor dem Beobachtungstag, Entscheide getroffen, die eine Verletzung der Marktverhaltensregeln zur Folge hatten. So hätte die optimale Position an (...) -Aktien, die unabhängig vom Eintreten des Autocall Events am (...) noch gehalten werden sollte, bereits mehrere Tage vor dem Beobachtungstag definiert werden können. Danach

hätte die überschüssige Position marktschonend bis am (...) abgebaut werden können (wie soeben dargelegt, vgl. ...). Anstelle dieses Vorgehens belies X._____ den Händlern völlig freie Hand. Das ihnen eingeräumte Ermessen nutzten die Händler derart, dass sie die vermeintliche Hedgingstrategie ad-hoc dem aktuellen Gewinninteresse von X._____ anpassten, damit den (...) -Kurs gezielt beeinflussten und eine Marktmanipulation begingen.

(56) Die den Händlern gewährte Handlungsfreiheit wirft ausserdem Fragen an der Wirksamkeit der Compliance und Risk Control (...) im Institut auf. So war Compliance zwar in die Diskussionen einbezogen, doch intervenierte sie zunächst nicht. Erst kurz vor Ausführung der Transaktion meldete Compliance (richtigerweise), es finde ein verbotenes «Marking the Close» statt (...). Trotz letztlich erkannter Rechtsverletzung liess sich Compliance von der gegenteiligen Meinung des Handels überzeugen, was die Frage aufwirft, ob die Geschäftsleitung der Compliance innerhalb des Instituts eine genügend starke Stellung und ausreichende Kompetenzen eingeräumt hat.

3.3 Fazit

(57) Keine der von X._____ vorgebrachten Begründungen vermag ihr Marktverhalten in der Schlussauktion des (...) zu rechtfertigen. Damit bestätigt sich die Feststellung der schweren Verletzung der Marktverhaltensregeln (...).

4. Mangelhaftes Risikomanagement

(58) Über die vorgenommene Marktmanipulation hinaus ist auch das Risikomanagement von X._____ grundsätzlich zu beanstanden.

(59) Einige Tage vor dem Beobachtungstag im Jahr (...) wurde klar, dass sich das Risiko, wonach die Absicherungsgeschäfte von X._____ über den Eintritt des Autocall Events entscheiden (...), verwirklichen könnte. Nicht nur aufgrund der Grösse, sondern auch aufgrund des Designs des Produkts mit (...) Basiswerten und jährlichen Beobachtungstagen, handelte es sich hierbei um ein produktinhärentes Risiko. Dieses war ohne weiteres vorhersehbar. Daher wäre von X._____ (...) zu erwarten gewesen, dass sie für einen solchen Fall risikominimierende Prozesse implementiert hat. Beispielsweise hätten die Händler angewiesen werden können, mit dem Hedging einen Anteil von 25-30% am gesamten Tagesvolumen in einem Basiswert nicht zu überschreiten und an Beobachtungstagen, an denen sich der Kurs in der Nähe der Barriere befindet, eine halbe Stunde vor Börsenschluss keine Aufträge mehr aufzugeben. X._____ hatte jedoch keine solche risikominimierenden Massnahmen implementiert. Die Abläufe vor dem Beobachtungstag im (...) lassen vielmehr darauf schliessen, dass X._____ vollkommen unvorbereitet in die für sie kritische Situation geriet. Es gab keine passenden, vordefinierten Prozesse oder Vorgaben im internen Weisungswesen. Die mangelhafte Vorbereitung auf eine im (...) Geschäftsfeld typische Risikosituation ist als Mangel des Risikomanagements zu rügen.

(60) Das Verhalten von X._____ ist mit dem Erfordernis eines adäquaten Risikomanagements nach Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG nicht vereinbar. Indem X._____ sich unnötigen und unverhältnismässig hohen Rechts- und Reputationsrisiken ausgesetzt hat, hat sie auch das Gewährserfordernis nach Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG verletzt. Damit hat X._____ aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt.

5. Massnahmen

5.1 Gewinneinziehung

(61) Die FINMA kann nach Art. 35 Abs. 1 FINMAG den Gewinn (bzw. den vermiedenen Verlust) einziehen, den eine Beauftragte durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt (bzw. vermieden) hat. Der erzielte Gewinn (bzw. der vermiedene Verlust) bestimmt sich als Differenz zwischen dem effektiven Vermögensstand aufgrund der schweren Verletzung von Aufsichtsrecht und dem hypothetischen Vermögensstand ohne die schwere Verletzung. Ziel der Einziehung ist die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes. Damit soll verhindert werden, dass sich eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen lohnt (Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006 (Botschaft FINMAG, BBl 2006, 2849). Gemäss Art. 35 Abs. 3 FINMAG kann die FINMA den Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte schätzen, sofern sich deren Umfang nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln lässt. Die eingezogenen Vermögenswerte gehen nach Art. 35 Abs. 6 FINMAG an den Bund, soweit sie nicht Geschädigten ausbezahlt werden. Die Auszahlung an Geschädigte setzt einen unbestrittenen oder gerichtlich festgestellten Schadenersatzanspruch voraus (BGE 139 II 279, 287).

(62) X._____ hat durch ihr Marktverhalten in der Schlussauktion des (...) Aufsichtsrecht schwer verletzt. Hätte X._____ sich stattdessen vom Handel mit (...) in der Schlussauktion enthalten, wäre ein Kurs von etwa (...) resultiert (...) und der Autocall Event wäre eingetreten.

(...)

(67) Folglich ist der unrechtmässig erzielte Gewinn vom (...) im gesamten Betrag von (...) nach Art. 35 FINMAG einzuziehen. Ein unbestrittener oder gerichtlich festgestellter Schadenersatzanspruch gegen X._____ ist nicht bekannt, zumal die meisten Inhaber des Zertifikats (...) vom später eingetretenen Autocall Event, dank des höheren Rückzahlungs Betrags von (...) statt (...) je Zertifikat, finanziell profitiert haben. Die Einziehung hat somit zugunsten des Bundes zu erfolgen.

5.2 Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands

(68) X._____ hat bereits eine Reihe von Massnahmen ergriffen, um eine Situation, wie sie am (...) eingetreten ist, zu verhindern (...). Diese Massnahmen scheinen bei konsequenter Um- und Durchsetzung grundsätzlich geeignet und angemessen. Die FINMA wird jedoch die Angemessenheit, Umsetzung und Wirksamkeit der von X._____ ergriffenen Massnahmen durch einen Prüfbeauftragten nach Art. 24a FINMAG überprüfen lassen. Gegenstand dieser Prüfung werden unter anderem die vorgenommenen Anpassungen am Hedgingmodell, deren Auswirkungen auf die Risikolimiten, der Umgang mit Limitenverletzungen sowie die diesbezügliche Rolle der Risk Control-Funktion, einschliesslich deren organisatorische Einbindung und fachlichen und personellen Ressourcen, sein (vgl. Rz. (53)). Die Prüfung wird auch die Einhaltung der Marktverhaltensregeln und die Notwendigkeit weiterer Massnahmen beinhalten.

(69) Schliesslich hat das vorliegende Verfahren Fragen an der Wirksamkeit der Compliance aufgeworfen (...). Die FINMA wird deshalb die organisatorische Einbindung und die fachlichen und personellen Ressourcen der Compliance-Funktion von X._____ durch einen Prüfbeauftragten nach Art. 24a FINMAG überprüfen lassen.

(70) Die Einsetzung des oder der Prüfbeauftragten erfolgt nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids mittels separater Einsetzungsverfügung.

(...)

Dispositiv

Angebotspflicht

**URTEIL des Bundesverwaltungsgerichts B-3119/2015
vom 27. August 2015**

Wegbedingung der Angebotspflicht durch eine Opting-out-Klausel in den Statuten der börsenkotierten Gesellschaft (Art. 22 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 32 Abs. 1 BEHG).

Vor dem 1. Januar 2000 eingeführte Opting-out-Klauseln in Statuten börsenkotierter Gesellschaften gelten nach dem klaren Willen des historischen Gesetzgebers weiterhin pauschal und sind auf jegliche Aktionäre anwendbar, ohne dass die strengeren Voraussetzungen für die Einführung einer Opting-out-Klausel nach Art. 22 Abs. 2 und 3 BEHG erfüllt sein müssen. Eine nachträgliche selektive Anwendung solcher genereller Opting-out-Klauseln ist ausgeschlossen (E. 5.1.1).

Exclusion de l'obligation de présenter une offre par une clause d'*opting-out* figurant dans les statuts d'une société cotée en bourse (art. 22 al. 2 et 3 en relation avec l'art. 32 al. 1 LBVM).

Les clauses d'*opting-out* introduites avant le 1^{er} janvier 2000 dans les statuts de sociétés cotées en bourse continuent de s'appliquer par défaut conformément à la volonté du législateur historique et sont applicables à tous les actionnaires sans que les strictes conditions posées à l'introduction d'une clause d'*opting-out* par l'art. 22 al. 2 et 3 LBVM n'aient à être remplies. Toute application sélective ultérieure de clauses générales d'*opting-out* de ce type est exclue (consid. 5.1.1).

Esclusione dell'obbligo di presentare un'offerta mediante l'inserimento di una clausola di *opting out* negli statuti della società quotata in borsa (art. 22 cpv. 2 e 3 in combinato disposto con l'art. 32 cpv. 1 LBVM).

Le clausole di *opting out* introdotte antecedentemente al 1° gennaio 2000 negli statuti delle società quotate in borsa, conformemente alla volontà chiaramente espressa dal legislatore storico, continuano a valere in maniera globale e sono applicabili a tutti gli azionisti, senza che debbano essere adempiute le condizioni stringenti necessarie per l'introduzione di una clausola di *opting out* secondo l'art. 22 lett. 2 e 3 LBVM. È esclusa un'applicazione selettiva a posteriori di clausole di *opting out* generali di questo tipo (consid. 5.1.1).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Die Sika AG (nachfolgend: Sika) ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Baar. Die Inhaberaktien sind im Main Standard der SIX Swiss Exchange kotiert, die Namenaktien sind nicht kotiert. Art. 5 der Statuten der Sika, der den Titel «Öffentliches Kaufangebot» trägt, enthält eine so genannte Opting-out-Klausel folgenden Inhalts: «Ein Erwerber von Aktien der Gesellschaft ist nicht zu einem öffentlichen Kaufangebot nach Art. 32 und 52 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel BEHG verpflichtet.»

Nach Art. 4 der Statuten der Sika unterstehen die Namenaktien folgender Vinkulierung:

«5 % Schwelle Der Verwaltungsrat kann einen Erwerber von Namenaktien als Aktionär ablehnen, soweit die Anzahl der von ihm gehaltenen Namenaktien 5 % der Gesamtzahl der im Handelsregister eingetragenen Namenaktien überschreitet.

Die Begrenzung auf 5 % gilt auch für die Zeichnung oder den Erwerb von Namenaktien mittels Ausübung von Bezugs-, Options- oder Wandelrechten aus Namen- oder Inhaberaktien oder sonstigen von Gesellschaft oder Dritten ausgestellten Wertpapieren. Juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften, die untereinander kapital- oder stimmenmässig, durch einheitliche Leitung oder auf ähnliche Weise zusammengefasst sind, sowie natürliche oder juristische Personen oder Personengesellschaften, die im Hinblick auf eine Umgehung der Eintragsbeschränkung koordiniert vorgehen, gelten in Bezug auf diese Bestimmung als ein Erwerber. (...)»

Ende 2014 hielt die Familie Burkard direkt und indirekt über die von ihr zu 100 % beherrschte Schenker-Winkler Holding AG, Baar (nachfolgend: SWH), insgesamt 52.71 % der Stimmrechte der Sika. Am 5. Dezember 2014 schlossen die Mitglieder der Familie

Burkard und die Compagnie de Saint-Gobain, eine Aktiengesellschaft französischen Rechts (nachfolgend: Saint-Gobain), einen Aktienkaufvertrag über sämtliche Aktien der SWH und somit indirekt über die Beteiligung der SWH an der Sika. Mit Medienmitteilung vom 26. Januar 2015 teilte die Sika mit, die Vinkulierungsbestimmung nach Art. 4 der Statuten auf die neu gebildete Gruppe bestehend aus der Familie Burkard, SWH und Saint-Gobain anzuwenden und deren Stimmrechte auf 5 % zu beschränken. Mit Verfügung 594/01 vom 5. März 2015 bzw. Einspracheentscheid 594/03 vom 1. April 2015 stellte die Übernahmekommission (nachfolgend: UEK oder Erstinstanz) die Gültigkeit der in Art. 5 der Statuten der Sika verankerten Opting-out-Klausel fest. Dieser Entscheid der UEK wurde nicht angefochten. Auf Gesuch von Williams H. Gates III und Melinda French Gates (als Trustees des Bill & Melinda Gates Foundation Trust) und der Cascade Investment, L.L.C. (nachfolgend: Beschwerdeführende), stellte die UEK mit Verfügung 598/01 vom 1. April 2015 fest, dass die Opting-out-Klausel gemäss Art. 5 der Statuten der Sika auf die zwischen der Familie Burkard und SWH einerseits und Saint-Gobain andererseits beabsichtigte Transaktion Anwendung finde und die Saint-Gobain sowie allenfalls in gemeinsamer Absprache mit ihr handelnde Personen daher nicht verpflichtet seien, ein öffentliches Kaufangebot an die Aktionäre der Sika zu unterbreiten. Am 14. April 2015 lehnte die ordentliche Generalversammlung der Sika unter Berücksichtigung der Stimmen der SWH den Antrag einer Aktionärsgruppe auf Streichung der Opting-out-Klausel in Art. 5 der Statuten der Sika ab. Mit Verfügung vom 4. Mai 2015 wies der Übernahmeausschuss der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) die von den Beschwerdeführenden gegen die Verfügung 598/01 der UEK vom 1. April 2015 erhobene Beschwerde ab. Mit Eingabe vom 14. Mai 2015 erhoben die Beschwerdeführenden dagegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

Aus den Erwägungen

(...)

2.

Mit Verfügung 594/01 vom 5. März 2015 bzw. Einspracheentscheid 594/03 vom 1. April 2015 (...) hat die UEK festgestellt, dass das in Art. 5 der Statuten der Sika verankerte Opting out gültig sei. Da der Entscheid der UEK nicht weitergezogen wurde (...), kann die Rechtsgültigkeit der Opting-out-Klausel im vorliegenden Verfahren nicht mehr in Frage gestellt werden. Streitgegenstand ist hier einzig, ob sich Saint-Gobain als Erwerberin der Mehrheit der Stimmrechte an Sika auf die Opting-out-Klausel berufen kann oder sie gegenüber den anderen Aktionären eine Angebotspflicht trifft und ob die Vorinstanz den Beschwerdegegnerinnen Auflagen zum Schutz der Publikumsaktionäre hätte machen müssen.

3.

Das BEHG regelt in seinem 5. Abschnitt bzw. in den Art. 22 ff. die öffentlichen Kaufangebote. Dieser Abschnitt ist am 1. Januar 1998 in Kraft getreten, wobei einige Bestimmungen seither gewisse Modifikationen erfahren haben. Gemäss Art. 32 Abs. 1 BEHG ist zur Unterbreitung eines Angebots für alle kotierten Beteiligungspapiere einer schweizerischen Publikumsgesellschaft verpflichtet, wer direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Beteiligungspapiere dieser Gesellschaft erwirbt und damit zusammen mit den bereits gehaltenen Beteiligungspapieren den Grenzwert von 33 1/3 % der Stimmrechte, ob ausübbar oder nicht, überschreitet. Dieser Grenzwert kann in den Statuten der Gesellschaft bis auf 49 % der Stimmrechte angehoben werden. Gemäss Art. 22 Abs. 2 BEHG können die Gesellschaften vor der Kotierung ihrer Beteiligungspapiere gemäss Art. 22 Abs. 1 BEHG in ihren Statuten festlegen, dass ein Übernehmer nicht zu einem öffentlichen

Kaufangebot nach Art. 32 BEHG verpflichtet ist (so genanntes Opting out, also Verzicht auf die Anwendung von Art. 32 Abs. 1 BEHG). Diese Bestimmung wird durch Art. 22 Abs. 3 BEHG dahingehend ergänzt, dass eine Gesellschaft jederzeit eine Bestimmung gemäss Abs. 2 der Norm in ihre Statuten einführen kann, sofern dies nicht eine Benachteiligung der Aktionäre im Sinne von Art. 706 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) bewirkt.

3.1 Wie im Sachverhalt (...) dargelegt, enthält Art. 5 der Statuten der Sika, der den Titel «Öffentliches Kaufangebot» trägt, eine auf Art. 22 Abs. 2 BEHG sich stützende Opting-out-Klausel folgenden Inhalts: «Ein Erwerber von Aktien der Gesellschaft ist nicht zu einem öffentlichen Kaufangebot nach Art. 32 und 52 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel BEHG verpflichtet». Diese Klausel wurde von Sika an ihrer Generalversammlung vom 27. Mai 1998 innerhalb der zweijährigen Übergangsfrist nach Inkrafttreten des Börsengesetzes am 1. Januar 1998 (Art. 53 aBEHG, AS 1997 2044) mit einstimmigem Beschluss eingeführt. Mit Verfügungen 594/01 bzw. 594/03 (vgl. E. 2) hat die UEK die Rechtsgültigkeit dieser Klausel festgestellt.

3.2 An der ordentlichen Generalversammlung der Sika vom 14. April 2015 wurde über das traktandierte Begehren einer Aktionärsgruppe um Streichung des Opting out befunden. Die Generalversammlung sprach sich gegen den Antrag aus.

4.

Vorliegend rechtfertigt es sich, die Entscheide der Erst- und Vorinstanz bzw. deren Begründungen ausführlich darzulegen.

