



---

Cour II  
B-1489/2011

## Arrêt du 19 septembre 2011

---

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),  
Francesco Brentani et Philippe Weissenberger, juges ;  
Ivan Jabbour, greffier.

---

Parties

**A. \_\_\_\_\_ SA,**  
représentée par Maître Alain Bionda, avocat,  
recourante,

contre

**Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers  
FINMA**, Einsteinstrasse 2, 3003 Berne,  
autorité inférieure.

---

Objet

Acceptation non autorisée de dépôts du public / liquidation.

**Faits :****A.**

A.\_\_\_\_\_ SA (ci-après : A.\_\_\_\_\_ ou la recourante) est inscrite au registre du commerce du canton E.\_\_\_\_\_ depuis le (...) 2006. Son but social se rapporte à la fourniture de services dans le domaine des changes et à l'exploitation d'une plateforme internet permettant d'effectuer des opérations sur le marché des devises. Le capital-actions de la société, entièrement libéré, s'élève à Fr. 100'000.-.

**B.**

Ayant constaté que A.\_\_\_\_\_ proposait, par l'intermédiaire de son site internet, des prestations en relation avec le négoce de devises, l'Autorité de surveillance des marchés financiers (ci-après : FINMA ou l'autorité inférieure) l'a informée par courrier du 23 septembre 2009 que son activité s'avérait susceptible d'être soumise à autorisation et l'a invitée à remplir un questionnaire concernant ses activités. Son courrier étant resté sans réponse, la FINMA a réitéré sa demande le 27 octobre 2009.

**C.**

Le 29 octobre 2009, A.\_\_\_\_\_ a renvoyé le questionnaire rempli à la FINMA ; elle y a joint un extrait du registre du commerce la concernant, une copie de ses statuts, une attestation d'affiliation à l'Organisme d'autorégulation des gérants de patrimoine (OAR-G) ainsi que les rapports de son organe de révision sur les comptes des exercices 2007 et 2008. Dans son courrier, A.\_\_\_\_\_ a déclaré ne pas encore exercer d'activité et ne pas viser à l'avenir à accepter des fonds de clients, tout en précisant que ces derniers lui verseraient uniquement des frais fixes d'abonnement pour l'utilisation de la plateforme internet.

**D.**

Le 3 décembre 2009, la FINMA a invité les responsables de A.\_\_\_\_\_ à une entrevue dans ses locaux pour discuter du modèle d'affaires de la société, les priant de lui faire parvenir au préalable toute documentation y relative, notamment un modèle du contrat qu'elle conclut avec ses clients. Le 16 décembre 2009, la recourante a transmis à l'autorité inférieure divers documents dont une copie du "(...)" (contrat client individuel) ainsi qu'un extrait de son compte auprès de B.\_\_\_\_\_, société spécialisée dans les paiements par internet, pour la période allant du 1<sup>er</sup> décembre au 16 décembre 2009.

**E.**

Lors de cette entrevue, tenue le 17 décembre 2009, A.\_\_\_\_\_ était

représentée par son administrateur unique, C.\_\_\_\_\_ et par un actionnaire, D.\_\_\_\_\_. Ces derniers ont informé la FINMA que la plateforme de négoce de la société était désormais active, et ce depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2009. Ils ont exposé le modèle d'affaires de la société et déclaré qu'ils ne considéraient pas les abonnements comme des dépôts. Enfin, ils ont précisé que les opérations de change étaient purement virtuelles en ce sens qu'elles n'étaient ni réellement exécutées ni couvertes, mais que la société avait conclu un accord avec une société de courtage dans le but de couvrir à l'avenir les risques liés aux positions de clients qu'elle ne pouvait pas compenser elle-même.

