Urteilskopf

137 II 383

33. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public dans la cause D. Ltd et consorts contre Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (recours en matière de droit public) 2C_199/2010 / 2C_202/2010 du 12 avril 2011

Regeste (de):
Art. 2 lit. d und Art. 10 BEHG, Art. 3 Abs. 2, Art. 37, 38 Abs. 1 und Art. 39 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 BEHV sowie Art. 23ter BankG (in der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung); Begriffe des Emissionshauses und der Zweigniederlassung eines ausländischen Effektenhändlers.

Die in Art. 3 Abs. 2 BEHV aufgestellten Bedingungen ersetzen nicht diejenigen nach Art. 2 lit. d BEHG, welche den Begriff des Effektenhändlers definieren und die damit auch für Emissionshäuser voraussetzen, dass sie Effekten "kaufen und verkaufen"; dabei bleibt es, auch wenn es heisst, dass Emissionshäuser Effekten "fest oder in Kommission übernehmen" (E. 9.2).

Ein nach ausländischem Recht organisiertes Unternehmen mit Sitz im Ausland, das als Geschäftszweck den "Kauf, Verkauf von Effekten" angibt, stellt einen ausländischen Effektenhändler im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. b BEHV dar, der einer Bewilligung bedarf, bevor er die Eintragung einer Zweigniederlassung in der Schweiz beantragen kann (E. 9.3-10).

Regeste (fr):
Art. 2 let. d et art. 10 LBVM, art. 3 al. 2, art. 37, 38 al. 1 et art. 39 al. 1 let. a ch. 1 OBVM ainsi qu'art. 23ter LB (dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008); notions de maison d'émission et de succursale d'un négociant étranger en valeurs mobilières.

Les conditions exigées par l'art. 3 al. 2 OBVM ne suppriment pas celle de l'art. 2 let. d LBVM liée à la notion de négociant en valeurs mobilières qui consiste pour une maison d'émission à "acheter et vendre" des valeurs mobilières; les notions de "prendre ferme ou à la commission" n'y changent rien (consid. 9.2).

Une entreprise organisée selon le droit étranger et dont le siège est à l'étranger qui fait figurer dans ses buts les termes "achat, vente de valeurs mobilières" est un négociant étranger au sens de l'art. 38 al. 1 let. b OBVM qui doit demander une autorisation avant de pouvoir requérir l'inscription d'une succursale en Suisse (consid. 9.3-10).

Regesto (it):
Art. 2 lett. d e art. 10 LBVM, art. 3 cpv. 2, art. 37, 38 cpv. 1 e art. 39 cpv. 1 lett. a cifra 1 OBVM così come art. 23ter LBCR (nella versione in vigore fino al 31 dicembre 2008); nozioni di ditta di emissione e di succursale d'un commerciante estero di valori mobiliari.

Le condizioni stabilite dall'art. 3 cpv. 2 OBVM non sopprimono quella prevista dall'art. 2 lett. d LBVM in relazione alla nozione di commerciante di valori mobiliari, che consiste per una ditta di emissione a "comprare e vendere" dei valori mobiliari; l'uso dei termini "assumono fermo o in commissione" non ha influenza sulla stessa (consid. 9.2).

Un'impresa organizzata secondo il diritto straniero e la cui sede si trova all'estero, che fa figurare nei suoi scopi i termini "acquisto, vendita di valori mobiliari" è un commerciante estero ai sensi dell'art. 38 cpv. 1 lett. b OBVM, che deve domandare un'autorizzazione prima di potere richiedere l'iscrizione d'una succursale in Svizzera (consid. 9.3-10).

Sachverhalt ab Seite 384

BGE 137 II 383 S. 384

D. Ltd, est une société qui a son siège dans les Iles Vierges britanniques (BVI), dont l'ayant droit économique est E., ressortissant canadien domicilié à Vancouver, et les administrateurs B., C. et F. Elle a pour but l'achat, la vente, l'échange, la détention, le développement et l'émission de valeurs mobilières. En Suisse, elle est en particulier active à Zurich et à Genève. D. Ltd, succursale Zurich (ci-après: la Succursale de Zurich), est inscrite au registre du commerce de Zurich depuis le 1er mars 2004 en qualité de succursale de D. BVI et a pour but le contact avec les investisseurs en Europe. Elle a pour chef E. B. est membre du conseil d'administration avec signature collective à deux. Les activités de Genève n'ont pas fait l'objet d'une inscription au registre du commerce en tant que succursale de D. BVI. A. SA est une société de droit suisse qui a pour but de créer et gérer des trusts et sociétés off-shore en vue d'optimiser fiscalement les avoirs des ayants droit économiques. A. SA est détenue par la société G. SA, dont B. est l'actionnaire principal avec H., les autres actionnaires étant les banquiers J.Z. et K.Z. ainsi que l'avocat L. Par contrat de management passé entre E. et M., d'une part, et A. SA, d'autre part, cette dernière s'engage à fournir des administrateurs pour D. BVI, notamment B. ou C., ainsi que pour d'autres