4.1 Die Erstinstanz stellt fest, dass die Opting-out-Klausel gemäss Art. 5 der Statuten von Sika auf die vorliegende Transaktion zwischen der SWH

und Saint-Gobain anwendbar sei und Saint-Gobain sowie allenfalls in gemeinsamer Absprache handelnde Personen nicht verpflichtet seien, ein öffentliches Kaufangebot an die Aktionäre von Sika zu unterbreiten. Zur Begründung führt sie zusammenfassend Folgendes aus:

4.1.1 Die Vinkulierungsklausel und die Opting-out-Klausel seien inhaltlich und verfahrensrechtlich getrennt voneinander zu betrachten. Während sich die Opting-out-Klausel inhaltlich auf die börsenrechtliche Angebotspflicht gemäss Art. 32 BEHG beziehe, regle die aktienrechtliche Vinkulierungsbestimmung, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen der Erwerber von nicht kotierten Namenaktien Eigentum an ihnen erwerben könne (Art. 685c Abs. 1 OR). Entsprechend ergäben sich verfahrensrechtlich unterschiedliche Zuständigkeiten: Während die Gültigkeit und der Inhalt einer Opting-out-Klausel (und damit zusammenhängend das Bestehen einer Angebotspflicht) durch die UEK geprüft werde, seien für die Beurteilung der Vinkulierungsklausel die Zivilgerichte zuständig. Die UEK könne vorfrageweise zu Aspekten des Aktienrechts Stellung nehmen, wenn die Beantwortung einer gesellschaftsrechtlichen Frage einen Einfluss auf die börsen- bzw. übernahmerechtlich zu beurteilende Frage habe; bei der Vinkulierungsklausel handle es sich jedoch nicht um eine Vorfrage, sondern um eine selbständige Frage. Die Opting-out-Klausel in den Statuten der Sika sei klar und eindeutig, weshalb sie nicht im Lichte anderer Statutenbestimmungen ausgelegt werden müsse. Nach dem Wortlaut von Art. 5 der Statuten sei der «Erwerber» von jeglichen Aktien der Sika von der Angebotspflicht befreit. Die Bestimmung unterscheide weder nach der Person des Erwerbers noch nach der Art von Aktien (Namen- oder Inhaberaktien). Sie enthalte somit einen generellen bzw. vorbehaltlosen Ausschluss der gesetzlichen Angebotspflicht. In diesem Sinne sei die Bestimmung

auch von der SIX Swiss Exchange in ihrem Hinweis auf ihrer Webseite und von Sika in ihren Geschäftsberichten interpretiert worden; jedenfalls enthielten weder die Informationen der SIX noch der Sika Hinweise darauf, dass sich nur die Mitglieder der Familie Burkard auf die Opting-out-Klausel berufen könnten.

4.1.2 Ferner liege kein Rechtsmissbrauch vor, der die Anrufung der Opting-out-Klausel ausschliessen würde. Daran vermöchten allfällige öffentliche Aussagen der Geschwister Burkard über ihre stabilisierende Rolle und jene der SWH als Trägerin der Stimmenmehrheit im Kapitalmarkt nichts zu ändern. Es könne deshalb offen gelassen werden, ob und unter welchen Voraussetzungen solche Aussagen Saint-Gobain zugerechnet werden könnten, da solche Aussagen jedenfalls nicht geeignet seien, die Anrufung des Opting out als rechtsmissbräuchlich erscheinen zu lassen, und zwar weder für Saint-Gobain noch für SWH und die Geschwister Burkard. Solche Aussagen könnten aber gegebenenfalls die Frage einer zivilrechtlichen Vertrauenshaftung aufwerfen, wofür die UEK nicht zuständig sei. Schliesslich handle Saint-Gobain nicht widersprüchlich, indem sie als Erwerberin die Opting-out-Klausel anrufe und gleichzeitig mit Blick auf eine mögliche Anwendung der Vinkulierungsklausel bestreite, Erwerberin zu sein. Das gelte jedenfalls in Bezug auf das Opting out, weil Saint-Gobain stets kundgetan habe, sich auf dieses zu berufen bzw. berufen zu wollen. Bei diesem Ergebnis seien die Anträge um Edition von Unterlagen (im Wesentlichen der Kaufvertrag und alle Dokumente, die in engem Zusammenhang mit dem Kaufvertrag stünden), abzuweisen. Die Details des Kontrollerwerbs seien unerheblich, da der Kontrollerwerb ohnehin keine Angebotspflicht auslöse und im Übrigen nicht ersichtlich sei, inwiefern die verlangten Dokumente für die Auslegung des Opting out relevant sein könnten.

4.2 In Ihrer Verfügung vom 4. Mai 2015 weist die Vorinstanz die gegen die Verfügung der UEK erhobenen Beschwerden ab. Mit einer stark ausgebauten Begründung folgt sie der Erstinstanz.

4.2.1 Die Vorinstanz geht zunächst eingehend auf die Entstehungsgeschichte von Art. 22 Abs. 2 und 3 sowie Art. 32 Abs. 1 BEHG und zu ihrer Wirkung (Vor- und Nachteile) ein. Sie legt dar, dass das Opting out den generellen Ausschluss der Angebotspflicht von Art. 32 Abs. 1 BEHG bezweckt. Das habe erhebliche Auswirkungen auf die Wahrscheinlichkeit einer Übernahme sowie auf ein allfälliges Übernahme szenario. Die Kontrollnahme über eine Gesellschaft sei mit weniger Investitionsaufwand möglich, als wenn den Publikumsaktionären ein Mindestangebot nach den gesetzlichen Vorgaben unterbreitet werden müsse. Der Gesetzgeber habe dieses Instrument mit seinen einschneidenden Wirkungen bewusst und im Wissen um allfällige Nachteile geschaffen. Nur die Möglichkeit eines Opting out habe es ihm im Sinne eines politischen Kompromisses erst erlaubt, die höchst umstrittene Angebotspflicht einzuführen. Darüber hinaus schliesse der Gesetzgeber die Kombination von Opting out, vinkulierten Namenaktien und Stimmrechtsaktien, wie sie die Sika-Namenaktien gegenüber den Sika-Inhaberaktien darstellten, nicht aus, und er habe soweit ersichtlich auch keine Vorkehrungen zur Regelung oder Einschränkung des Zusammenspiels dieser drei Instrumente getroffen. Damit habe er es auch hingenommen, dass die gleichzeitige Implementierung aller drei Instrumente im Ergebnis zu einer Situation wie der vorliegenden führe.

4.2.2 Weiter beschäftigt sich die Vorinstanz mit der Auslegung der hier umstrittenen Statutenregelung. Sie wendet die gleichen Regeln an wie für die Gesetzesauslegung und prüft grammatikalische, systematische, historische und teleologische Aspekte.

Wie die Erstinstanz erachtet sie den Wortlaut von Art. 5 der Statuten zunächst als klar und eindeutig. Die Opting-out-Klausel enthalte keinen Hinweis auf eine Anwendungsbeschränkung und lasse damit keine Zweifel offen, dass sie auf jeden Erwerber und jede Kontrollsituation Anwendung finde. Sie sei auch nicht im Lichte der Vinkulierungsklausel auszulegen. Ein Zusammenhang beider Rechtsinstitute werde weder in Lehre und Rechtsprechung hergestellt noch entspreche dies der gesetzlichen Konzeption. Wenn Sika Vinkulierung und Opting out im Einzelfall hätte verknüpfen wollen, hätte sie dies explizit und für jeden potenziellen Investor nachvollziehbar in den Statuten aufnehmen müssen. Weiter legt die Vorinstanz eingehend die Umstände der Einführung von Art. 5 der Statuten der Sika dar. Die SWH habe den Antrag auf Einführung einer Opting-out-Klausel gestellt, wobei aus den Verwaltungsratsprotokollen der Sika hervorgehe, dass sie dies getan habe, um die Nachteile einer börsengesetzlichen Angebotspflicht auszuschliessen und die generelle Handelbarkeit ihrer Beteiligung an Sika zu bewahren, und dies trotz erwarteter negativer Auswirkungen auf den Börsenkurs und die Reputation der Gesellschaft. Es fehlten Anhaltspunkte dafür, dass die Opting-out-Klausel ausschliesslich mit dem Zweck eingeführt worden sei, eine Angebotspflicht der Familie Burkard oder der SWH bei allfälligen familieninternen Umschichtungen oder bei einem Fluktuieren der eigenen Beteiligung um einen Grenzwert auszuschliessen. Bei der Einführung der Opting-out-Klausel sei weder im Verwaltungsrat der Sika noch an der Generalversammlung ein Zusammenhang zur Vinkulierung hergestellt worden. Die Sika habe mit Art. 5 der Statuten auf den Schutz der börsengesetzlichen Regelungen über die Pflichtangebote verzichtet und sich in diesem Punkt dafür entschieden, die vor Einführung der Angebotspflicht geltende Rechtslage beizubehalten. Daraus ergebe sich, dass der Schutz der Publikumsaktionäre bei Sika im Fall einer Kontrollübernahme, wenn über-

haupt, einzig im Rahmen der Vinkulierung gemäss Art. 4 der Statuten erfolgen könne. Daran vermöge nichts zu ändern, dass die Verwaltungsratsmitglieder der SWH bei der Einführung der Opting-out-Klausel gesellschaftsintern die traditionell publikumsfreundliche Haltung der Familie hervorgehoben und gegenseitig bekräftigt hätten, an niemanden verkaufen zu wollen, der die Interessen der Minderheitsaktionäre missachte. Solche Aussagen vermöchten die Gültigkeit des von der Generalversammlung der Sika beschlossenen Opting out nicht einzuschränken. Im Übrigen hätte es Sika in der Hand gehabt, den Anwendungsbereich der Opting-out-Klausel nachträglich nur auf einen begrenzten Aktionärskreis – z.B. die Mitglieder der Familie Burkard bzw. die SWH – zu beschränken bzw. entsprechende Schritte einzuleiten. Seit dem Jahr 2010 habe die UEK ihre Praxis sukzessive dahingehend angepasst, dass formell und materiell selektive Opting-out-Klauseln in den Statuten einer Publikumsgesellschaft zulässig seien, sofern die Generalversammlung in voller Kenntnis der Sachlage über die Einführung des Opting out abstimme und der Antrag von der Mehrheit der von Minderheitsaktionären vertretenen Stimmen angenommen werde. Schliesslich sei die Opting-out-Klausel durch die öffentlich zugänglichen Statuten der Sika, die Hinweise in der Datenbank der SIX und die Ausführungen in den jährlichen Geschäftsberichten der Sika für alle Beteiligten und den gesamten Markt transparent gewesen.

4.2.3 Die Vorinstanz verneint schliesslich ein rechtsmissbräuchliches Anrufen der Opting-out-Klausel durch Saint-Gobain. Da dem Opting out in seiner gesetzlich vorgesehenen Form die Ungleichbehandlung der Aktionäre inhärent sei, was durch die Stimmrechtsaktien noch akzentuiert werde, könne die Anwendung einer Opting-out-Klausel nur im Ausnahmefall und jedenfalls nicht allein deshalb rechtsmissbräuchlich sein, weil sie sich für die Minder-

heitsaktionäre nachteilig auswirke. Das gebiete nicht zuletzt das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und das berechnete Vertrauen der Beteiligten und des Finanzmarktes in den Bestand einer rechtsgültigen, klaren und eindeutigen Statutenbestimmung. Öffentliche Bekenntnisse von Mitgliedern der Familie Burkard zu ihrer Beteiligung an Sika könnten von vornherein die Anwendbarkeit der fraglichen Statutenbestimmung nicht beeinflussen, weil nur die Generalversammlung befugt sei, Art. 5 der Statuten im Rahmen der Praxis der FINMA abzuändern. Im Übrigen hätten sich die Familienmitglieder Burkard bzw. die SWH vor dem Verkauf ihrer Anteile nicht zur Anwendbarkeit des Opting out geäussert und sich auch nicht verpflichtet, Mehrheitsaktionärin von Sika zu bleiben. Es sei der Familie Burkard bzw. SWH jederzeit frei gestanden, ihre Meinungen zu ändern. Aber selbst wenn sie den berechtigten Eindruck vermittelt haben sollten, auch in Zukunft die Mehrheit an Sika unverändert halten zu wollen, so würde ein dadurch geschaffenes Vertrauen bzw. dessen Enttäuschung nicht dazu führen, dass das Opting out ausser Kraft gesetzt worden wäre und den Erwerber der Mehrheitsbeteiligung eine Angebotspflicht treffe. Vielmehr müssten wegen enttäuschten Vertrauens (anderer Aktionäre) die Zivilgerichte angerufen werden.

4.3 Nach der Rechtsprechung kann das Gericht im Rechtsmittelverfahren auf die Begründung der Vorinstanz verweisen, wenn es dieser beipflichtet. Davon ist indes zurückhaltend Gebrauch zu machen, da andernfalls der Eindruck entstehen kann, die Rechtsmittelinstanz setze sich mit den Vorbringen im Rechtsmittel nicht auseinander (Urteil des Bundesgerichts 6B_1224/2014 vom 9. April 2015 E. 1.2 f., zur Publikation vorgesehen). Auf der anderen Seite kann es nicht der Sinn eines Rechtsmittelverfahrens sein, dass zutreffende Ausführungen der unteren Instanzen wörtlich oder nahezu wörtlich von der

Rechtsmittelinstanz wiederholt werden. Dies gilt jedenfalls in Fällen wie hier, in denen die Verfügungen der unteren Instanzen auf deren Webseiten abgerufen werden können. Nachfolgend wird das Bundesverwaltungsgericht von der Verweisungsmöglichkeit Gebrauch machen, soweit es den Ausführungen der UEK oder der FINMA beipflichtet und deren Einzelheiten für das Verständnis des vorliegenden Urteils nicht zwingend erforderlich sind.

5.

Zu prüfen ist, ob Saint-Gobain als Erwerberin einer Mehrheitsbeteiligung an Sika einer Angebotspflicht unterliegt.

5.1 Die Beschwerdeführenden bringen vor, die Vorinstanzen hätten zu Unrecht angenommen, Saint-Gobain könne sich auf die Opting-out-Klausel berufen und müsse daher den Publikumsaktionären von Sika kein Pflichtangebot im Sinne von Art. 32 Abs. 1 BEHG vorlegen. Die Vorinstanz habe bei der Auslegung von Art. 5 der Statuten der Sika dem historischen Element zu grosses Gewicht beigemessen und das systematische Element falsch gewertet. In teleologischer Hinsicht müsse Art. 5 der Statuten zusammen mit der Vinkulierungsklausel nach Art. 4 der Statuten interpretiert werden. Letztere sei nur auf die Stimmrechtsaktien anwendbar und habe den Zweck, die Publikumsaktionäre beim Erwerb der Kontrolle durch einen Dritten zu schützen. Dies entspreche dem üblichem Zweck einer Vinkulierungsklausel mit prozentualer Limitierung, ausser, dass normalerweise jegliche Dominanz verhindert werden solle, während hier die Kontrolle durch die Familie Burkard akzeptiert werde. Die Vinkulierungsklausel mit einer Prozent-Vinkulierung von 5 % erlaube kleinere Aktienverschiebungen, etwa im Kreis der Familie oder auch an Dritte. Die Kontrolle durch Dritte könne nur durch Beschluss der Generalversammlung der Sika

bewilligt werden, mit dem die Vinkulierungsklausel aufgehoben werde. Eine derartige Zustimmung der Publikumsaktionäre zu einem Kontrollwechsel sei nur wahrscheinlich, wenn der Käufer ihnen faire Konditionen biete, insbesondere, indem er ein öffentliches Angebot zu einem attraktiven Preis unterbreite. Auch bei der Opting-out-Klausel gehe es um die rechtlichen Konsequenzen bei einem Kontrollwerb, insbesondere um dessen Auswirkungen auf die Rechte der Publikumsaktionäre. Sie müsse deshalb so ausgelegt werden, dass sie im Gleichklang und übereinstimmend mit der Vinkulierungsordnung beim Wechsel der Kontrolle über die Sika zu Dritten die Publikumsaktionäre ebenfalls geschützt würden. In beiden Fällen bestünden die Ausnahmen deshalb nur im Hinblick auf eine Kontrolle durch die Familie. Der Anwendungsbereich der Opting-out-Klausel sei deshalb auf Kontrollwechsel innerhalb der Familie zu reduzieren.