#### **F.**

Par courrier du 14 juin 2010, la FINMA a informé la recourante qu'au terme de ses investigations, elle était parvenue à la conclusion que les activités de la société ne se révélaient pas conformes à la législation en vigueur ; la FINMA a dressé un état de fait et un descriptif du modèle d'affaires de A.\_\_\_\_\_ ; elle les lui a soumis pour prise de position, l'invitant également à se déterminer sur les mesures à prendre à son égard, susceptibles d'aller jusqu'à la liquidation de la société. Pour l'essentiel, la FINMA a constaté que A.\_\_\_\_\_, au travers de sa plateforme électronique, offrait à ses clients le droit d'effectuer du négoce de devises sur la base d'un abonnement mensuel fixe de USD 6.-, 12.- ou 24.-, permettant de négocier des montants virtuels en devises allant jusqu'à respectivement 2'500, 5'000 et 10'000 unités de la devise concernée. Après s'être acquittés de leur cotisation par le biais du compte B.\_\_\_\_\_ de A.\_\_\_\_\_, les abonnés pouvaient négocier des devises dans les limites de l'abonnement qu'ils ont choisi. Le négoce s'effectuait du dimanche 23h00 GMT au vendredi 21h50 GMT. L'ensemble des positions encore ouvertes le vendredi à 21h50 GMT étaient automatiquement clôturées au prix courant et les gains éventuels versés aux clients chaque dimanche au travers de leurs comptes B.\_\_\_\_\_. En cas de pertes, le solde négatif maximal des comptes de clients s'élevait à USD 5.- pour l'abonnement de USD 6.-, à USD 10.- pour celui de USD 12.- et à USD 20.- pour celui de USD 24.-. Lorsque ces limites étaient atteintes, les comptes y afférents se trouvaient bloqués au prix en cours. Les clients avaient la possibilité de combler ces soldes négatifs par des versements subséquents ayant pour effet de débloquent leurs comptes. Selon la FINMA, la recourante prévoyait dans une première mouture de sa page internet des effets de levier allant jusqu'à 100:1.

#### **G.**

Par courrier du 9 août 2010, A.\_\_\_\_\_ a fait part à la FINMA de ses

remarques quant à l'état de fait ainsi que de son point de vue en relation avec son modèle d'affaires en concluant que, comme les frais d'abonnement n'étaient pas remboursables, elle ne faisait pas appel aux fonds du public et, par conséquent, qu'elle n'était pas soumise à l'obligation d'obtenir une autorisation. La recourante a contesté pratiquer des effets de levier, ceux-ci étant selon elle typiques de négociants en devises qui proposent à leurs clients des crédits en sus de leurs avoirs et ont recours à des appels de marge, ce qui ne s'avérait pas son cas. Au surplus, A.\_\_\_\_\_ s'est étonnée de la communication de la FINMA car une de ses représentantes assistant à la réunion du 17 décembre 2009 lui aurait signifié qu'aucun manquement ou infraction ne sauraient lui être reprochés et qu'elle était autorisée à poursuivre ses activités.

#### **H.**

Le 7 octobre 2010, la FINMA, jugeant obscurs certains aspects techniques des opérations de la recourante, lui a demandé des détails, notamment sur le nombre de ses clients, le volume des transactions opérées, la nature d'un bonus qu'elle dit offrir aux clients sur sa page internet ainsi que sur la manière dont elle calcule les cours de change ; la FINMA a également enjoint la recourante de lui fournir un extrait du compte d'un client afin de lui permettre de mieux appréhender la situation.

#### **I.**

Par courrier du 8 novembre 2010, A.\_\_\_\_\_ a expliqué les démarches d'ouverture d'un compte et le fonctionnement des flux financiers au travers du service de paiement B.\_\_\_\_\_. Elle a aussi assuré compter 60 clients payants à ce moment-là, dont le total des transactions virtuelles se montait à USD 24'800'000.- en octobre 2010 ; selon elle, au vu du faible volume des transactions, les risques émanant des opérations non couvertes ne justifiaient pas de recourir à la compensation des risques par des opérations de "hedging" (couverture des risques). Elle a déclaré qu'une somme de Fr. 1'000.- à 1'500.- était déposée en permanence sur son compte B.\_\_\_\_\_ pour faire face à ses obligations de paiement des profits des clients. La recourante a affirmé qu'elle supportait seule le risque commercial résultant des transactions des clients mais que la question de la FINMA concernant le "risque de crédit" se révélait dénuée de pertinence puisqu'elle n'exerçait pas d'activités bancaires.