BGE 137 II 383 S. 385

sociétés qui sont liées à D. BVI, pour administrer lesdites sociétés selon les instructions des premiers. Par décision en langue française du 25 juin 2008, la Commission fédérale des banques a constaté que les activités de D. BVI à Genève étaient de fait celles d'une succursale de D. BVI et a procédé à l'inscription d'office dans le registre du commerce de Genève de D. Ltd, succursale de Genève (ci-après: la Succursale de Genève). Elle a considéré que la Succursale de Zurich et A. SA avaient exercé sans autorisation une activité de négociant en valeurs mobilières en violation de la loi sur les bourses (chiffre 1). Elle a prononcé la faillite de la Succursale de Genève et de celle de Zurich dont l'ouverture a été fixée au 27 juin 2008 à 8h00 (chiffre 2) et décidé les mesures requises par le prononcé de faillite (chiffres 3 à 9). Par ailleurs, sous la menace des peines prévues par l'art. 292 CP, elle a interdit à E., A. SA, B. et C. d'exercer, sous quelque forme que ce soit, directement ou par l'intermédiaire de tiers, une activité de négociant en valeurs mobilières ainsi que de faire de la publicité y relative. L'interdiction pouvait être publiée en cas de violation (chiffres 10 et 11). Les chiffres 1 à 9 étaient immédiatement exécutoires et jusqu'à l'entrée en force de la décision les actes ayant trait à la réalisation des actifs devaient se limiter à la préservation de leur valeur. Les destinataires de la décision avaient émis sur le marché primaire à titre professionnel des actions de sociétés étrangères et formaient un groupe. Enfin, elle a constaté que les Succursales de Zurich et de Genève étaient surendettées. Par arrêt B-4409/2008 (ci-après: l'arrêt I) rendu en langue allemande du 27 janvier 2010, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours déposé par les Succursales de Genève et de Zurich ainsi que par E. dans la mesure où il était recevable. Par arrêt B-5582/2008 (ci-après: l'arrêt II) en langue française du 27 janvier 2010, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours déposé par A. SA, B. et C. dans la mesure où il était recevable. Après avoir joint les causes, le Tribunal fédéral a rejeté les recours déposés contre ces deux arrêts. (résumé)

Erwägungen

Extrait des considérants:

7. Dans les arrêts attaqués, le Tribunal administratif fédéral a tenu pour établis les faits suivants.

BGE 137 II 383 S. 386

7.1 Les contrats de souscription de valeurs mobilières étaient passés entre les investisseurs et les sociétés émettrices. Seuls trois contrats ont été signés directement par les investisseurs et D. BVI respectivement la Succursale de Zurich. Les formulaires signés par un investisseur étaient transmis à l'émettrice, puis retournés à la Succursale de Zurich pour y être conservés. L'investisseur versait le montant stipulé sur le compte de D. BVI auprès de la Banque P. à Genève, qui avait ouvert à cet effet plusieurs sous-comptes (pour chaque société émettrice). Après déduction de la commission revenant à D. BVI, les fonds étaient transférés sur les comptes des sociétés émettrices à l'étranger. L'on ignore si la Succursale de Zurich recevait alors les certificats d'actions des sociétés émettrices ou si elle les détenait déjà auparavant. Souvent, sinon dans la règle, les certificats d'actions portaient d'abord le nom de D. BVI et n'étaient qu'ensuite enregistrés au nom de chaque investisseur. En dernier lieu, les certificats d'actions étaient envoyés par la Succursale de Zurich aux investisseurs, banques de dépôt ou autres organismes de dépôt. Les activités réelles des sociétés émettrices respectivement le but de leur collaboration avec D. BVI consistaient à manipuler artificiellement le cours des actions pour les vendre largement au-dessus de leur véritable valeur aux investisseurs dans l'ignorance.