5.1.1 Wie bereits dargelegt, hat die Sika an ihrer Generalversammlung vom 27. Mai 1998 einstimmig die Aufnahme eines Art. 5 mit einer Opting-out-Klausel in ihre Statuten beschlossen (vgl. E. 3.1). Damit machte sie bzw. machten ihre Aktionäre von der durch die am 1. Januar 1998 in Kraft getretenen Revision des BEHG eingeräumten Möglichkeit Gebrauch, die Pflicht zu einem öffentlichen Kaufangebot nach Art. 32 und 52 BEHG auszuschliessen; gleichzeitig verhinderte sie durch ihr Handeln während der gesetzlichen Übergangsfrist von zwei Jahren (vgl. Art. 53 aBEHG), dass sie die strengeren Voraussetzungen für die Einführung einer Opting-out-Klausel nach Art. 22 Abs. 2 und 3 BEHG erfüllen musste. Damals erlaubte Art. 22 Abs. 2 BEHG den Publikumsgesellschaften nur, die erwähnte gesetzliche Angebotspflicht innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten der Revision global für nicht anwendbar zu erklären. Die gesetzliche Ausnahme von Art. 32 Abs. 3 BEHG, wonach die Angebotspflicht ausgeschlossen ist,

wenn die Stimmrechte durch Schenkung, Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben werden, bestand bereits. Hätte Sika das Opting out auf solche Fälle beschränken wollen, um die Familie Burkard davor zu schützen, bei Verschiebungen im Aktionariat ein Pflichtangebot unterbreiten zu müssen, hätte gar kein Opting out beschlossen werden müssen. Nicht möglich war damals, die Angebotspflicht selektiv auszuschliessen bzw. – über die Fälle nach Art. 32 Abs. 3 BEHG hinaus – nur auf bestimmte Aktionärskreise oder Konstellationen anzuwenden. Der Gesetzgeber hat aber später erkannt, dass eine strikte Anwendung der Angebotspflicht zu unerwünschten Folgen führen könne. Er hat deshalb in Art. 32 Abs. 2 BEHG (i.V.m. Art. 39 der Börsenverordnung FINMA vom 25. Oktober 2008 [BEHV-FINMA, SR 954.193]), der am 1. Januar 2009 in Kraft getreten ist, Sachverhalte aufgelistet, die es der UEK erlauben, die Angebotspflicht in Einzelfällen ausser Kraft zu setzen. Mit dieser Gesetzesrevision sind die Bedenken, die zur Einführung des Opting out nach Art. 22 Abs. 2 und 3 BEHG geführt haben, ganz oder jedenfalls weitgehend hinfällig geworden. Wie die Vorinstanzen eingehend dargelegt haben, hat die UEK ab dem Jahr 2010 ihre Praxis sukzessive dahingehend angepasst, dass formell und materiell selektive Opting-out-Klauseln in den Statuten einer Publikumsgesellschaft zulässig seien, sofern die Generalversammlung in voller Kenntnis der Sachlage über die Einführung des Opting out abstimme und der Antrag von der Mehrheit der von Minderheitsaktionären vertretenen Stimmen angenommen werde (vgl. für eine Zusammenfassung der entsprechenden Praxis der UEK Rz. 9 ff. der Verfügung 600/01 vom 22. April 2015 in Sachen Kaba Holding AG). Auf die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz, einschliesslich Quellenangaben, kann hier verwiesen werden (...). Diese Entwicklung ändert aber nichts daran, dass die unter dem alten Regime – vor dem 1. Januar 2000 – eingeführten Opting-out-Klauseln

in Statuten börsenkotierter Gesellschaften (vgl. dazu Art. 22 Abs. 1 BEHG) nach dem klaren Willen des historischen Gesetzgebers nach wie vor pauschal gelten und auf jegliche Aktionäre anwendbar sind. Eine nachträgliche selektive Anwendung solcher genereller Opting-out-Klauseln ist ausgeschlossen. Den betroffenen Gesellschaften steht es aber frei, sie unter den Voraussetzungen von Art. 22 Abs. 3 BEHG abzuändern. Dies erfordert aber einen Beschluss der Generalversammlung, der zudem keine Benachteiligung der Aktionäre im Sinne von Art. 706 OR bewirken darf. Da die Sika Art. 5 ihrer Statuten nicht entsprechend angepasst hat, ist die Bestimmung pauschal auf alle Aktionäre anwendbar. Hätte z.B. ein Dritter Inhaberaktien aufgekauft und den Schwellenwert für eine Angebotspflicht nach Art. 32 Abs. 1 BEHG überschritten, hätte auch er sich auf die Opting-out-Klausel berufen können.

5.1.2 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Art. 5 der Statuten der Sika gar nicht auslegungsbedürftig ist. Sein Wortlaut ist klar und eindeutig und entspricht seinem dargelegten Zweck. Seine uneingeschränkte Anwendung auf jegliche Aktionäre bzw. Aktionärskreise entspricht dem Entscheid des historischen Gesetzgebers, der den Publikumsgesellschaften im Jahr 1998 keine andere Möglichkeit eingeräumt hat, als sich entweder den Angebotsregeln nach Art. 32 Abs. 1 BEHG zu unterziehen oder sich ihnen integral – d.h. ausnahmslos – zu entziehen. Entsprechend vermögen die Beschwerdeführenden aus der Vinkulierungsregelung nach Art. 4 der Statuten der Sika nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Diese steht in keinem direkten Zusammenhang zur Opting-out-Klausel. Während die Opting-out-Klausel die Kontrollnahme über börsenkotierte Gesellschaften erleichtert, was für die Publikumsaktionäre und die betroffene Gesellschaft nachteilig sein kann, will die Vinkulierungsklausel verhindern, dass Dritte durch den Kauf von Namenaktien gewisse Stimmrechts-

schwellen überschreiten. Darin mag hier ein gewisses Misstrauen gegenüber den Namenaktionären erblickt werden, doch findet dieses keine Entsprechung in der Opting-out-Klausel. Falls die von den Parteien in Bezug auf die Auslegung der Vinkulierungsklausel angerufenen Zivilgerichte im Sinne der Beschwerdeführenden und der Sika entscheiden würden, könnte Saint-Gobain seine erworbene Stimmenmehrheit nicht (vollständig) ausüben; das hätte jedoch keine Auswirkungen auf die Frage der Angebotspflicht. Im umgekehrten Fall könnte Saint-Gobain ihre erworbenen Stimmrechte ausüben, ohne einer Angebotspflicht zu unterliegen. In keinem Szenario vermag das Bundesverwaltungsgericht einen Widerspruch zu erkennen. Sollte die Vinkulierungsklausel auf die hier zu beurteilende Transaktion Anwendung finden, würde dies einfach bedeuten, dass sie, trotz Opting out, die Interessen der Minderheitsaktionäre effektiv schützt.

(...)

6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Erwerb der SWH und damit der von dieser gehaltenen Sika-Namen- und Inhaberaktien durch die Saint-Gobain keine Angebotspflicht auslöst. Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

(...)

Dispositiv

Berufsverbot

URTEIL des Bundesgerichts 2C_739/2015
vom 25. April 2016 (BGE 142 II 243)

Verfahren auf Erlass eines finanzmarktrechtlichen Berufsverbots (Art. 3 lit. a, Art. 33 FINMAG; Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 35, Art. 61 VwVG; Art. 9 Abs. 2 aBankV); Selbstbelastungsverbot (Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II).

1. Eine im Verfahren gegen die Beaufsichtigte ergangene Verfügung kann der für die Beaufsichtigte tätigen oder tätig gewesenen natürlichen Person im anschliessend gegen sie geführten Verfahren nicht im Sinne einer rechtskräftig beurteilten Vorfrage entgegengehalten werden (E. 2).
 2. Anforderungen an die Begründungsdichte im Falle von aufsichtsrechtlich relevanten Unterlassungen (E. 3.1).
 3. In auf Auferlegung eines Berufsverbots gerichteten Verfahren kann auf Aussagen abgestellt werden, welche die natürliche Person im gegen die Beaufsichtigte geführten Verfahren getätigt hat: Das Selbstbelastungsverbot steht einer Verwertung dieser Aussagen nicht entgegen, weil das Berufsverbot hinsichtlich seiner Art und Schwere eine wirtschaftspolizeirechtlich motivierte Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit und nicht eine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist (E. 3.2–3.4).
-

Procédure relative à une interdiction d'exercer dans le domaine des marchés financiers (art. 3 let. a, art. 33 LFINMA ; art. 29 al. 2 Cst. ; art. 35, art. 61 PA ; art. 9 al. 2 aOB) ; principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser lui-même (art. 6 par. 1 CEDH ; art. 14 par. 3 let. g Pacte Onu II).

1. Une décision prononcée à l'encontre d'une entité assujettie à surveillance n'est pas opposable, en tant que décision préjudicielle entrée en force, à une personne physique qui travaille ou a travaillé pour l'entité assujettie et qui fait, par la suite, l'objet d'une procédure distincte (consid. 2).
 2. Exigences quant au degré de motivation en cas d'omissions qui relèvent du droit de la surveillance (consid. 3.1).
 3. Les déclarations qu'une personne physique a faites dans le cadre de la procédure dirigée contre l'entité assujettie peuvent être prises en compte dans la procédure visant à prononcer une interdiction d'exercer : le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser lui-même ne s'oppose pas à l'utilisation de ces déclarations, car l'interdiction d'exercer constitue, en ce qui concerne sa nature et sa gravité, une mesure de police économique qui restreint la liberté économique et non pas une sanction pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH (consid. 3.2 à 3.4).
-

Procedura tesa alla pronuncia di un divieto di esercizio della professione in ambito di mercati finanziari (art. 3 lett. a, art. 33 LFINMA; art. 29 cpv. 2 Cost.; art. 35, art. 61 PA; art. 9 cpv. 2 vOBCR); principio secondo cui nessuno è tenuto ad autoincriminarsi (art. 6 n. 1 CEDU; art. 14 n. 3 lett. g Patto ONU II).

1. Una decisione pronunciata contro un'entità sottoposta a sorveglianza non è opponibile, nel senso di una decisione pregiudiziale cresciuta in giudicato, contro una persona fisica che lavora o ha lavorato per detta entità e che è, nel seguito, oggetto lei stessa di una procedura (consid. 2).
 2. Esigenze in merito al grado di motivazione nel caso di omissioni rilevanti dal punto di vista della sorveglianza (consid. 3.1).
 3. Le dichiarazioni che una persona fisica ha rilasciato nel quadro della procedura contro l'entità sottoposta a sorveglianza possono essere prese in considerazione nella procedura che mira a pronunciare un divieto d'esercizio della professione: il principio secondo cui nessuno è tenuto ad autoincriminarsi non si oppone all'uso di queste dichiarazioni, siccome il divieto di esercitare la professione costituisce, per sua natura e gravità, una misura dettata da motivi di polizia economica che restringe la libertà economica e non un'accusa di carattere penale ai sensi dell'art. 6 n. 1 CEDU (consid. 3.2-3.4).
-

Zusammenfassung des Sachverhalts

Mit Verfügung vom 30. August 2013 stellte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) fest, dass die Bank X._____ AG (zum Urteilszeitpunkt: X. Administration AG; nachfolgend: Bank X._____) aufsichtsrechtliche Bestimmungen im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft ab dem Jahr 2008 sowie die dauernd einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzungen betreffend die Organisation und die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit schwer verletzt hatte. Dieser Teil des Verfügungsdispositivs blieb unangefochten. Die Bank X._____ hat ihre Geschäftstätigkeit inzwischen eingestellt und wurde aus der Aufsicht entlassen.

Am 30. September 2013 eröffnete die FINMA im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft der Bank X._____ gegen deren zwischen 2008 und November 2012 amtierenden CEO, A._____, ein eingreifendes Verwaltungsverfahren. Mit Verfügung vom 4. Juli 2014 untersagte die FINMA A._____ die Ausübung einer leitenden Stellung bei einem von ihr Beaufsichtigten für die Dauer von zwei Jahren ab Rechtskraft der Verfügung (Berufsverbot, Dispositivziffer 1). Sämtliche Informationen und Unterlagen aus dem gegen A._____ und gegen die Bank X._____ geführten Verfahren wie auch die Tatsache, dass diese Verfahren geführt würden, dürften nur mit vorgängiger Zustimmung der FINMA Dritten herausgegeben oder zugänglich gemacht werden (Zustimmungserfordernis; Dispositivziffer 2). Für den Fall der Widerhandlung gegen die Dispositivziffern 1 und 2 verwies die FINMA auf Art. 48 FINMAG und die darin enthaltene Strafandrohung (Dispositivziffer 3). Einer allfälligen Beschwerde

gegen Dispositivziffer 2 der Verfügung entzog die FINMA die aufschiebende Wirkung und erklärte diesen Teil des Dispositivs für sofort vollstreckbar (Dispositivziffer 4). Die Verfahrenskosten von CHF 30'000.– wurden A. auferlegt (Dispositivziffer 5).

Mit Beschwerde gegen die Verfügung der FINMA vom 4. Juli 2014 an das Bundesverwaltungsgericht beantragte A._____ deren vollständige Aufhebung sowie die Einstellung des eingreifenden Verwaltungsverfahrens; eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und es sei festzustellen, dass seitens A._____ im US-Kundengeschäft der Bank X._____ keine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen vorgelegen habe. Er ersuchte um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Das Bundesverwaltungsgericht verwies die Beschwerde gegen Dispositivziffer 2 der Verfügung der FINMA (Zustimmungserfordernis) vom 4. Juli 2014 in ein separates Verfahren (vgl. BGE 141 I 201 zur analogen Verfügung gegen die Bank X. & Co. AG). Mit Teilurteil vom 29. Juni 2015 (B-5041/2014) wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von A._____ gegen die Verfügung der FINMA vom 4. Juli 2014, Dispositivziffer 1 (Berufsverbot), und Dispositivziffer 5 (Verfahrenskosten) ab.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 1. September 2015 an das Bundesgericht beantragt A._____, das Teilurteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Juni 2015 sei kostenfällig aufzuheben. Es sei festzustellen, dass seitens von A._____ im US-Kundengeschäft der Bank X._____ keine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen vorgelegen habe.

Aus den Erwägungen

(...)

2.1 Gegenstand des vorliegenden bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens ist gemäss den Beschwerdeanträgen und dem Dispositiv des angefochtenen Urteils (BGE 136 II 165 E. 5 S. 174; Urteil 2C_961/2013 vom 29. April 2014 E. 3.3) das mit Verfügung der FINMA vom 4. Juli 2014 gegen den Beschwerdeführer ausgesprochene Berufsverbot und die erstinstanzlichen Verfahrenskosten in Höhe von CHF 30'000.–.

2.2 In Durchbrechung des Grundsatzes der Institutsaufsicht (Art. 3 lit. a FINMAG) kann die FINMA Personen, die durch ihr individuelles Fehlverhalten kausal und schuldhaft eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bewirkt haben, für eine Dauer von bis zu fünf Jahren die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem Beaufichtigten untersagen (Art. 33 FINMAG; Hsu/Bahar/Flühmann, in: Basler Kommentar, Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 13 zu Art. 33 FINMAG; Damian K. Graf, Berufsverbote für Gesellschaftsorgane: das Sanktionsregime im Straf- und Finanzmarktrecht, AJP 2014 S. 1203). Abzugrenzen ist das Berufsverbot im Sinne von Art. 33 FINMAG insbesondere vom Gewährserfordernis als gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0) durch die oder den Beaufichtigten dauernd einzuhaltende Bewilligungsvoraussetzung (vgl. zu den Anwendungsbereichen von Art. 33 FINMAG bzw. Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG Botschaft des Bundesrates vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [nachfolgend: Botschaft FINMAG], BBI 2006 2882 zu Art. 33; Uhlmann, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2011 S. 439; Guillaume Braidı, L'interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA: étendue, délimitations et qualification, SZW 2013 S. 210; GRAF,

a.a.O., S. 1199 ff., Hsu/Bahar/Flühmann, a.a.O., N. 15 zu Art. 33 FINMAG; Zulauf/Wyss/Tanner/Kähr/Fritzsche/Eymann/Ammann, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl. 2014, S. 229 ff.; Zulauf, Gewähr im Gericht – Die von den Schweizer Finanzmarktgesetzen geforderte «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» und das «Berufsverbot» im Lichte der jüngeren Rechtsprechung, FINMA-Bulletin 2/2013 S. 17 ff.). Die Eröffnung des personellen Anwendungsbereichs der Norm von Art. 33 FINMAG setzt nicht voraus, dass die mit einer Sanktion zu belegenden Person in einer bestimmten Beziehung zu einer oder einem Beaufichtigten steht, weshalb das finanzmarktrechtliche Berufsverbot auch nach beendetem Arbeitsverhältnis ausgesprochen werden kann (Braidı, a.a.O., S. 205; Uhlmann, a.a.O., S. 448, unter Verweis auf die Botschaft FINMAG, BBI 2006 2882 zu Art. 33).

2.3 Zu prüfen ist rügegenäss, ob die Voraussetzungen für die Erteilung eines Berufsverbots (Art. 33 FINMAG) erfüllt sind. Hinsichtlich der Voraussetzung einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen steht, entgegen der Auffassung der Vorinstanz (angefochtenes Urteil E. 3.5.3.4 und E. 3.5.3.5), der Umstand, dass die Beaufichtigte die an sie gerichtete Verfügung der FINMA vom 30. August 2013 mit Bezug auf die Feststellung, sie (die Bank X._____) habe aufsichtsrechtliche Bestimmungen im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft ab dem Jahr 2008 schwer verletzt, innert Frist nicht angefochten hat, einer Überprüfung der Tatbestandsmerkmale des Berufsverbots (Art. 33 FINMAG) im nachfolgend gegen die natürliche, für die Beaufichtigte tätig gewesene Person geführten Verfahren, nicht entgegen. Eine in einem erneuten Verfahren verbindlich zu beachtende materiell rechtskräftig beurteilte Vorfrage würde nur im Falle einer Entscheidung zwischen denselben Parteien vorliegen (zum Begriff der materiellen Rechtskraft BGE 139 III 126 E. 3.1 S. 128 f.; BGE 123 III 16 E. 2a

S. 18 f.; zur Bindung inter partes von Beschwerdeentscheiden CAMPRUBI, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, N. 24 zu Art. 61 VwVG). Zutreffend ist, dass die Pflicht, deren schwere Verletzung die Auferlegung eines Berufsverbots für eine natürliche Person (Art. 33 FINMAG) rechtfertigt, der Beaufsichtigten und nicht der natürlichen Person selbst obliegt, weswegen diese Pflichtverletzung auch in einem aufsichtsrechtlichen Verfahren gegen die Beaufsichtigte (Art. 3 lit. a FINMAG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 BankG) selbst beurteilt wird; dieser Umstand, welcher im System der Institutsaufsicht begründet liegt, vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass die natürliche, für die Beaufsichtigte tätige (oder tätig gewesene) Person nicht Partei jenes Verfahrens war und ihr somit der gegen die Beaufsichtigte ergangene Entscheid unter dem Gesichtspunkt der materiellen Rechtskraft wegen fehlender Identität der Parteien nicht entgegengehalten werden kann (zum Adressaten aufsichtsrechtlicher Verfügungen vgl. Urteil 2C_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 4.2; Hsu/Bahar/Flühmann, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 12 zu Art. 33 FINMAG).

2.4 Die Vorinstanz hat aufgrund ihrer unzutreffenden Rechtsauffassung im vorinstanzlichen Verfahren das Vorbringen des Beschwerdeführers ungeprüft gelassen, der durch ihn (aktiv oder passiv) bewirkte Zustand bei der Bank X._____ könne nicht als schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im Sinne von Art. 33 FINMAG qualifiziert werden, was die in den Art. 29 ff. VwVG (SR 172.021) spezialgesetzlich verankerte, aus dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV) fließende Berücksichtigungspflicht rechtserheblicher Vorbringen der Parteien (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88; BGE 124 I 241 E. 2 S. 242; Urteil 4A_140/2009 vom 12. Mai 2009 E. 3.1; Steinmann, Die schweizerischen Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3.