#### **J.**

Par décision du 28 janvier 2011, la FINMA a constaté que l'activité de la recourante correspondait à du négoce de devises et à des opérations

bancaires ; que cette dernière acceptait sans autorisation des dépôts du public à titre professionnel ; qu'elle faisait de la publicité à cette fin. L'autorité inférieure a expliqué que les frais d'abonnement et les sommes versées par les clients pour couvrir les soldes négatifs de leurs comptes devaient être considérés comme des dépôts car ils l'obligeaient à prêter envers ses clients en leur remboursant chaque semaine les gains réalisés ; ces versements en faveur des clients étant à son avis réputés remboursements des dépôts initiaux. La FINMA a par conséquent conclu à la liquidation de la société – jugeant cette mesure adéquate et proportionnée – et a nommé des liquidateurs dont les frais et honoraires ainsi que les frais de procédure par Fr. 20'000.- étaient mis à la charge de la société.

#### **K.**

Par mémoire du 7 mars 2011, A.\_\_\_\_\_ a formé recours contre cette décision en concluant, avec suite de dépens, à son annulation pour violation du droit fédéral ainsi que constatation inexacte et incomplète des faits pertinents ; elle requiert en outre du Tribunal de céans de constater qu'elle n'acceptait pas de dépôts du public et n'était par suite pas assujettie à la surveillance des marchés financiers. À l'appui de ses conclusions, elle fait valoir qu'elle ne constitue pas un négociant en devises type en ce qu'elle n'accepte pas de fonds de clients mais perçoit de leur part des frais d'abonnement mensuels ne pouvant en aucun cas leur être remboursés. Or, pour être qualifiés respectivement de passifs et de dépôts du public, les fonds en question devraient faire l'objet d'une promesse de remboursement. La recourante ajoute qu'elle n'a aucun pouvoir de disposition sur les avoirs des clients et qu'elle ne possède aucun moyen pour les contraindre à combler les soldes négatifs de leurs comptes. Enfin, la recourante réitère sa déclaration selon laquelle une représentante de la FINMA aurait admis, lors de la réunion du 17 décembre 2010, qu'aucun manquement ou infraction ne pouvaient être mis à sa charge et qu'elle était autorisée à poursuivre ses activités.

#### **L.**

Invitée à se déterminer sur le recours, la FINMA en conclut au rejet par écritures du 9 juin 2011. Elle conteste la version des faits de la recourante en ce qui concerne les dires de sa représentante lors de l'entretien du 17 décembre 2010. L'autorité inférieure aurait au contraire informé la recourante qu'elle entendait discuter de la situation à l'interne et qu'elle la contacterait de nouveau mais, qu'entre-temps, la société n'était pas tenue d'interrompre immédiatement ses activités. La FINMA avance que la recourante méconnaît la notion de dépôts du public pour

ce qui est des frais d'abonnement et omet de tenir compte des versements effectués par les clients à titre de couverture des soldes négatifs, au sujet desquels elle ne se prononce d'ailleurs pas. La FINMA note que la recourante ne précise par ailleurs pas si les soldes négatifs des comptes de clients constituent des dettes et ne renonce pas au recouvrement de ces montants par voies légales le cas échéant. Elle ajoute enfin que l'activité de la recourante équivaut à une tentative de contournement de la loi au détriment des investisseurs et de la place financière suisse.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

## **Droit :**

### **1.**

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

**1.1.** À teneur des art. 31 et 33 let. e de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) en relation avec l'art. 54 al. 1 de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité de surveillance des marchés financiers (LFINMA, RS 956.1), le Tribunal administratif fédéral est compétent pour juger des recours contre les décisions rendues par la FINMA. L'acte attaqué constitue en effet une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. a de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021). Le Tribunal de céans peut donc connaître de la présente affaire.