7.2 De nombreux investisseurs prenaient contact avec D. BVI et la Succursale de Zurich par le biais de personnes ne se trouvant pas dans un rapport de travail avec D. BVI ou sa succursale. Ces agents extérieurs recevaient des commissions de D. BVI. Une liste d'adresses e-mail "INSA press release list" qui contenait environ 150 adresses e-mail, pour la majeure partie des investisseurs privés, auxquelles étaient directement envoyés les communiqués de presse faisant connaître les prochaines augmentations ou constitutions de capital, a montré que certains de ces intermédiaires étaient des employés de banque.

7.3 A. SA administrait D. BVI ainsi que de nombreuses sociétés liées au Groupe D. fondées par E. Le contrat passé entre A. SA, d'une part, et E. ainsi que M., d'autre part, prévoyait que A. SA devait fournir des membres du conseil d'administration de D. BVI et exercer les tâches s'y référant conformément aux instructions de E. et M. De plus, B. et C. étaient, tour à tour, administrateurs et membres du conseil d'administration de D. BVI et de la Succursale de Zurich et jouaient un rôle important dans l'activité quotidienne de D. BVI puisqu'ils passaient les ordres de paiement de D. BVI et de

BGE 137 II 383 S. 387

la Succursale de Zurich par le biais du compte de D. BVI auprès de la Banque P. à Genève. La Succursale de Zurich envoyait toutes ses factures à Genève où C. donnait l'ordre de paiement en accord avec E. C. se chargeait également des ordres relatifs aux dépôts de papiers-valeurs de D. BVI. B. et C. étaient en contact suivi avec E. et avaient une connaissance très approfondie de D. BVI et de ses activités. Ils avaient participé à plusieurs séances de la direction de D. BVI - certaines ayant même été présidées par B. - au cours desquelles les actions des sociétés émettrices étaient transférées pour la première fois sur le marché primaire aux investisseurs privés. Enfin, C. apparaissait de façon récurrente dans toutes les transactions de D. BVI impliquant le

négoce de titres, la vente, la réception de l'argent des investisseurs ou la livraison des actions. Selon ce dernier, les opérations de D. BVI et la Succursale de Zurich n'auraient pas pu se dérouler sans une fiduciaire du type de A. SA, d'autant que E. voulait que toutes les transactions passent par le biais de A. SA et donc par lui-même.

8.

8.1 A titre préalable, il convient de constater que la présente cause concerne notamment la mise sur le marché suisse d'actions émises à l'occasion de l'augmentation du capital de sociétés dont le siège est à l'étranger. Il s'agit par conséquent d'une activité d'émission d'actions sur le marché primaire suisse par des sociétés étrangères. Cette activité n'est pas soumise aux règles des art. 652 ss CO qui ne s'appliquent pas aux sociétés étrangères mais uniquement aux sociétés suisses (CARLO LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2e éd. 2008, p. 650; PHILIPPE WEBER, The Offering of Foreign Securities in Switzerland, in Kapitalmarkttransaktionen III, 2008, p. 1 ss, p. 29; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6e éd. 2004, p. 639, n°1971; ROLF WATTER, in Basler Kommentar, Börsengesetz, Watter/Vogt [éd.], 2007, n°20 ad art. 1 LBVM et les références citées).

8.2 En l'espèce par conséquent, c'est bien l'activité des recourants en Suisse et à l'étranger qui doit être examinée à la lumière de la loi sur les bourses et de ses dispositions relatives aux négociants en valeurs mobilières et non pas celle proprement dite des sociétés étrangères qui s'en sont tenues à émettre hors bourse sur le marché primaire suisse leurs propres actions nouvellement créées.

9.

9.1 D'après l'art. 10 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM;

RS 954.1), quiconque veut exercer l'activité de négociant doit obtenir une autorisation de la Commission fédérale des banques aujourd'hui la FINMA. D'après l'art. 2 let. d LBVM, il faut entendre par négociant en valeurs mobilières (négociant) toute personne physique ou morale ou société de personnes qui, pour son compte, en vue d'une revente à court terme, ou pour le compte de tiers, achète et vend à titre professionnel des valeurs mobilières sur le marché secondaire, qui les offre au public sur le marché primaire ou qui crée elle-même et offre au public des dérivés.
Pour qu'une personne physique ou une personne morale puisse être qualifiée de négociant en valeurs mobilières, l'art. 2 let. d LBVM exige notamment que cette personne "achète et vende" des valeurs mobilières, autrement dit qu'elle "intervienne comme partie dans une transaction" portant sur des valeurs mobilières pour en faire précisément le "commerce". Cette condition permet d'écarter l'entreprise qui se contente de mettre en relation deux parties à une transaction, sans acheter ou vendre elle-même (ZUFFEREY/BIZZOZZERO/PIAGET, Qui est négociant en valeurs mobilières-, 1997, p. 19 s.).