Aufl. 2014, N. 49 zu Art. 29 BV; Waldmann/Bickel, in: Praxiskommentar, Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016, N. 83 Art. 29 VwVG) verletzt und angesichts von Art. 49 lit. a VwVG einer formellen Rechtsverweigerung gleichkommt (zur Garantie der ordnungsgemässen Anwendung des Verfahrensrechts durch Art. 29 Abs. 1 BV Steinmann, a.a.O., N. 20 zu Art. 29 BV). Auf Grund der Bedeutung, welche dem materiellen Recht (vorliegend Art. 33 FINMAG) für die Qualifikation eines Sachverhaltselements als rechtserheblich zukommt (BGE 136 II 65 E.1.4 S. 68; BGE 134 V 53 E. 4.3 S. 62), hat sie denn auch den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig erhoben. Zwar kann das Bundesgericht die Anwendung und Auslegung von Art. 33 FINMAG als Bundesrecht frei prüfen (Art. 95 lit. a BGG) und auch den dafür rechtserheblichen Sachverhalt ergänzen, soweit er nicht aus dem angefochtenen Entscheid hervorgeht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Es ist dazu jedoch nicht verpflichtet. Die bundesgerichtliche Ergänzung des Sachverhalts ist eher die Ausnahme und kommt vor allem bei untergeordneten Unvollständigkeiten zum Tragen; es ist nicht Aufgabe des in erster Linie der Rechtskontrolle verpflichteten Bundesgerichts, umfassende Sachverhaltsabklärungen selber vorzunehmen (BGE 133 IV 293 E. 3.4.2 S. 295; Urteil 2C_433/2013 vom 6. Dezember 2013 E. 2.1, nicht publ. in BGE 140 II 102). Der Beschwerdeführer hat bereits im Verfahren vor der Vorinstanz bestritten, dass die Bank aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat, und dies mit zahlreichen Vorbringen begründet: nur ein geringer Teil der Gelder von US-Kunden sei unversteuert gewesen, die Bank habe nicht aggressiv um US-Kunden geworben, für US-Kunden seien keine Wertschriften betreut worden, die Annahme unversteuerter Gelder sei nach geltendem schweizerischem Aufsichtsrecht nicht untersagt gewesen; er habe bereits ab dem Jahr 2009 risikominimierende Massnahmen ergriffen; die dem US-Kundengeschäft inhärenten Risiken seien durch

das interne Kontrollsystem der Bank wie auch durch die bankengesetzliche externe Revisionsstelle laufend evaluiert und als angemessen beurteilt worden; die Bank habe die Grundzüge zum Risikomanagement eingehalten; auch die FINMA, welcher sämtliche Fakten bekannt gewesen seien, habe im August und im September 2011 keine Anzeichen für eine Pflichtverletzung erkennen können; die FINMA habe ihre Einschätzung erst anfangs des Jahrs 2012 geändert, weshalb der Vorwurf, die Bank habe vorher aufsichtsrechtliche Pflichten schwer verletzt, auf einem Rückschaufehler beruhe. Die Vorinstanz ist jedoch vom Vorliegen einer schweren Pflichtverletzung durch die Bank ausgegangen und hat nur noch das persönliche Verhalten des Beschwerdeführers beurteilt. In diesem Zusammenhang hat sie sich zwar teilweise auch zum Verhalten der Bank als solcher geäußert; sie hat aber nicht systematisch die Vorbringen des Beschwerdeführers, die sich auf das Verhalten der Bank bezogen haben, geprüft und beurteilt. Insbesondere hat sie auch die beantragte Befragung von Vertretern der FINMA mit dem Argument abgewiesen, dieser Beweisantrag beziehe sich vorwiegend auf die Frage der Verletzung durch die Bank (angefochtenes Urteil, E. 6). Für die aufgrund des Gesagten hier vorzunehmende Beurteilung, ob die Bank im massgeblichen Zeitraum aufsichtsrechtliche Pflichten schwer verletzt hat, kann jedoch die Befragung von Vertretern der FINMA nicht von vornherein als unerheblich betrachtet werden. Insgesamt hat somit die Vorinstanz ein rechtserhebliches Tatbestandselement von Art. 33 FINMAG (vgl. dazu oben, E. 2.2) ungeprüft gelassen, weshalb sich die Beschwerde in diesem Punkt als begründet erweist. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zur Sachverhaltsergänzung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.1 Anlässlich der Redaktion des neuen Urteils wird die Vorinstanz auch die Vorgaben von Art. 61

VwVG zu beachten haben (Art. 2 Abs. 4 VwVG; Art. 37 VGG [SR 173.32]). Gemäss Art. 61 Abs. 2 VwVG enthält ein Beschwerdeentscheid insbesondere die Gründe rechtlicher und tatsächlicher Art sowie das Dispositiv. Liegt der zentrale Vorwurf, welcher gegen eine Verfahrenspartei erhoben wird, wie im vorliegenden Fall, in einer Unterlassung – dem Beschwerdeführer wurde (ungeprüft, vgl. dazu oben, E. 2.3) zusammenfassend entgegengehalten, trotz hinreichender Anhaltspunkte für die prekäre Risikolage der Bank und unter Berücksichtigung eines Positionspapiers der FINMA keine eigene Risikoanalyse erstellt, die Risiken bei Geschäftsleitungssitzungen nicht thematisiert, geeignete Massnahmen nicht getroffen, den Verwaltungsrat nicht konfrontiert und keine entsprechenden Entscheide eingeholt zu haben (angefochtenes Urteil, E. 3.6.10, S. 22 f.) – gilt zu beachten, dass auch aufsichtsrechtlich nur pflichtwidrig nicht vorgenommene Handlungen für den Erlass eines Berufsverbots relevant sein können. Eine schwere Verletzung einer aufsichtsrechtlichen Pflicht kann demnach durch eine Unterlassung nur begründet werden, wenn ein Beaufchtigter eine Handlung, welche durch das Aufsichtsrecht geboten ist, unterlässt. Dabei wird mit dem Beschwerdeführer davon auszugehen sein, dass die Durchsetzung ausländischer Rechtsvorschriften in der Schweiz – in Übereinstimmung mit dem das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatz des Territorialitätsprinzips – grundsätzlich nicht Aufgabe der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht ist: Gemäss Art. 6 Abs. 1 FINMAG übt die FINMA die Aufsicht nach den (in Art. 1 FINMAG aufgezählten) schweizerischen Finanzmarktaufsichtsgesetzen aus (Zulauf, «Weissgeldstrategie» für das Schweizer Private Banking?, in: Vermögensverwaltung VI, 2013, S. 17). Die Pflicht zur Erfassung, Begrenzung und Überwachung der dem Cross-border-Geschäft inhärenten Risiken ergibt sich denn auch nicht aus ausländischem, sondern aus inländischem Recht (für die massgebliche

Zeitperiode Art. 9 Abs. 2 der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 [aBankV; AS 1972 821]; vgl. diesbezüglich Bizzozero/Robinson, *Activités financières cross-border vers et depuis la Suisse*, 2010, S. ff., S. 141 ff.; Bizzozero/Robinson, *Cross-border Finanzgeschäfte aus der und in die Schweiz*, 2011, S. 138 ff., S. 153 ff.). Ein allgemeiner Hinweis darauf, die Bank sei ab Herbst 2008 im Zusammenhang mit dem US-Kundengeschäft ihrer Pflicht, die dem Bankgeschäft inhärenten Risiken (vorab rechtliche Risiken und Reputationsrisiken) angemessen zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen, nicht nachgekommen, reicht dafür angesichts der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründungsdichte (BGE 111 Ia 2 E. 4b S. 4 f; Lorenz Kneubühler, in: *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG]*, 2008, N. 12 zu Art. 35 VwVG) nicht aus. Für eine im Sinne von Art. 61 VwVG ausreichende, den verfassungsrechtlichen Anforderungen (Art. 29 Abs. 2 BV) genügende Begründung ist detailliert aufzuzeigen, aus welcher aufsichtsrechtlichen Bestimmung die Pflicht zur Vornahme welcher Handlung fliesst und inwiefern die Verfahrenspartei diese spezifische Handlung, trotz bestehender rechtlicher Handlungspflicht, unterlassen hat (zu Unterlassungen im Aufsichtsrecht Zulauf/Wyss/Tanner/Kähr/Fritsche/Eymann/Ammann, a.a.O., S. 242); im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 2 aBankV ist insbesondere für jedes Risiko gesondert darzulegen, inwiefern die Verfahrenspartei dieses hätte erkennen, erfassen und wie begrenzen müssen.

3.2 Für die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts kann die Vorinstanz, wie sie im angefochtenen Urteil zutreffend erkannt hat, ohne Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II insbesondere auf im Verfahren gegen die Beaufsichtigte getätigten Aussagen des Beschwerdeführers abstellen.

3.3 Wird gegen eine Person eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK erhoben, fliesst aus dieser konventionsrechtlichen Garantie das Recht des Beschuldigten zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen (Selbstbelastungsverbot). Aus dem Recht des Angeklagten, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, ergibt sich insbesondere, dass die Behörden ihre Anklage führen müssen, ohne auf Beweismittel zurückzugreifen, die durch Zwang oder Druck in Missachtung des Willens des Angeklagten erlangt worden sind. Nach der inhaltlich mit derjenigen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) (EGMR-Urteil Weh gegen Österreich vom 8. April 2004 [Nr. 38544/97] § 44 f.; Nichtzulassungsentscheid Allen gegen Vereinigtes Königreich vom 10. September 2002 [Nr. 76574/01]) übereinstimmenden Praxis des Bundesgerichts (BGE 131 IV 36 E. 3.1 S. 40 ff.) ist im Lichte der konventionsrechtlichen Garantien bei strafrechtlichen Anklagen nicht jede Pflicht unzulässig, Informationen zur Verfügung stellen zu müssen, die auch eine Strafsanktion nach sich ziehen können; untersagt ist vielmehr die «improper compulsion» («coercition abusive»), d.h. eine missbräuchlich bzw. unverhältnismässig ausgeübte Form von Zwang (EGMR-Urteile Marttinen gegen Finnland vom 21. April 2009 [Nr. 19235/03] § 60; Murray gegen Vereinigtes Königreich vom 8. Februar 1996 [Nr. 18731/91], *Recueil CourEDH* 1996-I S. 30 § 45 f.; vgl. BGE 140 II 384 E. 3.3.2 S. 390 f.; BGE 138 IV 47 E. 2.6.1 S. 51 f.; BGE 131 IV 36 E. 3.1 S. 40 ff.).

3.4 Gemäss der Rechtsprechung des EGMR liegt eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor, wenn alternativ entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder die Natur des Vergehens oder die Art und Schwere des Vergehens und/oder die Sanktion für einen strafrechtlichen Charakter sprechen (vgl. zu den Engel-Kriterien ausführlich BGE 140

II 384 E. 3.2.1 S. 388 f.; BGE 139 I 72 E. 2.2.2 S. 78 f.; grundlegend Urteil des EGMR Engel gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A Bd. 22). Das gegen den Beschwerdeführer ausgesprochene Berufsverbot hat seine Rechtsgrundlage in Art. 33 FINMAG und damit im Kapitel über die aufsichtsrechtlichen Instrumente eines wirtschaftspolizeilichen Erlasses (Art. 5 FINMAG; zur wirtschaftspolizeilichen Natur des Finanzmarktaufsichtsrechts vgl. anstatt vieler KILGUS, Expertengutachten betreffend die Regulierungs- und Kommunikationstätigkeit der FINMA, erstattet dem Eidgenössischen Finanzdepartement, vom 4. August 2014, www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/37802.pdf, [besucht am 10. Mai 2016], N. 30). Ungeachtet der repressiven Elemente, welche das Berufsverbot im Sinne von Art. 33 FINMAG ebenfalls enthält (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2848, 2882 zu Art. 33) ist diese Sanktion nach nationalem Recht als administrativ und nicht als strafrechtlich zu qualifizieren (Uhlmann, a.a.O., S. 442; Braidì, a.a.O., S. 216; Graf, a.a.O., S. 1201; Hsu/Bahar/Flühmann, a.a.O., N. 5 f., N. 8 und 10 zu Art. 33 FINMAG; vgl. auch für die gesetzgeberischen Vorarbeiten Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht, II. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission Zimmerli [Expertenbericht Zimmerli], S. 13 f., S. 22 f., www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2004.html, unter: Bericht über die Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht; zu den repressiven Sanktionen als eine Kategorie verwaltungsrechtlicher Massnahmen anstatt vieler Jaag/Häggi, in: VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, N. 5 zu Art. 41 VwVG). Ihrer Natur nach richtet sie sich denn auch nicht an die Allgemeinheit, sondern an Personen in leitender Stellung bei einer oder einem Beaufsichtigten und damit an einen spezifischen Berufsstand, welcher durch die Sanktionsandrohung zu einer im Sinne des Aufsichtsrechts korrekten Berufsausübung angehalten werden soll (Hsu/Bahar/Flühmann, a.a.O., N. 5 ff. zu Art. 33 FINMAG; zur vom

Gesetzgeber ausdrücklich beabsichtigten Durchbrechung des Prinzips der Institutsaufsicht für den Geltungsbereich von Art. 33 FINMAG anstatt vieler Hsu/Bahar/Flühmann, a.a.O., N. 9 zu Art. 33 FINMAG; widersprüchlich Niggli/Maeder, Das Enforcementverfahren der Finanzmarktaufsicht [FINMA], Strafprozessuale Garantien im Verwaltungsrecht, Jusletter 7. März 2016 Rz. 12, 16, 49; zur Entstehungsgeschichte von Art. 33 FINMAG vgl. insbesondere den Expertenbericht Zimmerli, S. 13 f., S. 22 f., S. 33 f.). Nicht in Abrede zu stellen ist, dass selbst ein zeitlich befristetes Berufsausübungsverbot die freie Berufswahl des vom Verbot Betroffenen empfindlich zu tangieren vermag; diese Verringerung der Berufswahlmöglichkeiten qualifiziert jedoch hinsichtlich ihrer Art und Schwere vorab als eine polizeirechtlich motivierte und zeitlich limitierte Einschränkung der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 in Verbindung mit Art. 36 BV; BGE 135 I 130 E. 4.2 S. 135; BGE 130 I 26 E. 4.1 S. 40 f.) und nicht als eine Vergeltung begangenen Unrechts (Urteil des EGMR vom 19. Februar 2013 Müller-Hartburg gegen Österreich [Nr. 47195/06], § 48; Urteile 2C_344/2007 vom 22. Mai 2008 E. 1.3; 2C_407/2008 vom 23. Oktober 2008 E. 3.5; ebenso Uhlmann, a.a.O., S. 442, S. 446; a.A. Braidì, a.a.O., S. 216 ff., Graf, a.a.O., S. 1202 f.; Niggli/Maeder, a.a.O., N. 46 ff.). Unter diesem Aspekt erweist sich das von der FINMA gegen bei einer Beaufsichtigten in leitender Stellung tätige Personen verhängte Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG als identisch mit einem zeitlich beschränkten Berufsausübungsverbot, welches die Aufsichtskommission aus Gründen des Publikumsschutzes und zur Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (BGE 139 II 173 E. 1 S. 179; BGE 125 I 417 E. 5a S. 426; BGE 123 I 12 E. 2c/aa S. 16 f.) als Disziplinar-massnahme gegen eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt aussprechen kann (Art. 17 Abs. 1 lit. d BGFA [SR 935.61]), und unterscheidet sich substantiell von Sanktionen, welche unter Einschränkung der persön-

lichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) die Sicherstellung eines Anstaltsbetriebs bzw. die Aufrechterhaltung einer Hausordnung bezwecken (jedoch ebenfalls als Disziplinar massnahmen qualifizieren, BGE 125 I 104 E. 3 S. 109 ff.). Gilt das Verfahren auf Erlass eines Berufsverbots im Sinne von Art. 33 FINMAG nicht als eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II, finden die aus diesen Bestimmungen abgeleiteten Garantien (oben E. 3.3) keine Anwendung. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

(...)

Anforderungen an die Gewähr bei DUFI

URTEIL des Bundesgerichts 2C_894/2014 vom 18. Februar 2016

Anforderungen an die Gewähr bei direkt der FINMA unterstellten Finanzintermediären (Art. 14 Abs. 2 lit. c GwG) und die Rechtsfolgen beim Entzug der Bewilligung durch die FINMA (Art. 20 GwG).

1. Die Gewährsanforderung nach Art. 14 Abs. 2 lit. c GwG bezieht sich auf die «Erfüllung der Pflichten nach diesem Gesetz», also des GwG. Anders als die Banken- und Börsengesetzgebung, die in erster Linie dem Kunden- bzw. Anlegerschutz dienen, bezweckt das GwG primär die Bekämpfung der Geldwäscherei. Die Verletzung anderer finanzmarktrechtlicher Bestimmungen stellen die Gewährsanforderung nach GwG nur bei Rechtsverstössen von einer gewissen Schwere in Frage (E. 6.4).
 2. Wird keine oder eine bloss untergeordnete Tätigkeit als Finanzintermediär ausgeübt, hat ein Entzug der DUFI-Bewilligung durch die FINMA entgegen dem Wortlaut von Art. 20 GwG nicht zwingend die Auflösung bzw. Liquidation des Finanzintermediärs zur Folge (E. 6.7).
-

Garantie d'une activité irréprochable pour les intermédiaires financiers directement soumis à la surveillance de la FINMA (art. 14 al. 2 let. c LBA) et conséquences juridiques du retrait de l'autorisation par la FINMA (art. 20 LBA).