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

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

## 2.

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

**2.2.** La FINMA exerce la surveillance conformément aux lois sur les marchés financiers, dont la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB, RS 952.0 ; art. 6 al. 1 en relation avec art. 1 al. 1 let. d LFINMA). Elle a pour but de protéger les créanciers, les investisseurs ainsi que les assurés, et d'assurer le bon fonctionnement des marchés financiers ; elle contribue ce faisant à améliorer la réputation et la compétitivité de la place financière suisse (art. 5 LFINMA ; cf. Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741, en particulier 2771 s.). Si elle apprend que les prescriptions légales sur les marchés financiers ont été enfreintes ou si elle constate d'autres irrégularités, elle prend les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal et à la suppression des irrégularités (art. 31 LFINMA). Dans la mesure où elle veille de manière générale au respect des prescriptions légales, son pouvoir de surveillance n'est pas limité aux seules entreprises qui se trouvent clairement assujetties à la loi ; elle est également autorisée à utiliser les moyens légaux prévus pour exercer sa surveillance à l'égard d'instituts ou de personnes dont l'assujettissement à la loi est litigieux et doit déterminer si l'activité de ces derniers nécessite une autorisation (art. 1 et 3 LB ; cf. ATF 136 II 43 consid. 3.1, ATF 132 II 382 consid. 4.1 et les réf. cit.). Si des indices concrets suffisants permettent de penser qu'en violation des dispositions légales une activité soumise à autorisation est exercée sans que celle-ci n'ait été accordée, l'autorité inférieure a le pouvoir – et même le devoir – d'entreprendre les investigations nécessaires et d'adopter les mesures utiles pour rétablir l'ordre légal (cf. ATF 132 II 382 consid. 4.2, arrêt du Tribunal fédéral 2A.119/2002 du 11 décembre 2002 consid. 2.1).

**2.3.** Le choix de la mesure à adopter dans une situation concrète constitue une question d'appréciation (cf. KATJA ROTH PELLANDA in : Rolf Watter/Nedim Peter Vogt, Basler Kommentar Börsengesetz -

Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2011, n° 10 ad art. 31 LFINMA). La FINMA, en tant qu'autorité spécialisée dans la surveillance des banques, jouit d'une importante marge de manœuvre dans le choix des mesures qu'elle décide d'appliquer (cf. ATF 135 II 356 consid. 3.1, arrêt du Tribunal fédéral 2C\_565/2010 du 14 avril 2011 consid. 4.1). Les instances de recours n'interviennent qu'en cas d'excès (cf. ATF 132 II 382 consid. 4.1 et les réf. cit.). L'autorité inférieure se conformera cependant 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. ROTH PELLANDA, op. cit., n° 11 ad art. 31 LFINMA). La mesure choisie doit également correspondre aux buts essentiels de la législation sur les marchés financiers, à savoir la protection respectivement des créanciers et des investisseurs, d'une part, et le bon fonctionnement du marché ainsi que la réputation de la place financière helvétique, d'autre part (cf. ATF 136 II 43 consid. 3.2, ATF 135 II 356 consid. 3.1).

### **3.**

La recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir violé le droit fédéral (art. 49 let. a PA) en considérant à tort qu'elle acceptait sans autorisation des dépôts du public à titre professionnel.