9.2 L'ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (ordonnance sur les bourses, OBVM; RS 954.11) distingue plusieurs catégories de négociants en valeurs mobilières tels qu'ils sont définis par l'art. 2 let. d LBVM. Il y a les négociants pour leur propre compte, les maisons d'émission, les fournisseurs de dérivés, les teneurs de marché et les négociants pour le compte de clients (cf. Circulaire 2008/5 publiée par la FINMA, intitulée "Négociant, Commentaires du terme de négociant en valeur mobilière", dont la

teneur correspond à l'ancienne Circulaire 98/2 de la Commission fédérale des banques du 1er juillet 1998, n°4). Selon l'art. 3 al. 2 OBVM, sont réputés maisons d'émission les négociants qui, à titre professionnel, prennent ferme ou à la commission des valeurs mobilières émises par des tiers et les offrent au public sur le marché primaire. Elles ne sont toutefois réputées négociants en valeurs mobilières que lorsqu'elles exercent une activité principalement dans le domaine financier (art. 2 al. 1 OBVM; cf. sur la notion de maison d'émission: ATF 136 II 43 consid. 4.1 p. 47 s.). Ces précisions ne suppriment pas pour autant la condition fondamentale pour être qualifié de négociant en valeurs mobilières qui consiste pour la maison d'émission (au sens de l'art. 3 al. 2 OBVM) à "acheter et vendre" des valeurs mobilières (art. 2 let. d LBVM). Les

notions "prendre ferme ou à la commission" n'y changent rien. Elles concernent la répartition des risques liés à l'émission entre l'émetteur et la maison d'émission et n'ont pas d'influence sur la qualification de négociant au sens de la loi sur les bourses. Dans les deux hypothèses, il se crée deux rapports juridiques distincts, l'un entre l'émetteur et la maison d'émission et l'autre entre la maison d'émission et l'investisseur. Dans ce contexte, lorsque le placement a lieu à la commission, le rapport juridique entre l'émetteur et la maison d'émission est en principe un contrat de commission par lequel le commissionnaire (la maison d'émission) se charge de vendre en son nom et pour le compte du commettant (l'émetteur) des valeurs mobilières à des tiers (les investisseurs) (cf. ANDREAS ROHR, Grundzüge des Emissionsrechts, 1990, p. 112).

9.3 La loi distingue enfin les négociants en valeurs mobilières suisses des négociants étrangers. Sous le titre "admission des négociants étrangers", l'art. 37 LBVM prévoit certains cas dans lesquels l'autorisation peut être refusée à des négociants étrangers. D'après l'art. 38 al. 1 OBVM, on entend par "négociant étranger" toute entreprise organisée selon le droit étranger, qui dispose, à l'étranger, de l'autorisation d'exercer l'activité de négociant (let. a), fait figurer le terme de "négociant en valeurs mobilières" ou un terme ayant une signification semblable dans sa raison sociale, dans la désignation de son but social ou dans ses documents commerciaux (let. b), ou exerce une activité de négociant au sens de l'art. 2 let. d de la loi. L'art. 38 al. 2 OBVM prévoit que si la direction effective du négociant étranger se situe en Suisse ou si ce dernier exerce son activité exclusivement ou de manière prépondérante en Suisse ou depuis la Suisse, il doit être organisé selon le droit suisse et il est soumis aux dispositions légales applicables aux négociants suisses. D'après la doctrine, la notion de "négociant étranger" ainsi définie est plus large que celle de "négociant organisé selon le droit suisse". Ainsi la simple mention des termes "négociant en valeurs mobilières" ou d'un terme ayant une signification semblable dans la raison sociale, dans la désignation des buts statutaires ou dans les documents commerciaux conduit à la qualification de négociant étranger même si l'activité réellement exercée ne relève pas du commerce des valeurs mobilières (ZUFFEREY/BIZZOZZERO/PIAGET , op. cit., p. 50).