1. La garantie d'une activité irréprochable selon l'art. 14 al. 2 let. c LBA se rapporte au fait de « respecter les obligations découlant de la présente loi », donc de la LBA. Contrairement aux lois sur les bourses et les banques qui visent en premier lieu la protection des clients et des investisseurs, la LBA a comme principal objectif la lutte contre le blanchiment d'argent. La violation d'autres dispositions du droit des marchés financiers ne remet en cause la garantie d'une activité irréprochable selon la LBA qu'en cas d'infractions graves (consid. 6.4).
 2. Si aucune activité d'intermédiation financière n'est exercée ou que celle-ci est minime, le retrait par la FINMA de l'autorisation en tant qu'IFDS n'entraîne pas obligatoirement, contrairement à ce que préconise l'art. 20 LBA, la dissolution ou la liquidation de l'intermédiaire financier (consid. 6.7).
-

Requisiti per la garanzia di un'attività irreprensibile degli intermediari finanziari direttamente sottoposti alla FINMA (art. 14 cpv. 2 lett. c LRD) e conseguenze giuridiche della revoca dell'autorizzazione da parte della FINMA (art. 20 LRD).

1. Il requisito della garanzia di un'attività irreprensibile secondo l'art. 14 cpv. 2 lett. c LRD si riferisce «all'osservanza degli obblighi derivanti dalla presente legge», vale a dire della LRD. Diversamente dalla legge sulle banche e dalla legge sulle borse, che perseguono in primo luogo la protezione dei clienti e degli investitori, lo scopo primario della LRD è la lotta contro il riciclaggio di denaro. La violazione di altre disposizioni delle leggi sui mercati finanziari mette in discussione il requisito della garanzia di un'attività irreprensibile ai sensi della LRD solo nel caso di violazioni di una certa gravità (consid. 6.4).
 2. Se non viene svolta alcuna attività di intermediario finanziario oppure se l'attività svolta è accessoria, contrariamente a quanto previsto nell'art. 20 LRD, la revoca dell'autorizzazione a operare come IFDS da parte della FINMA non comporta imperativamente lo scioglimento o la liquidazione dell'intermediario finanziario (consid. 6.7).
-

Zusammenfassung des Sachverhalts

Die A._____AG wurde am 12. Juni 2009 im Handelsregister des Kantons Zug eingetragen. Sie erhielt am 1. September 2010 von der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA die Bewilligung als direkt unterstellte Finanzintermediärin (im Folgenden auch «DUFI-Bewilligung») nach Art. 2 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG, SR 955.0). Sie ist als Vermögensverwalterin von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen tätig und verwaltet den D._____Fund und den E._____Fund, beide Subfonds des International A.I. Platform Fund mit Sitz in Singapur, sowie den F._____Fund mit Sitz auf den Cayman Islands. Diese Fonds verfügen über keine Genehmigung der FINMA zum öffentlichen Vertrieb in der Schweiz. Die B._____AG mit Sitz im Kanton Zug ist ebenfalls eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der A._____AG. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt sie den Erwerb, das Halten und die Verwaltung von Beteiligungen im In- und Ausland. Sie ist weder einer anerkannten Selbstregulierungsorganisation angeschlossen noch verfügt sie über eine Bewilligung der FINMA. C._____ ist Geschäftsführer und Präsident des Verwaltungsrats der A._____AG. Er war Geschäftsführer und Verwaltungsratsmitglied mit Einzelunterschrift sowie GwG-Verantwortlicher der H._____ Zweigniederlassung.

Mit Schreiben vom 28. September 2012 bzw. 4. Februar 2013 teilte die FINMA der A._____AG, der B._____AG sowie C._____ mit, dass sie ein eingreifendes Verwaltungsverfahren eröffnet habe. Im Zusammenhang mit den Abklärungen insbesondere bezüglich allenfalls unzulässiger öffentlicher Werbung für ausländische Fonds sowie der Untersuchung der britischen Aufsichtsbehörde Financial Services Authority FSA betreffend mutmasslicher Marktmanipulationen seien bei ihr Zweifel entstanden, ob

die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung des DUFI-Status der A._____AG noch gegeben seien. In der Folge stellte die FINMA verschiedene schriftliche Fragen, verlangte Unterlagen ein und führte eine Parteieinvernahme mit C._____ durch.

Mit Verfügung vom 19. April 2013 stellte die FINMA fest, dass die A._____AG ohne Bewilligung bzw. Genehmigung öffentlich Werbung für ausländische kollektive Kapitalanlagen betrieben und damit gegen das Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG, SR 951.31) verstossen habe (Ziff. 1a des Dispositivs) und dass sie die Gewährserfordernis und damit die Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 14 Abs. 2 GwG für eine Bewilligung als Finanzintermediärin nicht mehr erfülle (Ziff. 1b des Dispositivs). Die B._____AG habe ohne Bewilligung den Begriff Bank verwendet und ohne Bewilligung bzw. Genehmigung öffentlich Werbung für ausländische kollektive Kapitalanlagen betrieben und damit gegen das Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG, SR 952.0) und gegen das Kollektivanlagengesetz verstossen (Ziffer 2 des Dispositivs). C._____ habe aufgrund seines massgeblichen Beitrags zur Tätigkeit der A._____AG und der B._____AG ohne Bewilligung den Begriff Bank verwendet und ohne Bewilligung bzw. Genehmigung öffentlich Werbung für ausländische kollektive Kapitalanlagen betrieben und damit gegen das Bankengesetz und das Kollektivanlagengesetz verstossen (Ziffer 3 des Dispositivs). Gestützt auf diese Feststellungen entzog die FINMA der A._____AG die Bewilligung zur Ausübung einer finanzintermediären Tätigkeit und ordnete unter anderem ihre Auflösung und Liquidation an (Ziffern 4-6 des Dispositivs). Gegen diese Verfügung erhoben die A._____AG, die B._____AG sowie C._____ mit gemeinsamer Eingabe vom 25. April/22. Mai 2013 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

Mit Urteil vom 28. August 2014 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten war.

Gegen dieses Urteil erhoben die A._____AG (Beschwerdeführerin 1), die B._____AG (Beschwerdeführerin 2) sowie C._____ (Beschwerdeführer 3) am 26. September 2014 gemeinsam Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht.

Aus den Erwägungen

(...)

6. Beschwerdeführerin 1: Entzug der Bewilligung als Finanzintermediärin, Auflösung und Liquidation

6.1. Die Vorinstanz stützt die Auflösung und Liquidation der Beschwerdeführerin 1 nicht auf das KAG, namentlich nicht auf dessen Art. 134 (in der Fassung vom 22. Juni 2007), sondern auf das GwG: Der Beschwerdeführerin 1 sei wegen der von ihr und dem Beschwerdeführer 3 begangenen Verstösse gegen das KAG und das BankG die Bewilligung als direkt unterstellte Finanzintermediärin zu entziehen. Der Entzug der Bewilligung bewirke gemäss Art. 20 GwG eo ipso die Auflösung der Beschwerdeführerin 1.

6.2. Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen, gelten als Finanzintermediäre (Art. 2 Abs. 3 GwG) und bedürfen einer Bewilligung der FINMA, wenn sie nicht einer anerkannten Selbstregulierungsorganisation angeschlossen sind (Art. 14 Abs. 1 GwG). Die Bewilligung setzt unter anderem voraus, dass die mit der Verwaltung und Geschäftsführung des Finanzintermediärs betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für die Erfüllung der Pflichten nach diesem Gesetz bieten (Art. 14 Abs. 2 lit. c GwG). Die FINMA

entzieht die Bewilligung, wenn der Inhaber die Voraussetzungen für die Tätigkeit nicht mehr erfüllt oder aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt (Art. 37 Abs. 1 FINMAG).

6.3. Dem Beschwerdeführer 3 werden keine Verstösse gegen das GwG vorgeworfen. Zwar erging gegen ihn am 12. Februar 2008 ein Sanktionsentscheid des Vereins zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (VQF), doch wurde der Beschwerdeführerin 1 trotzdem am 1. September 2010 die DUFI-Bewilligung erteilt und seither wurden keine weiteren Verstösse gegen das GwG festgestellt. Der Sanktionsentscheid aus dem Jahre 2008 kann daher nicht zum Entzug der Bewilligung führen. Die Vorinstanz geht indessen davon aus, dass die Gewährsanforderungen zwar im Lichte der spezifischen rechtlichen Pflichten eines Finanzintermediärs zu prüfen sind, dass aber nicht nur Widerhandlungen gegen Bestimmungen des GwG zu einem Bewilligungsentzug führen könnten, sondern auch Verstösse gegen andere Gesetze, namentlich aus dem Finanzmarktbereich (E. 6.2 des angefochtenen Entscheids). Das Bundesverwaltungsgericht erwog, der Beschwerdeführer 3 erfülle aufgrund der festgestellten Verstösse gegen das KAG und das BankG die Gewährsanforderung gemäss Art. 14 Abs. 2 lit. c GwG nicht mehr. Aus dem Umstand, dass seit dem Sanktionsentscheid vom 12. Februar 2008 keine Verstösse gegen das GwG fest-

gestellt worden seien, könne daher nichts zu seinen Gunsten abgeleitet werden, zumal die Beschwerdeführerin 1 in den letzten Jahren offenbar überhaupt keine GwG-relevante Tätigkeit ausgeübt habe (E. 6.3 des angefochtenen Entscheids). Nachdem die FINMA bereits vor der Erteilung der Bewilligung zweimal die Website der Beschwerdeführerin beanstandet habe und in der Folge der Disclaimer angepasst worden sei, habe die FINMA offenbar noch geglaubt, es habe sich um versehentliche Verstösse gehandelt und die Beschwerdeführerin 1 werde sich künftig an die Vorschriften halten. Nachdem die Beschwerdeführerin 1 im April 2011 ihre Website erneut abgeändert habe, habe die FINMA erkannt, dass diese Annahme wohl unzutreffend gewesen sei. Es sei nachvollziehbar, wenn die FINMA aufgrund der erneuten Verstösse schliesslich zur Auffassung gelangt sei, der Beschwerdeführer 3 sei offenbar unbelehrbar. Es falle schwer, die weiteren Verstösse nach dem März 2010 noch mit der Annahme eines guten Willens seitens des Beschwerdeführers 3 zu vereinbaren, doch könne offen bleiben, ob die in Frage stehenden Verstösse gegen das Bankengesetz und das KAG auf mangelnde Fachkenntnis, ungenügende Einsicht oder fehlenden Willen zurückzuführen sei, denn die Gewähr bedinge sowohl eine fachliche wie auch eine charakterliche Komponente. Es sei nicht zu beanstanden, wenn die FINMA zum Schluss gekommen sei, der Beschwerdeführer 3 erfülle die Gewährsanforderungen an ein Organ eines Finanzintermediärs nicht mehr (E. 6.4-6.6 des angefochtenen Entscheids). Der Beschwerdeführer 3 sei Geschäftsführer, Präsident des Verwaltungsrats und Mehrheitsaktionär der Beschwerdeführerin 1; er habe keine Vorschläge gemacht, wie er in seinen Funktionen durch einen geeigneteren Gewährsträger ersetzt werden könnte, so dass kein milderes Mittel zur Verfügung stehe. Die Beschwerdeführerin 1 erfülle daher die Bewilligungsvoraussetzungen an einen direkt unterstellten Finanzintermediär nicht, weshalb ihr die Bewilligung zu entziehen sei (E. 7.2 des angefochtenen Entscheids).

6.4. Die Vorinstanz stützt ihre Auffassung, wonach die Gewährsvoraussetzung auch auf die Einhaltung anderer Gesetze als des GwG Bezug nimmt, hauptsächlich auf Literatur und Judikatur zum Banken- und Börsenrecht. Der dort massgebende Gesetzestext verlangt «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG; Art. 10 Abs. 2 lit. d des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel [Börsengesetz, BEHG, SR 954.1]). Nach der Rechtsprechung verlangt diese Gewährsanforderung nicht nur die Einhaltung der entsprechenden Gesetze, sondern generell die Einhaltung der Rechtsordnung (BGE 111 Ib 126 E. 2a S. 127 f.; 108 Ib 196 E. 2b S. 201 f. und 3c S. 204; Urteile 2A.261/2004 vom 27. Mai 2004 E. 1; 2A.565/2002 vom 2. April 2003 E. 5.2.1; 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 E. 5, EBK-Bulletin 2000 S. 37). Demgegenüber bezieht sich die Gewährsanforderung nach Art. 14 Abs. 2 lit. c GwG auf die «Erfüllung der Pflichten nach diesem Gesetz», also des GwG («présenter toutes garanties de respecter les obligations découlant de la présente loi», «offrono la garanzia dell'osservanza degli obblighi derivanti dalla presente legge»). Angesichts dieses klaren Wortlauts kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Gewährsanforderung im GwG gleich auszulegen sei wie im Banken- und Börsenrecht bzw. dass die Verletzung anderer finanzmarktrechtlicher Bestimmungen die Gewährsanforderung nach GwG in Frage stellt. Eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt sich auch in der Sache aufgrund der unterschiedlichen Gesetzeszwecke: Banken- und Börsengesetzgebung bezwecken in erster Linie den Kunden- bzw. Anlegerschutz, das GwG hingegen primär die Bekämpfung der Geldwäscherei (vgl. BGE 129 II 438 E. 3.3.1 S. 444), jedenfalls bei den Finanzintermediären nach Art. 2 Abs. 3 GwG (vgl. BBl 1996 III 1135; Urteil 2A.91/2005 vom 9. Februar 2006 E. 6.2.2, EBK-Bulletin 2006 S. 36). Zwar kann eine Verletzung anderer Vorschriften als des GwG

die Eignung einer Person zur Einhaltung der Rechtsordnung in Frage stellen, doch bedarf es dazu einer gewissen Schwere des Rechtsverstosses. So wurde in BGE 129 II 438 die Einhaltung der Gewährsanforderungen nach Art. 14 Abs. 2 lit. c GwG verneint bei einem Beschwerdeführer, der wiederholt zu Gefängnisstrafen und Bussen verurteilt worden war wegen schwerer und einfacher Körperverletzung, Vergehens gegen das AHV-Gesetz, Missbrauchs von Ausweisen und Schildern, Hausfriedensbruchs und verbotenen Waffentragens (E. 3.3.2). Diese Verstösse und das während des Bewilligungsverfahrens an den Tag gelegte Verhalten zeigten, dass er nicht gewillt oder fähig war, den sich aus dem Geldwäschereigesetz ergebenden Pflichten bzw. den entsprechenden Anordnungen der Aufsichtsbehörde nachzukommen (E. 3.3.3). Selbst im Bereich der Bankenaufsicht können nicht jegliche geringfügige Verfehlungen die Gewähr tangieren, sondern nur Verletzungen von einem gewissen Gewicht (Urteil 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 E. 5b). Deshalb kann auch im Rahmen der rein geldwäschereibezogenen Aufsicht über die Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG nicht jede Zuwiderhandlung gegen ein anderes Finanzmarktgesetz zum Entzug der DUFI-Bewilligung führen. Vielmehr sind Rechtsverstösse von einer gewissen Schwere erforderlich, um den Schluss zuzulassen, die Gewähr für die Einhaltung des GwG sei nicht mehr erfüllt.

6.5. In diesem Lichte und auf der Grundlage des massgebenden Sachverhalts (...) sind die von der Vorinstanz gegen die Beschwerdeführerin 1 und den Beschwerdeführer 3 erhobenen Vorwürfe zu relativieren:

6.5.1. In Bezug auf die Werbung für kollektive Kapitalanlagen ist daran zu erinnern, dass die bloss Missachtung des FINMA-Rundschreibens per sei noch nicht rechtswidrig ist (...). Die FINMA hat im September 2009, am 22. März 2010 und am 17. Mai

2010 Anpassungen an der Website der Beschwerdeführerin 1 angeordnet, welche jeweils vorgenommen wurden. Am 21. Juni 2010 stellte die FINMA fest, der Disclaimer sei nun angepasst und mit dem FINMA-RS 2008/8 konform. Am 1. September 2010 erteilte die FINMA in Kenntnis dieser Umstände der Beschwerdeführerin 1 die DUFI-Bewilligung. Für den Entzug der Bewilligung kann also nicht derjenige Sachverhalt herangezogen werden, der sich vorher ereignet hatte, namentlich nicht der Umstand, dass es mehrerer Aufforderungen bedurfte bis zur Herstellung des konformen Zustands.

6.5.2. Die Vorinstanz hat denn auch nicht darauf abgestellt, sondern darauf, dass die Beschwerdeführerin 1 «im April 2011 ihre Website erneut abgeändert» habe. Wenn dies zutrifft, wäre der Vorwurf, der Beschwerdeführer sei unbelehrbar (vgl. E. 6.3), begründet und läge ein erheblicher Rechtsverstoss vor, welcher den Entzug der DUFI-Bewilligung rechtfertigen würde (vorne E. 6.4, am Ende). Der Vorwurf findet jedoch in dem von der Vorinstanz festgestellten (bzw. bloss wiedergegebenen) Sachverhalt keine Stütze: Die FINMA hat am 11. April 2011 nur festgestellt, der Disclaimer entspreche nicht (mehr) den Anforderungen des FINMA-RS 2008/8, indem der Disclaimer habe umgangen werden können. Aus dem von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt geht jedoch nicht hervor, dass die Beschwerdeführerin 1 nachträglich die Website abgeändert hat. Ebenso gut ist denkbar, dass der am 21. Juni 2010 als konform beurteilte Disclaimer unverändert geblieben ist, aber die FINMA nachträglich festgestellt hat, dass er dennoch umgangen werden konnte. In diesem Fall könnte nicht von einem Verstoss von hinreichender Schwere gesprochen werden, der die Gewährung des «guten Rufs» im Sinne von Art. 14 Abs. 2 lit. c GwG in Frage stellen würde.

6.5.3. Die dem Beschwerdeführer 3 vorgeworfenen Verstösse gegen das Bankengesetz stehen hingegen als solche fest (...). Sie zeigen auf, dass der Beschwerdeführer 3 die Vorschrift von Art. 1 Abs. 4 BankG offenbar nicht kannte oder nicht beachtete. Die Verwendung der Website mit dem unzulässigen Begriff «Bank» wurde aber nur für die Monate November 2011 bis Januar 2012 festgestellt, worauf sie auf erste Aufforderung der FINMA hin angepasst wurde (...). In Bezug auf die Verwendung der Visitenkarte ist ein einziger Fall festgestellt (...). Damit liegt zwar ein Verstoß gegen die Bankengesetzgebung vor, dieser ist aber für sich allein zu geringfügig, um die gesetzliche Gewährsanforderung zu verneinen.