**3.1.** Les personnes physiques ou morales qui ne sont pas assujetties à la loi sur les banques ne peuvent accepter des dépôts du public à titre professionnel (art. 1 al. 2 LB). Aux termes de cette disposition, l'acceptation de dépôts du public, opération relevant du passif du bilan, consiste en ce qu'une entreprise s'oblige à titre professionnel envers des tiers, devenant ainsi débitrice en remboursement de la prestation correspondante (ATF 136 II 43 consid. 4.2 et les réf. cit.). Il n'est pas nécessaire que le remboursement effectif corresponde au montant originellement versé, étant donné que les soldes des comptes varient fréquemment en raison des intérêts dus, des évolutions de cours, d'autres profits ou pertes (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2311/2010 du 22 octobre 2010 consid. 4.2). Le Tribunal fédéral a par ailleurs considéré que le caractère de dépôt ne présupposait pas que l'obligation de rembourser portât sur l'ensemble de la somme versée par le client, ni même que le remboursement pût s'effectuer de manière immédiate, sans transaction intermédiaire (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2A.218/219/1999 du 5 janvier 2000 consid. 3b/bb).

Tous les passifs ont en principe le caractère de dépôts, hormis ceux énumérés de manière exhaustive à l'art. 3a al. 3 de l'ordonnance du 17

mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne (OB, RS 952.02 ; cf. ATF 136 II 43 consid. 4.2 ; Circulaire de la FINMA 2008/3 : Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires [ci-après : Circ.-FINMA 2008/3], n° 10, accessible sous le lien internet <http://www.finma.ch/f/regulierung/Documents/finma-rs-2008-03-f.pdf>, dernière visite le 19 septembre 2011). En outre, il ressort de dite ordonnance que tous les dépôts constituent des dépôts du public, à l'exception des fonds dont la provenance est stipulée à l'art. 3a al. 4 OB (cf. ATF 136 II 43 consid. 4.2 ; Circ.-FINMA 2008/3 n° 19). Agit à titre professionnel au sens de la LB celui qui sur une longue période accepte plus de 20 dépôts du public (art. 3a al. 2 OB ; cf. Circ.-FINMA 2008/3, n° 9) ou fait de la publicité à cet effet, en particulier par des annonces dans la presse ou les médias électroniques, par des prospectus ou par des circulaires (art. 3 al. 1 OB), et ce même s'il en résulte moins de 20 dépôts (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2A.51/2007 du 5 juin 2007 consid. 3.1 ; Circ.-FINMA 2008/3, n° 9 ; BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB in : Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, 15<sup>ème</sup> éd., Zurich 2004, n° 31 ad art. 1).

Comme il a été exposé plus haut (cf. supra consid. 2.2), le but de la surveillance des marchés financiers tend à protéger les créanciers, les investisseurs et les marchés financiers. La poursuite de cet objectif ne saurait être mise en échec par des mesures – telles que les modalités juridiques des activités litigieuses – visant à éluder la loi et à échapper à l'obligation d'obtenir une autorisation ; selon la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de groupes de sociétés agissant en commun, seule une considération globale de l'affaire examinée, incluant les aspects économiques, permet de tenir compte des circonstances effectives et de la finalité de la surveillance des marchés financiers (cf. ATF 136 II 43 consid. 4.3.1, ATF 135 II 356 consid. 3.2 et les réf. cit.).

**3.2.** Afin de procéder à la qualification des sommes versées par les clients, il sied d'examiner le modèle d'affaires de la recourante selon ses modalités générales, sans se limiter au cadre purement juridique qui, comme l'autorité inférieure l'indique à juste titre, ne se révèle pas clair.

**3.2.1.** En effet, la recourante n'expose pas à ses clients les conséquences du blocage de leurs comptes et ne leur communique pas explicitement s'il leur incombe l'obligation ou non de rembourser les soldes négatifs. Elle prétend ne disposer d'aucun moyen lui permettant d'en exiger la compensation ; nonobstant, la section "(...)" (indemnisation) de son "(contrat client individuel)" prescrit que les clients

s'engagent à la dédommager de tout préjudice découlant de leur activité de négoce. Ils peuvent donc être amenés à croire qu'ils ont l'obligation de procéder aux paiements correspondants. De même, la rubrique "FAQ" (questions fréquemment posées) de la page internet de la recourante mentionne un "(...)" (bonus effectif) dont bénéficieraient les clients sans expliquer clairement en quoi il consiste. La recourante n'a d'ailleurs pas donné de réponse satisfaisante à l'autorité inférieure lorsqu'elle lui a demandé des détails à ce sujet.