9.4 Lorsqu'une entreprise organisée selon le droit étranger est qualifiée de "négociant étranger", elle doit, en application de l'art. 39

OBVM, requérir l'autorisation de la Commission fédérale des banques respectivement de la FINMA dans trois hypothèses. Une autorisation est nécessaire selon l'art. 39 al. 1 let. a ch. 1 OBVM, lorsqu'elle occupe en Suisse des personnes qui, à titre professionnel et permanent, en Suisse ou depuis la Suisse négocient pour

elle des valeurs mobilières, tiennent des comptes pour ses clients ou l'engagent juridiquement (succursale). Une autorisation est aussi nécessaire selon l'art. 39 al. 1 let. a ch. 2 OBVM lorsque ces personnes agissent pour elle d'une autre manière qu'au sens du ch. 1, notamment en lui transmettant des mandats de clients ou en la représentant à des fins publicitaires ou dans d'autres buts (représentation). Enfin, une autorisation est nécessaire aux termes de l'art. 39 al. 1 let. b OBVM, lorsque l'entreprise organisée selon le droit étranger a l'intention de s'affilier à une bourse ayant son siège en Suisse (membre étranger d'une bourse). Comme une succursale au sens de l'art. 935 CO d'un négociant étranger occupe des personnes qui peuvent l'engager, la doctrine considère à bon droit qu'une telle succursale est nécessairement aussi une succursale au sens de l'art. 39 OBVM, même si elle n'effectue pas en Suisse des opérations de négoce sur valeurs mobilières (ZUFFEREY/BIZZOZZERO/PIAGET, op. cit., p. 50). Il s'ensuit qu'un "négociant étranger" (art. 38 al. 1 OBVM) qui ouvre une succursale au sens de l'art. 935 CO en Suisse doit solliciter une autorisation de la Commission fédérale des banques aujourd'hui la FINMA à cet effet. Cette dernière sera soumise aux obligations résultant de l'art. 40 OBVM.

10.

10.1 La Commission fédérale des banques, respectivement la FINMA, ainsi que le Tribunal administratif fédéral ont qualifié les activités en cause d'activités de maison d'émission. Il convient toutefois de constater que D. BVI n'est pas intervenue comme partie dans les contrats de souscription d'actions de sociétés étrangères, de sorte qu'elle n'a ni acheté ni vendu des valeurs mobilières (cf. consid. 9.1 ci-dessus) dans la majorité des transactions qui ont eu lieu entre les sociétés émettrices étrangères et les investisseurs en Suisse. Selon les faits retenus par le Tribunal administratif fédéral, D. BVI n'est intervenue sans conteste comme partie dans les contrats que dans trois cas, ce qui, hormis l'hypothèse dans laquelle elle aurait procédé à des offres publiques et celle où les activités en cause seraient le fait d'un groupe au sens de la jurisprudence, est insuffisant et

largement inférieur au chiffre de vingt transactions (ATF 136 II 43 consid. 4.1 p. 47 et 48) pour considérer qu'elle aurait agi, selon les termes des art. 2 let. d LBVM ainsi que 3 al. 2 OBVM, "à titre professionnel" comme maison d'émission. D. BVI conteste avoir offert publiquement des valeurs mobilières sur le marché suisse. Il n'est toutefois pas nécessaire d'examiner la réalisation des conditions des art. 2 let. d LBVM ainsi que 2 al. 1 et 3 al. 2 OBVM, notamment du nombre de transactions, qui conduirait à admettre l'existence d'une maison d'émission en l'espèce ni les nombreux griefs en fait comme en droit de D. BVI et de E. qui y sont liés.

10.2 En effet, D. BVI est une société incorporée aux Iles Vierges britanniques (BVI) qui a pour but l'achat, la vente, l'échange, la détention, le développement et l'émission de valeurs mobilières. D. BVI est par conséquent une société organisée selon le droit étranger (des Iles Vierges britanniques) qui fait figurer dans la désignation de son but social les termes "achat, vente, [...]de valeurs mobilières". Ces derniers ont une signification semblable au terme "négociant en valeurs mobilières". Il s'ensuit que D. BVI est un "négociant étranger" au sens de l'art. 38 al. 1 let. b OBVM.

10.3 Il est établi que D. Ltd, succursale Zurich, est inscrite au registre du commerce depuis le 1er mars 2004 en qualité de succursale de D. BVI au sens de l'art. 935 al. 2 CO et qu'elle a pour but le contact avec les investisseurs en Europe. En tant que négociant étranger (cf. consid. 10.2 ci-dessus), D. BVI devait requérir l'autorisation de la Commission fédérale des banques en application de l'art. 39 al. 1 let. a ch. 1 OBVM pour ouvrir en Suisse une succursale au sens de l'art. 935 CO. En ne requérant pas d'autorisation de la Commission fédérale des banques, D. BVI a violé l'art. 42 OBVM, en vertu duquel le négociant étranger ne peut pas requérir l'inscription de la succursale au registre du commerce avant que la Commission ne l'ait autorisé à ouvrir ladite

succursale.

10.4 Par conséquent, le grief de violation du droit fédéral sur ce point est rejeté par substitution de motif.