6.6. Insgesamt erweist sich damit die sachverhaltliche Grundlage, ob der Beschwerdeführer die Gewährsanforderungen nicht (mehr) erfüllt, als unvollständig. Dies ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache rechtserheblich, weshalb die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist zur Abklärung, ob die Beschwerdeführer 1 bzw. 3 selber ihre Website (...) nachträglich geändert haben. Wenn ja, würde dies – zusammen mit den Verstößen gegen die Bankengesetzgebung (vorne E. 6.5.3) – genügen, um die Gewährsanforderung im Sinne von Art. 14 Abs. 2 lit. c GwG zu verneinen. Wenn nein, läge keine hinreichend schwere Verletzung der Gewährsanforderung vor, die es rechtfertigen würde, die DUFI-Bewilligung zu entziehen.

6.7. In Bezug auf die Auflösung und Liquidation der Beschwerdeführerin 1 ist zudem folgendes zu bemerken:

6.7.1. Die Vorinstanz geht davon aus, dass der Entzug der Bewilligung als direkt unterstellter Finanzintermediär (DUFI) automatisch die Auflösung der juristischen Person zur Folge hat. Das entspricht

in der Tat dem Wortlaut von Art. 20 GwG (in der Fassung vom 22. Juni 2007). Allerdings bestehen erhebliche Zweifel, ob das dem wahren Willen des Gesetzes bzw. des Gesetzgebers entspricht. In der ursprünglichen Fassung des Gesetzes (AS 1998 892) lautete Art. 20 Abs. 2 GwG wie folgt:

«Wird die Bewilligung einer juristischen Person, einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder einer Einzelfirma entzogen, welche vorwiegend als Finanzintermediär tätig ist, so ordnet die Kontrollstelle die Auflösung, bei Einzelfirmen die Löschung im Handelsregister an.»

Die einschränkende Voraussetzung «welche vorwiegend als Finanzintermediär tätig ist» drückte aus, dass es unverhältnismässig wäre, eine Gesellschaft wegen Verletzung von Geldwäschereivorschriften zu liquidieren, wenn die Tätigkeit als Finanzintermediärin nur einen untergeordneten Teil ihrer Aktivität darstellt (BBl 1996 III 1143; De Capitani, a.a.O., S. 1122 GwG 20 N. 12).

6.7.2. Die heutige Fassung von Art. 20 GwG, welche diese Voraussetzung nicht mehr enthält, erging im Zusammenhang mit dem FINMAG. Weder in der Botschaft (BBl 2006 2909 f., 2956) noch in der parlamentarischen Beratung (Amtl. Bull. 2007 N 97 f.; 2007 S 415) wurde diese Änderung begründet oder kommentiert. Es ist nicht leichthin anzunehmen, dass mit einer neuen Rechtsnorm die prägenden Grundsätze der schweizerischen Verfassungsordnung – wie namentlich jener der Verhältnismässigkeit (Art. 5 BV) – verdrängt werden soll (BGE 139 I 16 E. 4.2.2 S. 24 f., 4.3.2, 4.3.3 S. 26 f.). Art. 20 GwG ist daher im Sinne einer teleologischen Reduktion (vgl. dazu BGE 140 I 305 E. 6.2 S. 311) auszulegen: Wird keine oder eine bloss untergeordnete Tätigkeit als Finanzin-

termediär ausgeübt, hat ein Entzug der DUFI-Bewilligung durch die FINMA bei juristischen Personen und Kollektiv- und Kommanditgesellschaften nicht deren Auflösung/Liquidation (bzw. bei Einzelfirmen deren Löschung im Handelsregister) zur Folge.

6.7.3. Vorliegend hat die Vorinstanz festgestellt, die Beschwerdeführerin 1 habe «in den letzten Jahren offenbar überhaupt keine GwG-relevante Tätigkeit ausgeübt» (E. 6.3 des angefochtenen Urteils). Wenn das zutreffen sollte, würde – nach der soeben vorgenommenen Auslegung von Art. 20 GwG – ein Entzug der DUFI-Bewilligung durch die FINMA eben gerade nicht die Auflösung/Liquidation der Beschwerdeführerin 1 zur Folge haben, selbst dann nicht, wenn sich dieser Bewilligungsentzug als rechtmässig erweisen würde.

Allerdings bestehen erhebliche Zweifel, ob die eingangs genannte Annahme der Vorinstanz zutrifft. In Rz. 69 ihrer Verfügung vom 19. April 2013 (...) stellte die FINMA u.a. fest:

«Die A. _____ betreibt neben ihrer finanzintermediären Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG keine andere Geschäftstätigkeit».

Aus diesem Grunde hat die Vorinstanz nun zunächst zu entscheiden, ob sich – nach den vorzunehmenden ergänzenden Abklärungen (vorne E. 6.6) – ein Entzug der DUFI-Bewilligung als begründet erweist. Anschliessend wird zu prüfen sein, in welchem Umfang eine finanzintermediäre Tätigkeit ausgeübt wurde. War sie erheblich, ist auch die Auflösung bzw. Liquidation der Beschwerdeführerin 1 rechtmässig.

6.8. Die Beschwerde ist daher begründet, soweit sie sich dagegen richtet, dass das angefochtene Urteil die Bewilligungsvoraussetzungen der Beschwerdeführerin 1 nach Art. 14 GwG verneint, ihre Bewilligung entzieht und sie auflöst und in Liquidation versetzt (Ziff. 1 lit. b und Ziff. 4-11 der Verfügung vom 19. April 2013). Die Sache ist an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 BGG), damit dieses nach den Vorgaben von E. 6.6 und E. 6.7.3 des vorliegenden Urteils vorgeht.

(...)

Dispositiv

Absence de la qualité pour recourir après acceptation d'une nouvelle police

ARRÊT du Tribunal administratif fédéral B-42/2013 du 25 novembre 2015

Adaptations de prime suite à un transfert de portefeuille dans le cadre de la faillite d'un assureur ; conditions à la qualité pour recourir des assurés dans l'assurance-maladie complémentaire (art. 51 al. 2 let. d LSA, art. 62 al. 2 LSA; art. 37 al. 1 LCA et art. 48 al. 1 PA).

Si la FINMA ordonne, suite à la faillite d'un assureur, un transfert de portefeuille et que les assurés auprès d'une assurance-maladie complémentaire ne font pas usage de leur droit de résiliation extraordinaire après avoir reçu de l'entreprise d'assurance reprenneuse leur nouvelle police, ces derniers ne sont pas autorisés à contester les augmentations de prime qui s'ensuivent (consid. 2).

Prämienanpassungen nach einer Bestandesübertragung im Konkurs des Versicherers, Voraussetzungen für die Beschwerdelegitimation der Versicherten in der Krankenzusatzversicherung (Art. 51 Abs. 2 Bst. d VAG, Art. 62 Abs. 2 VAG, Art. 37 Abs. 1 VVG und Art. 48 Abs. 1 VwVG).

Ordnet die FINMA im Konkursfall der Versicherers eine Bestandesübertragung an und machen Krankenzusatzversicherte nach Erhalt der neuen Police des übernehmenden Versicherungsunternehmens von ihrem ausserordentlichen Kündigungsrecht nicht Gebrauch, sind sie nicht berechtigt, damit verbundene Prämien erhöhungen anzufechten (E. 2).

Adeguamento dei premi in seguito al trasferimento del portafoglio in caso di fallimento dell'assicuratore; requisiti per la legittimazione a ricorrere degli assicurati nell'assicurazione malattie complementare (art. 51 cpv. 2 lett. d LSA, art. 62 cpv. 2 LSA, art. 37 cpv. 1 LSA e art. 48 cpv. 1 PA).

Se, in caso di fallimento dell'assicuratore, la FINMA ordina il trasferimento del portafoglio e gli assicurati di un'assicurazione malattie complementare non si avvalgono del diritto di disdetta straordinario dopo aver ricevuto la nuova polizza dall'impresa di assicurazione assuntrice, essi non sono autorizzati a contestare susseguenti aumenti di premi ivi connessi (consid. 2).

Résumé des faits

Par décision du (...) 2012, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) a décidé de l'ouverture de la faillite de Z._____ SA. Elle a par ailleurs ordonné le transfert à Y._____ SA de la totalité du portefeuille d'assurance de Z._____ SA accompagnée de la fortune liée y afférente telle qu'augmentée au ch. 1 du dispositif de la décision. Les modalités du transfert ont été notamment définies comme suit au ch. 5 du dispositif de la décision :

- (...) Modifications des contrats transférés : les contrats existants auprès de Z._____ sont transférés à Y._____ SA. Si nécessaire, certains assurés de Z._____ SA bénéficieront auprès d'Y._____ SA d'un nouveau contrat avec des prestations d'assurance équivalentes. Une modification appropriée des primes et prestations, notamment par le biais d'un changement de la tarification (de l'âge d'entrée vers l'âge réel), peut intervenir, du moment qu'elle permet le bon déroulement du transfert et la pérennité d'Y._____.
- (...) Droit de résiliation : un droit de résiliation extraordinaire jusqu'au (...) est accordé aux preneurs d'assurance de Z._____ SA. (...)

Le (...) 2012, la FINMA a publié un communiqué de presse informant de l'ouverture de la faillite de Z._____ SA ainsi que du transfert du portefeuille. Elle y a notamment indiqué que le transfert de l'ensemble des preneurs d'assurance de Z._____ SA à Y._____ SA garantissait qu'aucun des assurés ne perde sa couverture d'assurance.

Selon sa police d'assurance valable pour l'année 2012, X._____ (ci-après : la recourante) avait en particulier souscrit, auprès de Z._____ SA, le produit A._____ (hospitalisation en division privée ou en clinique [...]). Elle a reçu une police d'assurance d'Y._____ SA datée du 3 décembre 2012 comprenant entre autres le produit B._____ (assurance complémentaire pour l'hospitalisation en division privée ou clinique [...]). La prime mensuelle relative à l'assurance A._____ auprès de Z._____ SA en 2012 s'élevait à 205 CHF ; celle de l'assurance B._____ auprès d'Y._____ SA se montait, selon la police pour l'année 2013, à 379.90 CHF.

Par écritures du 4 janvier 2013, mises à la poste le même jour, la recourante a déposé un recours auprès du Tribunal administratif fédéral.

Extrait des considérants

1.

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

l'autorité inférieure ayant conduit à une augmentation selon elle discriminatoire des primes de son assurance hospitalisation, elle est atteinte dans ses droits. Elle en déduit un intérêt digne de protection à leur annulation ou à leur modification.

2.

Sur la question de sa qualité pour recourir, la recourante estime qu'en raison des décisions prises par

Quant à l'autorité inférieure, elle est d'avis que la recourante doit être considérée comme une tierce personne n'ayant pas d'intérêt à l'annulation de la décision du (...) 2012. Elle affirme que la recourante

n'a pas pris part à la procédure devant elle, n'ayant en outre pas été privée de la possibilité de le faire. Elle explique que la décision a été rendue dans le cadre de la surveillance qu'elle exerce visant à protéger les assurés dans leur ensemble et non pas de manière individuelle. Selon elle, les assurés bénéficient de manière indirecte de la procédure de surveillance par l'environnement commercial que l'assujetti est tenu de créer et de maintenir. Elle souligne que la loi ne prévoit pas la participation des assurés à la procédure de surveillance, ajoutant que la recourante n'est pas destinataire de la décision et n'aurait pas dû l'être, intervenant dans la procédure de recours en tant que tierce personne. Elle estime que la recourante ne possède pas d'intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision car c'est justement le prononcé du transfert qui lui procure un avantage considérable alors que son annulation la priverait d'une couverture d'assurance-maladie complémentaire. Elle rappelle que le transfert a été ordonné dans le but d'éviter que les contrats d'assurance prennent fin quatre semaines après la publication de la faillite conformément à l'art. 37 LCA.

De son côté, l'intimée déclare que la recourante n'était pas partie à la procédure, qu'elle n'est touchée qu'indirectement par la décision et qu'elle ne remplit pas les conditions de l'art. 48 PA.

2.1 La qualité pour recourir est reconnue à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (art. 48 al. 1 let. a PA), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Ces conditions se présentent de manière cumulative (cf. Isabelle Häner, in : Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, art. 48 n° 3). L'art. 48 PA permet également de déterminer la qualité de partie au sens de l'art. 6

PA puisque cette norme prescrit que les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision ont qualité de parties (cf. arrêt du TF 2C_762/2010 du 2 février 2011 consid. 4.1).

La jurisprudence rendue en application de l'art. 48 al. 1 PA considère comme intérêt digne de protection tout intérêt pratique ou juridique à demander la modification ou l'annulation de la décision attaquée que peut faire valoir une personne atteinte par cette dernière. L'intérêt digne de protection consiste ainsi en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant en lui procurant un avantage de nature économique, matérielle, idéale ou autre, ou en lui évitant de subir un tel préjudice que la décision attaquée lui occasionnerait. Il implique que le recourant soit touché de manière directe, concrète et dans une mesure et avec une intensité plus grandes que l'ensemble des administrés. L'intérêt invoqué – qui n'est pas nécessairement un intérêt juridiquement protégé mais qui peut être un intérêt de fait – doit se trouver, avec l'objet de la contestation, dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération au regard du droit fédéral déterminant (cf. ATF 138 II 162 consid. 2.1.2 ; 137 II 40 consid. 2.3 ; 133 II 468 consid. 1) ; tel ne sera pas le cas de celui qui n'est atteint que de manière indirecte ou médiate (cf. ATF 133 V 239 consid. 6.2). Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt de la loi ou d'un tiers est en revanche irrecevable. Ces exigences ont été posées de manière à empêcher l'action populaire dans le domaine de la juridiction administrative fédérale quand un particulier conteste une autorisation donnée à un autre administré. Enfin, à moins de circonstances spéciales, la qualité pour recourir suppose l'existence d'un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (cf. ATF 131 II 649 consid. 3.1 ; 121 II

39 consid. 2c/aa). La jurisprudence, comme la doctrine, exige de manière assez stricte la présence d'un intérêt propre et direct lorsqu'un tiers désire recourir contre une décision dont il n'est pas le destinataire (cf. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., 1983, p. 158-159 ; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3e éd., 2013, nos 952 ss). Les circonstances concrètes du cas particulier s'avèrent essentielles s'agissant de déterminer s'il existe un intérêt digne de protection (cf. décision partielle du TAF C-2461/2013 du 29 janvier 2014 consid. 2.3).

Dans la jurisprudence rendue en matière de surveillance des banques et des marchés financiers, le Tribunal fédéral a souligné que la qualité d'investisseur ou de client d'une banque ne suffisait pas à conférer automatiquement la qualité de partie ; bien plus, l'intéressé doit au moins rendre vraisemblable que ses droits d'investisseur ou de client sont concrètement mis en danger ou ont été violés et, partant, qu'il a un intérêt digne de protection à ce que les mesures sollicitées soient ordonnées (cf. ATF 139 II 279 consid. 2.3 et les réf. cit.). Les principes découlant de cette jurisprudence, rendue en matière bancaire, trouvent également à s'appliquer dans les autres domaines de surveillance de la FINMA au nombre desquels figure la surveillance des assurances privées (cf. Stephan Fuhrer, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts (32), REAS 2013 p. 252).

2.2 En l'espèce, la recourante se plaint que la prime relative à son assurance complémentaire d'hospitalisation soit passée de 205 CHF chez Z._____ SA à 379.90 CHF chez Y._____ SA. Sa qualité d'assurée auprès de Z._____ SA précédemment puis d'Y._____ SA ne suffit pas à lui conférer la qualité de partie ; encore faut-il que ses droits d'assurée aient été concrètement mis en danger ou aient été

violés de sorte à lui reconnaître un intérêt digne de protection. Pour cela, il convient de se pencher sur les circonstances concrètes de l'affaire, en particulier sur le contenu de la décision et sur le contexte dans lequel elle a été rendue.

À cet égard, il ressort de l'ensemble des faits établis que la FINMA a tout d'abord constaté qu'un surendettement avéré affectait Z._____ SA. Elle a en outre exposé que, pour différentes raisons, son assainissement ne se présentait pas comme une perspective envisageable. Conformément à l'art. 53 al. 1 LSA, le prononcé de sa faillite s'imposait alors. Or, le constat de surendettement de Z._____ SA ainsi que la nécessité de sa mise en faillite ne s'avèrent pas contestés par la recourante dans le cadre de la présente procédure. Dans une telle situation, le sort des assurés se voit réglé par l'art. 37 LCA : en cas de faillite de l'assureur, le contrat prend fin ex lege quatre semaines après la publication de la faillite (cf. Schnyder/Grolimund, in : Basler Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 2001, art. 37 n° 1). Les assurés doivent dans ce cas retrouver par eux-mêmes un assureur susceptible d'accepter de conclure un nouveau contrat. Or, les chances, en particulier pour les assurés âgés, de retrouver une couverture d'assurance complémentaire s'avèrent certainement plus minces s'ils doivent se soumettre à un questionnaire de santé et que l'assureur demeure libre de conclure ou non le contrat. In casu, la moyenne d'âge des assurés au bénéfice d'une couverture d'hospitalisation auprès de Z._____ SA était, en 2011, de 60 ans (alors que la recourante était âgée de 72 ans).