Au surplus, la recourante ne conteste pas avoir exercé une activité de négoce virtuel en devises et avoir accepté des versements de la part de ses clients à cet effet. Elle réfute toutefois les conclusions de la FINMA qui a qualifié de dépôts du public les frais d'abonnement mensuels ainsi que les paiements en compensation des soldes négatifs tout en estimant que les activités effectuées par la recourante correspondaient typiquement tant à des opérations bancaires qu'à des activités propres aux négociants en devises. La recourante affirme pour sa part que l'acceptation de dépôts du public au sens de la LB implique toujours une obligation de rembourser ; les frais d'abonnement étant non remboursables, ils ne sauraient donc constituer des dépôts du public. Pour cette raison, elle ne se considère pas comme négociant en devises type soumis à l'obligation d'une autorisation. Quant à la nature des versements en compensation des soldes négatifs, elle se contente de déclarer qu'elle ne disposait pas de la possibilité d'en obtenir le paiement.

**3.2.2.** En l'espèce, les frais d'abonnement octroient aux clients le droit d'accéder à la plateforme de négoce de la recourante et d'y effectuer des opérations virtuelles de négoce portant, selon le type d'abonnement, sur 2'500, 5'000 ou 10'000 unités de la devise concernée. Il est vrai, comme l'indique la recourante, que les frais d'abonnement ne s'avèrent en soi pas remboursables, et ce indépendamment des soldes positifs ou négatifs résultant des opérations des clients ou même si ces derniers n'accomplissent pas la moindre opération. Envisagées cependant de manière globale, les cotisations revêtent une fonction double : celle d'une taxe d'accès – non remboursable – à la plateforme de négoce pendant un mois et celle d'un avoir initial sur le compte du client consistant en un montant virtuel en devises négociables qui doit être qualifié de passif à la charge de la recourante dans la mesure où il l'oblige non seulement à exécuter les transactions des clients mais aussi à rembourser les bénéfices réalisés sur la base de cet avoir jusqu'à la clôture de la semaine de négoce. En effet, la contre-prestation consistant en la mise à disposition de cet avoir naît du paiement de la cotisation mensuelle. En

sus, eu égard aux gains engrangés grâce aux transactions, le caractère de passifs apparaît encore plus évident, attendu que ces sommes équivalent aux soldes positifs déposés sur le compte B.\_\_\_\_\_ de la recourante dans l'attente de leur remboursement à la fin de la semaine de négoce. Dans ce contexte, l'existence d'un solde positif et son montant ne sont pas décisifs ; comme l'autorité inférieure l'indique à juste titre, le droit au remboursement ne doit pas nécessairement porter sur un montant identique aux versements effectués par les clients (cf. consid. 3.1) ; in casu, la différence s'explique par la nature même des frais d'abonnement correspondant à des taxes de tenue de compte ou de transaction ainsi que par la fluctuation des cours de change.

Même si, à l'instar de l'autorité inférieure, l'on considère le capital initial non pas comme un avoir versé par les clients mais comme une ligne de crédit mise à leur disposition par la recourante, cela ne change rien à la qualification des gains réalisés comme passifs à la charge de celle-ci.

**3.2.3.** Sur le vu de ce qui précède, les cotisations litigieuses payées par les clients et les soldes positifs de leurs comptes constituent des dettes inscrites au passif du bilan de la recourante.

**3.3.** Il reste à examiner si ces cotisations et soldes obéissent à l'un des cas d'exception énumérés de manière exhaustive à l'art. 3a al. 3 et 4 OB.