Afin que les assurés de Z._____ SA puissent bénéficier d'une couverture d'assurance complémentaire également après sa mise en faillite, la FINMA a opté pour un transfert forcé de portefeuille au sens des art. 51 al. 2 let. d et 62 al. 2 LSA (sur l'identité du contenu des deux normes, cf. Degli Uomini/Gschwind, in : Basler Kommentar zum Versicherungs-

saufsichtsgesetz [ci-après : BSK LSA], 2013, art. 62 n° 62). En application de l'art. 62 al. 2 LSA, il appartient ainsi à la FINMA de déterminer, par le biais de clauses accessoires, les conditions du transfert de portefeuille qu'elle ordonne (cf. Degli Uomini/Gschwind, in : BSK LSA, art. 62 n° 64). Dans sa décision, la FINMA a constaté que les contrats d'assurance hospitalisation tel celui conclu par la recourante auprès de Z._____ SA (fondés sur le tarif correspondant à l'âge d'entrée) ne pouvaient être transférés sans modification en raison des risques financiers qu'ils comportaient pour Y._____ SA. Comme cela ressort en particulier du dispositif de la décision du (...) 2012, elle a donc prévu que, si nécessaire, certains assurés de Z._____ SA bénéficieraient auprès d'Y._____ SA d'un nouveau contrat (le cas échéant avec un changement de la tarification de l'âge d'entrée vers l'âge réel) avec des prestations d'assurance équivalentes. C'est ainsi que la recourante, dont le contrat auprès de Z._____ SA allait ex lege prendre fin en raison de sa mise en faillite, s'est vu proposer un nouveau contrat par Y._____ SA ; elle demeurerait libre d'accepter ou de refuser cette proposition puisque, si son accord exprès n'était pas nécessaire à sa conclusion, il s'avérerait assorti d'un droit de résiliation. En d'autres termes, loin de porter atteinte aux droits d'assurée de la recourante, l'invitation de la FINMA à Y._____ SA lui accorde en réalité un avantage ; elle lui permet en effet de continuer à bénéficier d'une couverture hospitalisation en dépit de la perte inévitable de son ancien contrat et sans questionnaire de santé. Le fait que la prime afférente à ce nouveau contrat soit plus élevée que celle du contrat précédent ne change rien à la situation.

2.3 Sur la base de ce constat, force est d'admettre que les droits d'assurée de la recourante ne se révèlent pas violés. Partant, elle ne dispose pas d'un intérêt digne de protection. Les conditions afférentes à la qualité pour agir se présentant de manière cumu-

lative, l'absence d'intérêt digne de protection au sens de l'art. 48 al. 1 let. c PA conduit déjà à nier la qualité pour recourir à la recourante sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres conditions posées par l'art. 48 PA.

3.

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il appert que le recours doit être déclaré irrecevable.

(...)

Dispositif

Absence de la qualité pour recourir d'un actionnaire

ARRÊT du Tribunal fédéral 2C_872/2015 du 1^{er} août 2016

Prononcé par la FINMA de mesures de sûreté visant à garantir les intérêts des assurés vis-à-vis d'une entreprise d'assurance ; conditions à la qualité pour recourir d'un actionnaire de l'entreprise d'assurance (art. 51 al. 2 let. d LSA, art. 62 al. 2 LSA et art. 48 al. 1 PA).

L'ancien membre d'un conseil d'administration en tant qu'actionnaire unique ou majoritaire de l'entreprise n'est pas autorisé du fait de sa position et des intérêts économiques qui y sont liés à contester un transfert de portefeuille ordonné par la FINMA (consid. 3).

Anordnung von Sicherungsmassnahmen zur Wahrung der Interessen der Versicherten gegenüber einem Versicherungsunternehmen durch die FINMA, Voraussetzungen für die Beschwerdelegitimation eines Aktionärs des Versicherungsunternehmens (Art. 51 Abs. 2 Bst. d VAG, Art. 62 Abs. 2 VAG und Art. 48 Abs. 1 VwVG).

Das ehemalige Mitglied des Verwaltungsrates als Allein- oder Mehrheitsaktionär des Versicherungsunternehmens ist nicht bereits wegen seiner Stellung und des damit verbundenen wirtschaftlichen Interesses zur Anfechtung einer von der FINMA angeordneten Bestandesübertragung berechtigt (E. 3).

Adozione di provvedimenti conservativi da parte della FINMA per tutelare gli interessi degli assicurati nei confronti di un'impresa di assicurazione; condizioni per la legittimazione a ricorrere da parte di un azionista dell'impresa di assicurazione (art. 51 cpv. 2 cpv. d LSA, art. 62 cpv. 2 LSA e art. 48 cpv. 1 PA).

L'ex membro del consiglio di amministrazione quale azionista unico o di maggioranza dell'impresa di assicurazione non è autorizzato, già in ragione della sua posizione e del relativo interesse economico, a contestare un trasferimento di portafoglio ordinato dalla FINMA (consid. 3).

Résumé des faits

C._____ SA en liquidation (ci-après: C._____ SA ou la société), sise à D._____, a pour but « l'exploitation de l'assurance vie ». Son actionnaire unique est B._____ SA, société de droit luxembourgeoise dont les actionnaires sont la famille X._____, parmi lesquels A.X._____; B._____ SA gère la fortune de ladite famille.

Ayant eu connaissance de faits susceptibles d'affecter les intérêts des assurés, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après: la FINMA) a commandé, le 20 mai 2014, un audit de C._____ SA; puis, le rapport établi, elle a ouvert une procédure d'« *enforcement* » le 3 juillet 2014 et a nommé un chargé d'enquête. Le rapport du 8 août 2014 de celui-ci a signalé des manquements d'ordre financier et organisationnel au sein de C._____ SA. A.X._____ a présenté sa démission du conseil d'administration de C._____ SA le 16 juin 2014. Après avoir examiné différentes alternatives pour le redressement de la société, la FINMA a, par décision du 5 décembre 2014, prononcé le transfert du portefeuille d'assurances de C._____ SA, ainsi que des actifs de la fortune liée y afférente, à E._____ SA. La FINMA a détaillé les divers manquements découverts: les provisions techniques de la société devaient être réajustées, celle-ci ne satisfaisait plus aux prescriptions relatives à la fortune liée et sa situation financière demeurait précaire; la FINMA a en outre

exposé les manquements organisationnels, jugeant qu'ils constituaient des violations graves du droit de la surveillance ayant mis et persistant à mettre en péril l'intérêt des assurés. Elle a encore précisé que les violations énoncées s'étaient produites sous la présidence de A.X._____ et que celui-ci devait être tenu pour responsable en grande partie des manquements constatés; son comportement soulevait la question de la garantie de l'activité irréprochable mais aucune mesure ne devait être prise à son égard puisqu'il avait déjà démissionné de sa fonction d'administrateur par courrier du 16 juin 2014.

Par décision du 12 décembre 2014, la FINMA a prononcé le retrait de l'autorisation d'exercer de C._____ SA, ainsi que l'ouverture de la faillite de la société. Par arrêt du 18 août 2015, le Tribunal administratif fédéral a déclaré irrecevable le recours de A.X._____ et de B._____ SA à l'encontre de la décision du 5 décembre 2014 de la FINMA. A.X._____ et B._____ SA demandent au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt du 18 août 2015 du Tribunal administratif fédéral, de leur reconnaître la qualité pour recourir contre la décision du 5 décembre 2014 de la FINMA et de renvoyer la cause au Tribunal administratif fédéral, afin qu'il statue sur le fond.

Extrait des considérants

(...)

1.

1.1. Le présent litige porte sur le point de savoir si c'est à tort que la qualité pour recourir a été niée par le Tribunal administratif fédéral à A.X._____ (ci-après: le recourant 1) et à B._____ SA (ci-

après: la recourante 2). Dans une procédure administrative, l'auteur d'un recours déclaré irrecevable pour défaut de qualité pour agir est habilité à contester l'arrêt d'irrecevabilité par un recours en matière de droit public lorsque l'arrêt au fond de l'autorité intimée aurait pu être déféré au Tribunal fédéral par cette voie (cf. ATF 135 II 145 consid. 3.2 p. 149; 131 II 497 consid. 1 p. 500; 124 II 499 consid. 1b p. 502).

Tel est le cas en l'espèce, la cause relevant du droit public (art. 82 let. a LTF) et ne tombant pas sous le coup d'une des exceptions de l'art. 83 LTF.

(...)

3.

Les recourants invoquent l'art. 48 al. 1 PA et prétendent que c'est à tort que la qualité pour recourir leur a été refusée par le Tribunal administratif fédéral.

3.1. Selon l'art. 48 al. 1 PA, applicable à la procédure devant le Tribunal administratif fédéral (art. 37 de la loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 [LTAF; RS 173.32]), a qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b), et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Cette disposition, qui correspond à l'art. 89 al. 1 LTF, doit être interprétée de la même manière (cf. ATF 139 III 504 consid. 3.3 p. 508; 139 II 328 consid. 3.2 p. 332 s.; 139 II 279 consid. 2.2 p. 282).

Selon la jurisprudence rendue à propos de l'art. 89 al. 1 LTF, l'intérêt digne de protection consiste dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait à la partie recourante en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. Il implique que la recourante soit touchée de manière directe, concrète et dans une mesure et avec une intensité plus grandes que la généralité des administrés, ce qui exclut l'action populaire (cf. ATF 139 II 499 consid. 2.2 p. 504; 137 II 30 consid. 2.2.3 p. 33 s.). L'intérêt invoqué, qui peut être un intérêt de fait, doit se trouver, avec l'objet de la contestation, dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération (arrêt 2C_853/2014 et 2C_934/2014

du 29 septembre 2015 consid. 1.4.1, destiné à la publication; ATF 141 II 14 consid. 4.4 p. 29; 140 II 214 consid. 2.1 p. 218). S'agissant de droit fédéral, le Tribunal fédéral examine cette question librement (cf. art. 95 let. a et 106 al. 1 LTF).

3.2.

3.2.1. Dans une argumentation confuse, il semble que le recourant 1 allègue que la qualité pour recourir aurait dû lui être reconnue à deux titres, à savoir en qualité d'administrateur afin de contester la décision de transfert des fonds et à titre personnel afin de rétablir sa réputation.

Le Tribunal fédéral constate qu'après que le recourant 1 eut déposé son recours devant le Tribunal administratif fédéral, celui-ci a précisé, à la demande de cette autorité, qu'il agissait en son nom propre et non au nom de C._____ SA. Ce n'est donc que sous cet angle que le Tribunal administratif fédéral a examiné le recours et que, partant, le grief sera traité, étant au surplus rappelé que l'intéressé avait démissionné du conseil d'administration de C._____ SA le 16 juin 2014. A cet égard, il sied de relever que même le mémoire mentionne, alors qu'il traite de la qualité pour recourir de la recourante 2 (p. 21), que le recourant 1 « n'était pas habilité à former un recours au nom de C._____ SA ».

3.2.2. En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement, d'une manière qui la lie sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par la voie d'un recours (cf. ATF 134 V 418 consid. 5.2.1 p. 426; 131 V 164 consid. 2.1 p. 164; 125 V 413 consid. 1a p. 414).

3.2.3. En l'espèce, l'objet de la contestation est déterminé par la décision du 5 décembre 2014 de la FINMA qui concerne, selon la page de garde de cet arrêt, les « mesures de sûretés-transfert de portefeuille » dans la cause « C. _____ SA et E. _____ AG ». La procédure a pour cadre l'art. 31 de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA; RS 956.1) qui impose à cette autorité de veiller au rétablissement de l'ordre légal lorsqu'un assujetti enfreint ladite loi ou une des lois sur les marchés financiers. Cette décision a abouti à la constatation que C. _____ SA violait les dispositions topiques au niveau financier, ainsi qu'au niveau organisationnel et que la solution la plus adaptée, afin de rétablir la situation, était le transfert du portefeuille d'assurances à une autre entreprise d'assurance conformément à l'art. 51 al. 2 let. d de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances, LSA; RS 961.01). Ainsi, le dispositif de la décision attaquée ordonne le transfert du portefeuille d'assurances de C. _____ SA et des actifs de la fortune liée y afférente à E. _____ SA. Comme le relève le Tribunal administratif fédéral, le nom du recourant 1, ainsi que la question de la qualité de son activité n'ont pas fait l'objet de la procédure ni du dispositif. Il est cependant exact que les considérants de la décision en cause cite le nom de l'intéressé et évoque la question de la garantie de l'activité irréprochable de celui-ci (cf. art. 14 LSA) : la FINMA y a indiqué que les manquements organisationnels constatés constituaient des violations graves du droit de la surveillance mettant en péril les intérêts des assurés; ces violations s'étant produites sous la présidence du recourant 1, celui-ci devait être tenu en grande partie pour responsable desdits manquements; son comportement soulevait la question de la garantie d'une activité irréprochable. La FINMA a néanmoins conclu qu'aucune mesure à l'encontre du recourant 1, visant par exemple à le mettre à l'écart,

ne devait être prise puisqu'il avait déjà démissionné de sa fonction d'administrateur par courrier du 16 juin 2014.

Le Tribunal fédéral constate ainsi que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée, et qui la lient, ne concernent que C. _____ SA et non pas le recourant 1. L'objet de la contestation est la question du transfert du portefeuille d'assurance de C. _____ SA et des actifs de la fortune liée y afférente à E. _____ SA. La décision 5 décembre 2014 ne prend aucune mesure à l'encontre du recourant 1 ni ne comprend un constat négatif formel quant à la garantie d'une activité irréprochable. Ainsi, en prenant des conclusions à cet égard, le recourant 1 déterminait un objet du litige qui excédait l'objet de la contestation, ce qui ne peut se faire. Le recourant ne prétend en outre pas que la décision du 5 décembre 2014 aurait été publiée (cf. art. 34 LFINMA) et que cela aurait conduit à une situation de « naming and shaming » (sur cette notion, cf. arrêts 2C_71/2011 du 26 janvier 2012 consid. 5.3.1; 2C_30/2011 du 12 janvier 2012 consid. 5.2.1). Si l'intéressé estime que sa réputation a été injustement mise à mal, et qu'il ne veut pas attendre un éventuel nouveau poste de dirigeant qui nécessiterait d'obtenir une garantie d'une activité irréprochable (cf. art. 14 LSA; sur la problématique: cf. Gregor T. Chatton, La garantie d'une activité irréprochable et l'intérêt actuel du dirigeant revisités, in *Pratique juridique actuelle* 2011 p. 1195 ss; cf. également Bulletin CFB 2004 154, 2A.573/2003 consid. 2.1 et 2.4), il peut agir en responsabilité contre la FINMA (cf. art. 19 LFINMA dont les conditions d'application sont cependant restrictives); il aurait aussi pu, à supposer que sa démission ait été obtenue à la suite de pressions de la part de la FINMA, requérir une décision formelle à cet égard (sur la question du droit à recevoir une décision administrative, cf. ATF 141 I 172 consid. 5 p. 181), décision qu'il aurait alors pu attaquer.

En conclusion, l'éventuel intérêt qu'aurait le recourant 1 à faire constater qu'il offre toujours la garantie d'une activité irréprochable sort de l'objet de la contestation. Dans ces circonstances, il apparaît que le recourant 1 n'est pas particulièrement atteint par l'arrêt attaqué au sens de l'art. 48 al. 1 lettre b PA (et art. 89 al. 1 LTF) et n'a pas d'intérêt digne de protection à obtenir son annulation. C'est donc à bon droit que les juges précédents lui ont refusé la qualité pour recourir.

3.3.

3.3.1. La recourante 2 allègue que la qualité pour recourir en tant que tiers devait lui être reconnue à deux titres, à savoir à titre d'actionnaire et à titre individuel, afin de contester le transfert de portefeuille à E. _____ SA qui lui a causé des dommages économiques et juridiques importants.

3.3.2. Il convient tout d'abord de souligner que l'argumentation de la recourante 2 repose en grande partie sur des faits ne ressortant pas de l'arrêt attaqué; le Tribunal fédéral ne les prendra dès lors pas en considération (cf. consid. 2).

Il est ensuite rappelé que la qualité pour recourir d'un tiers, qui n'est pas le destinataire de la décision attaquée, ne peut être admise que de façon très limitée. Elle suppose que le tiers soit lui-même atteint de manière particulière par le prononcé litigieux (ATF 139 II 279 consid. 2.2 p. 282; 137 III 67 consid. 3.5 p. 74).

3.3.3. Comme susmentionné, la recourante 2 différencie, dans son mémoire, la qualité pour recourir « à titre d'actionnaire unique » et « à titre personnel » et estime qu'elle devrait pouvoir agir en ces deux qualités. On ne saisit pas la distinction opérée. Dans la mesure où la recourante jugerait qu'il faudrait faire abstraction de sa qualité d'actionnaire unique de C. _____ SA, son moyen doit être re-

jeté. La réalité du lien juridique qui l'unit à la société doit être prise en compte.

Le grief doit également être rejeté en tenant compte de la qualité d'actionnaire de la recourante 2. Comme l'a relevé le Tribunal administratif fédéral, selon la jurisprudence, l'actionnaire, même unique ou majoritaire, n'a pas qualité pour recourir contre une décision touchant la société qu'il domine du seul fait de sa position et de l'intérêt économique qui en découle (ATF 131 II 306 c. 1.2.2 p. 311 s.; 125 II 65 c. 1 p. 69 s. [ayant-droit économique d'une fondation]; 124 II 499 c. 3b p. 505 [actionnaire unique ou majoritaire]; 120 Ib 351 c. 3 p. 354 ss [porteur de parts de fonds de placement]; 116 Ib 331 c. 1c p. 335 s. [actionnaire principal]). La recourante 2 invoque l'ATF 110 Ib 105 où le Tribunal fédéral a, il est vrai, reconnu, à cette seule occasion, la qualité pour recourir de l'actionnaire unique. Cet arrêt a toutefois suscité des critiques, comme expliqué et détaillé dans l'arrêt 2C_1158/2012 du 27 août 2013 consid. 2.3.3 (in StE 2014 A 25 13 et RDAF 2014 II 12) auquel il est renvoyé. Depuis lors, la pratique du Tribunal fédéral a constamment nié la qualité pour recourir de l'actionnaire pour de nombreux motifs, en retenant principalement que n'étant qu'indirectement touché par la décision qu'il entend attaquer, il n'a en général pas qualité pour recourir dans la mesure où la décision ne s'adresse qu'à la société de capitaux. Il n'y a pas lieu de modifier cette jurisprudence.

4.

Au regard de ce qui précède, le recours est rejeté.

(...)

Dispositif

Régime des émoluments pour le prononcé d'une procédure d'*enforcement*

ARRÊT du Tribunal administratif fédéral B-3446/2014 du 14 août 2015

Obligation de renseigner d'un gestionnaire de placements collectifs autorisé vis-à-vis de la FINMA (art. 139 al. 2 LPCC et art. 29 al. 2 LFINMA) ; régime des émoluments pour le prononcé d'une décision ou l'ouverture d'une procédure de surveillance de la FINMA (art. 5 al. 1 let. a et b Oém-FINMA).

Un gestionnaire de placements collectifs de capitaux qui ne remplit pas dans les délais son obligation de renseigner la FINMA telle que le requiert son autorisation et provoque ce faisant une décision ou une procédure de surveillance de la FINMA doit s'acquitter des frais encourus (consid. 4).

Auskunftspflicht eines bewilligten Vermögensverwalters kollektiver Kapitalanlagen gegenüber der FINMA (Art. 139 Abs. 2 KAG und Art. 29 Abs. 2 FINMAG); Gebührenpflicht für das Veranlassen einer Verfügung oder eines Aufsichtsverfahrens der FINMA (Art. 5 Abs. 1 Bst. a und b FINMAG- GebV).

Wer als Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen in Verletzung der Bewilligungsauflagen seiner Auskunftspflicht gegenüber der FINMA nicht rechtzeitig nachkommt und dadurch eine Verfügung oder ein Aufsichtsverfahren veranlasst, wird für die hierfür entstandenen Kosten gebührenpflichtig (E. 4).

Obbligo di informare la FINMA per i gestori patrimoniali di investimenti collettivi di capitale autorizzati (art. 139 cpv. 2 LICol e art. 29 cpv. 2 FINMA); obbligo di pagare gli emolumenti se viene occasionata una decisione o una procedura di vigilanza della FINMA (art. 5 cpv. 1 lett. a e b Oem-FINMA).

Chiunque, quale gestore patrimoniale di investimenti collettivi di capitale, violando le condizioni di autorizzazione non adempie tempestivamente l'obbligo di informare la FINMA occasionando in questo modo una decisione o una procedura di vigilanza, è tenuto a pagare gli emolumenti per i costi generati (consid. 4).

Résumé des faits

132

Bulletin 6/2017
FINMA

A._____ SA (ci-après : A._____ SA ou la recourante), société inscrite au registre du commerce du canton de Genève dont le but social consiste en des « (activités de gestionnaire de placements collectifs autorisés par l'autorité de surveillance) », a été autorisée par décision de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA du 5 mai 2010 en qualité de gestionnaire de placements collectifs de capitaux selon la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (LPCC, RS 951.31) afin de gérer le fonds de droit suisse B._____ dont la direction était exercée par C._____ SA.

Suite à la liquidation, fin 2012, du seul fonds sous gestion nécessitant une autorisation, A._____ SA n'exerçait plus d'activité soumise à la LPCC et la FINMA lui a imparti plusieurs délais successifs pour soit remettre sa licence, soit démontrer qu'elle continuait à exercer une activité soumise à autorisation. Par courrier du 25 septembre 2013, A._____ SA a informé la FINMA du lancement d'une SICAV de droit luxembourgeois prévu pour la fin de l'année 2013. Début octobre 2013, elle a indiqué que l'autorisation nécessaire auprès de la Commission de Surveillance du Secteur Financier du Luxembourg (CSSF) devrait lui parvenir d'ici trois ou quatre mois. Par courrier du 29 octobre 2013, la FINMA a invité A._____ SA à établir pièces à l'appui qu'elle exerçait toujours une activité soumise à la LPCC faute de quoi une procédure de retrait de l'autorisation serait ouverte à son encontre.

Lors d'une séance tenue dans ses locaux le 14 janvier 2014 ainsi que par courrier du 16 janvier 2014, la FINMA a annoncé à la recourante qu'elle ouvrirait une procédure d'enforcement à son égard en lui impartissant un délai jusqu'au 31 mars 2014 afin qu'elle démontre notamment qu'elle avait obtenu de la CSSF l'autorisation recherchée ; à défaut, elle pouvait se voir retirer son autorisation en Suisse en

tant que gestionnaire. Par décision du 23 mai 2014, la FINMA a prononcé le retrait de l'autorisation de A._____ SA en qualité de gestionnaire de placements collectifs, lui a fait interdiction de distribuer le fonds de placement D._____ sans l'autorisation nécessaire et mis à sa charge les frais de procédure par 14'000 CHF. La FINMA a constaté que, depuis la liquidation du fonds B._____, la recourante ne gérait plus de placements collectifs soumis à la LPCC et ne pouvait plus prétendre à l'autorisation en tant que gestionnaire. Informée peu après le prononcé de sa décision des avancées substantielles dans la procédure d'autorisation luxembourgeoise, la FINMA s'est dit prête à réexaminer la situation. Faute de décision formelle d'autorisation de la CSSF, elle a toutefois formellement maintenu sa décision. Par mémoire du 20 juin 2014, la recourante a formé recours contre cette décision devant le Tribunal administratif fédéral, concluant à son annulation. Ce n'est que durant la procédure de recours que la FINMA a obtenu la preuve formelle que la CSSF avait finalement donné son autorisation au fonds qu'entendait gérer A._____ SA, avec effet rétroactif au 27 mai 2014.

Par décision du 18 septembre 2014, la FINMA a reconsidéré sa décision du 23 mai 2014, annulant le retrait d'autorisation alors ordonné, mais confirmant la mise à charge des frais qui y était prononcée. Par mémoire du 9 octobre 2014, A._____ SA a recouru contre cette nouvelle décision, contestant uniquement la mise à sa charge des frais relatifs à la première décision.

Extrait des considérants

(...)

2.

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

3.

La FINMA est chargée de surveiller les marchés financiers régis par les différentes lois sur les marchés financiers dont la LPCC (art. 1 let. c LFINMA). Lorsqu'un assujetti enfreint l'une de ces lois ou si d'autres irrégularités sont constatées, elle veille au rétablissement de l'ordre légal en prenant les mesures nécessaires (art. 31 LFINMA; cf. ATF 136 II 43 consid. 3.1). Elle dispose à cet effet d'une importante marge de manœuvre (cf. ATF 135 II 356 consid. 3.1; arrêt du TF 2C_565/2010 du 14 avril 2011 consid. 4.1). Elle est tenue cependant de se conformer aux principes généraux régissant toute activité administrative, ce qui implique notamment l'interdiction de l'arbitraire, le respect de l'égalité de traitement ainsi que les principes de la proportionnalité et de la bonne foi (cf. ATAF 2010/39 consid. 7 et les réf. cit.). En vertu de l'art. 37 al. 1 LFINMA, la FINMA retire l'autorisation d'exercer, la reconnaissance, l'agrément ou l'enregis-

trement d'un assujetti, si celui-ci ne remplit plus les conditions requises ou s'il viole gravement le droit de la surveillance; elle doit toutefois préalablement examiner s'il ne lui est pas possible de prononcer une mesure moins sévère (cf. Message du Conseil fédéral du 1^{er} février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741, 2796).

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

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

3.2 Lors de son introduction, la LPCC n'imposait pas aux gestionnaires de placements collectifs étrangers d'obtenir une autorisation mais prévoyait un tel assujettissement sur base volontaire (ancien art. 13 al. 4 LPCC, abrogé par la modification du 28 septembre 2012 avec effet au 1^{er} mars 2013 ; RO 2013 585). Cet assujettissement volontaire se limitait toutefois aux cas où la législation étrangère requerrait une surveillance et où le placement collectif étranger de capitaux était soumis à une surveillance comparable à celle de la Suisse, ces conditions ainsi que l'autorisation visant à réduire le risque de réputation de la place financière suisse (cf. Message du Conseil fédéral du 23 septembre 2005 concernant la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux, FF 2005 5993, en particulier 6025 [ci-après : Message LPCC]) ; le Message LPCC précisait en outre que les gestionnaires de fortune qui créent des placements collectifs pour leur clientèle privée dans des centres extraterritoriaux afin de bénéficier d'un cadre légal et fiscal plus avantageux qu'en Suisse ne pourront pas obtenir ce label de surveillance. Par la modification du 28 septembre 2012 de la LPCC, l'assujettissement a été étendu aux gestionnaires de placements collectifs étrangers (art. 2 al. 1 let. c LPCC ; cf. Message du Conseil fédéral du 2 mars 2012 relatif à la modification de la loi sur les placements collectifs de capitaux [LPCC], FF 2012 3383, 3387 [ci-après : Message modification LPCC]). L'art. 2 al. 2 let. h LPCC a été introduit à cette occasion ; les gestionnaires visés à cet article se sont vu cependant eux aussi octroyer la possibilité, sous certaines conditions, de s'assujettir à la LPCC et d'obtenir une autorisation (cf. *supra* consid. 3.1).

Même si cela ne ressort pas explicitement du texte de la loi ou des travaux préparatoires, il convient d'admettre que, comme cela fut précédemment le cas pour les gestionnaires de fonds de placement étrangers (cf. Message modification LPCC, p. 3387), l'assujettissement volontaire prévu répond à des considérations en matière de compétitivité et non à des nécessités d'ordre prudentiel. Cette possibilité se trouve en effet soumise à la même condition qui valait pour les gestionnaires de fonds de placement étrangers, à savoir que le droit applicable rende un assujettissement obligatoire. En revanche, il découle clairement de l'art. 2 al. 2bis LPCC ainsi que des débats parlementaires (cf. notamment BO 2012 E 549) que cette option ne se présente que dans les cas de figure précités. Une pratique trop large en matière d'octroi des autorisations s'avérerait d'ailleurs incompatible avec la protection des investisseurs et de la réputation de la place financière suisse en tant qu'objectifs poursuivis par la législation sur les marchés financiers. Il s'ensuit que faute de gérer un fonds de placement soumis à la LPCC, personne ne peut prétendre à une autorisation de la FINMA en qualité de gestionnaire au sens de cette loi.

3.3 L'autorisation en tant que gestionnaire de fonds de placements collectifs constitue une autorisation de police. Le requérant dispose d'un droit à son obtention s'il en remplit les conditions (cf. Frick/Häusermann, in : Watter & al., Basler Kommentar Kollektivanlagengesetz, 2009, ch. 8 ad art. 13; Jutzi/Schären, Grundriss des schweizerischen Kollektivanlagenrechts, 2014, p. 442). Celles-ci devant toutefois être respectées en tout temps, la fin du mandat de gestion entraîne la perte de l'autorisation si le gestionnaire ne remédie pas à la situation (art. 37 al. 1 LFINMA en relation avec l'art. 133 al. 2 LPCC ; cf. ancien art. 134 al. 1 LPCC en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008 ; Frick/Häusermann, *op. cit.*, ch. 4 ad art. 13). Un défaut temporaire ne doit pas nécessai-

rement aboutir au retrait ; l'assujetti doit en principe pouvoir bénéficier, en vertu du principe de la proportionnalité, d'un délai raisonnable afin de rétablir un état conforme au droit.

4.

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

4.1 S'agissant des conditions de l'autorisation, il appert en effet que les placements collectifs de droit caïmanais dont la recourante est gestionnaire s'adressent à des investisseurs qualifiés et que les avoirs gérés ne dépassent pas le montant de 100 millions de CHF. Par conséquent, la recourante correspond à la catégorie de gestionnaires cités à l'art. 2 al. 2 let. h ch. 1 LPCC auxquels cette loi ne s'applique pas. Elle ne peut s'assujettir à titre volontaire attendu que le droit caïmanais n'impose pas aux gestionnaires de placements collectifs d'être soumis à surveillance (cf. courrier de l'organe de révision du 13 septembre 2013). Dès lors, la liquidation du fonds précité la privait de l'une des conditions nécessaires à l'autorisation. Il convient de relever que, contrairement à son devoir d'informer (art. 139 al. 2 LPCC et art. 29 al. 2 LFINMA) et à l'exigence expresse de la FINMA dans la décision d'octroi du 5 mai 2010 (ch.

4 du dispositif) de l'informer de tout fait pertinent en lien avec l'autorisation, la recourante n'a pas spontanément communiqué la fin du mandat de gestion du fonds African Energy Resources Fund. Partant, l'ouverture d'une procédure d'abord informelle puis, dès le 14 janvier 2014, d'une procédure d'enforcement s'avère conforme au devoir de surveillance de la FINMA en vertu de l'art. 31 LFINMA et justifiée compte tenu des circonstances.

4.2

4.2.1 La FINMA a invité la recourante le 4 septembre 2013 à établir qu'elle allait prochainement gérer un fonds de droit luxembourgeois. Selon les indications fournies le 7 octobre 2013 par la société mandatée pour la mise sur pied du fonds, celui-ci devait en principe être autorisé dans les 3 à 4 mois suivants. Ce pronostic ne s'est pas vérifié. Dans leurs communications ultérieures, la recourante ainsi que ses représentants au Luxembourg ont certes tenu la FINMA au courant des développements de la procédure d'autorisation de la SICAV mais sans pouvoir en indiquer le terme de manière précise ; compte tenu du temps écoulé depuis la liquidation, fin 2012 déjà, du seul fonds permettant à A._____ SA de prétendre à l'autorisation – ce dont elle a omis d'informer la FINMA contrairement à ce que disposait la décision du 5 mai 2010 – ainsi que de l'incertitude demeurant quant à la durée d'examen jusqu'à l'agréement de la SICAV par la CSSF comme cela ressort des courriers des 19 mars et 23 avril 2014, la FINMA pouvait légitimement considérer que la situation irrégulière ne devait pas être tolérée plus longtemps et prononcer le retrait de l'autorisation sans attendre l'échéance des quatre mois mentionnés par les avocats de la recourante au Luxembourg dans leur courrier du 6 février 2014 ; à titre de rappel, les premières indications fournies à la FINMA laissaient entendre que l'autorisation du fonds devrait intervenir au dé-

but de 2014. Dans ces circonstances, il appartenait à la recourante de faire preuve de suffisamment de diligence et de veiller au rétablissement des conditions d'autorisation le plus rapidement possible, par exemple en s'attelant plus tôt à la mise sur pied d'un nouveau fonds.

Pour ce qui est des échanges de courriers intervenus après la décision, il appert que, contrairement aux allégués de la recourante, les documents produits les 22 mai et 3 juin 2014 ne prouvaient pas que le fonds avait définitivement été autorisé. En effet, selon l'art. 43 de la loi luxembourgeoise du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés (cf. http://www.cssf.lu/fileadmin/files/Lois_reglements/Legislation/Lois/L_130207_FIS_upd12073.pdf, dernière visite le 23 juillet 2015), l'inscription dans la liste des fonds agréés vaut agrément. Or, il ressort de l'avis de fin d'examen du 14 mai 2014 que la CSSF demandait la production de pièces complémentaires en vue de finaliser le processus d'agrément ; dans le courriel du 22 mai 2014, il est simplement indiqué que le projet était approuvé et la constitution du fonds autorisée mais non que ce dernier avait reçu l'agrément. L'acte notarié de constitution de la SICAV n'établit pas non plus que celle-ci a été agréée par la CSSF. La FINMA n'avait ainsi pas de motif, à ce stade, de procéder à un réexamen de la décision du 23 mai 2014 avant de recevoir le prospectus du fonds visé par la CSSF ainsi que la copie de la lettre de celle-ci du 10 juillet 2014 annonçant qu'elle avait décidé d'inscrire le fonds dans la liste officielle. Certes, les avocats de la recourante au Luxembourg déclarent dans leur courrier du 19 juin 2014 que l'avis de fin d'examen vaut décision finale et que l'inscription n'a qu'une portée déclarative ; cependant, d'une part, la recourante n'a produit ce courrier que le 20 juin 2014, en annexe de son recours ; d'autre part, ces explications se trouvent en contradiction manifeste avec le contenu de l'avis de fin d'examen – qui retient uniquement que la

phase de l'examen du dossier était clôturée tout en requérant les documents constitutifs nécessaires en vertu de l'art. 42 al. 2 de la loi luxembourgeoise précitée – ainsi qu'avec la lettre du 10 juillet 2014 dans laquelle la CSSF déclare qu'elle a décidé d'inscrire la SICAV sur la liste officielle, cette inscription valant agrément comme expliqué plus haut et constituant un prérequis à l'exercice des activités d'un fonds en vertu de l'ai. 1 de l'art. 42 susmentionné.

4.2.2 Comme il a été expliqué plus haut, l'autorisation en tant que gestionnaire consiste en une autorisation de police ; la comparaison que la recourante tente d'établir avec une concession ne lui est ainsi d'aucun secours ; en particulier, l'autorisation de police ne confère aucun droit acquis (cf. arrêts du TF 2C_881/2013 du 18 février 2014 consid. 5.3 et 2C_881/2013 du 18 février 2014 consid. 3) et doit être retirée lorsque les conditions n'en sont plus remplies (cf. supra consid. 3.3). Les reproches de la recourante s'agissant de la mauvaise interprétation de la LPCC par la FINMA ainsi que de la violation du principe de la légalité et de l'interdiction de l'arbitraire se révèlent donc infondés.

4.2.3 S'agissant de la proportionnalité, la mesure de retrait décidée par la FINMA s'avère appropriée et nécessaire au rétablissement de l'ordre légal puisque la recourante ne respectait plus l'une des conditions d'autorisation, qu'elle n'est pas parvenue à la restaurer dans un délai raisonnable et qu'aucune autre mesure portant une moindre atteinte à ses intérêts ne permettait de remédier à la situation irrégulière. Cela étant, sous l'aspect de la nécessité, on peut se demander s'il est opportun de conclure automatiquement à la caducité définitive d'une autorisation en tant que distributeur en raison de l'octroi à la même personne d'une autorisation en tant que gestionnaire – comme l'a fait la FINMA dans sa décision du 5 mai 2010 – ce qui entraîne comme conséquence que le

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

Pour le reste, on ne voit pas en quoi la FINMA aurait violé le principe de la confiance ; la recourante ne l'explique d'ailleurs pas.

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

5.

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral, ne relève pas d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

(...)

Dispositif



IMPRESSUM

Herausgeberin

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern
Tel. +41 (0)31 327 91 00
Fax +41 (0)31 327 91 01
info@finma.ch
www.finma.ch

August 2017

Geschlechterneutrale Formulierung

Aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit wird auf die geschlechterspezifische Differenzierung verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für beide Geschlechter.

Gestaltung

FINMA