**3.3.1.** D'emblée, il appert que les conditions prévues aux let. b et d de l'art. 3a al. 3 ne sont manifestement pas remplies dans le cas d'espèce. Quant à l'art. 3a al. 3 let. a OB, il prescrit que les fonds reçus en contrepartie d'un contrat de transfert de propriété ou de prestations de services, ou remis à titre de garantie, ne sont pas regardés comme des dépôts. Or, la recourante ne se contente pas d'offrir une prestation de services en contrepartie des versements des clients, se limitant par exemple à fournir un accès à une plateforme de négoce, mais crédite aussi leur compte d'un avoir initial et leur rembourse les gains engrangés grâce à cet avoir. Il n'est également pas question de transfert de propriété ou de remise de fonds à titre de garantie. En cela, la prestation de la recourante dépasse ainsi largement le cadre de l'exception visée à l'art. 3a al. 3 let. a dont elle n'a d'ailleurs nullement tenté de se prévaloir.

**3.3.2.** L'art. 3a al. 3 let. c OB pour sa part institue une exception en faveur des soldes en compte de clients auprès de négociants en valeurs mobilières ou en métaux précieux, auprès de gérants de fortune ou d'entreprises analogues qui servent uniquement à exécuter des

opérations de clients, lorsqu'aucun intérêt n'est accordé sur les comptes. Or, la recourante déploie une activité de négociant en devises qui ne se trouve pas parmi les cas de figure énumérés à cette disposition. De prime abord, elle ne peut donc rien en déduire en sa faveur. Nonobstant, elle insiste sur le caractère atypique de son activité et prétend ainsi ne pas être soumise à autorisation.

A l'appui de leurs conclusions, tant l'autorité inférieure que la recourante se réfèrent à la révision de l'art. 3a al. 3 let. c OB entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2008 (RO 2008 1199). Auparavant, cet article prévoyait également une exception en faveur des négociants en devises dans la mesure où les fonds qu'ils se voyaient confier n'avaient pour autre but que d'exécuter les transactions des clients et qu'aucun intérêt n'était accordé sur les comptes. Tel ne s'avérait toutefois pas le cas lorsque le négociant ne couvrait pas les positions de ses clients (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-8228/2007 du 5 décembre 2008 consid. 5.3.6 s. ; Commentaire de la CFB : Négociants en devises – Modification de l'art. 3a al. 3 de l'Ordonnance sur les banques [ci-après : Commentaire de la CFB], 2007, p. 5, accessible sous le lien internet [http://www.finma.ch/archiv/ebk/f/regulier/konsultationen/20071119\\_04\\_f.pdf](http://www.finma.ch/archiv/ebk/f/regulier/konsultationen/20071119_04_f.pdf), dernière visite le 19 septembre 2011). A cet égard, l'autorité inférieure rappelle à juste titre que l'abandon de l'exception en faveur des négociants en devises, y compris ceux qui couvraient les positions de leurs clients, était motivée par les risques encourus par ces derniers et par les intérêts contradictoires du client et du négociant (cf. Commentaire de la CFB, p. 5 et 7). Cette révision visait en particulier les négociants en devises type, à savoir ceux agissant pour le compte de clients, qui reçoivent des fonds de la clientèle qu'ils regroupent sur un compte global ouvert à leur nom et agissent en qualité de contrepartie dans les transactions (cf. Commentaire de la CFB, p. 5).

Se fondant également sur le Commentaire de la CFB, la recourante prétend que son modèle d'affaires a été adopté en conformité avec les objectifs de la révision de manière à ne pas tomber sous le coup de l'obligation d'obtenir une autorisation. A l'appui de cette affirmation, elle se contente d'arguer qu'elle n'est pas un négociant en devises type car son modèle se base sur des abonnements non remboursables. Cette argumentation ne peut être suivie car, comme il été exposé ci-dessus, la qualification de ces fonds comme dépôts au sens de la LB ne peut être contournée par la simple astuce consistant à les camoufler sous forme d'abonnement. Par ailleurs, le passage du Commentaire auquel la recourante se réfère (cf. Commentaire de la CFB, p. 9) précise bien que

les négociants non désireux ou non capables d'obtenir une autorisation en tant que banques devraient adapter leur modèle d'affaires, par exemple en renonçant à intervenir en leur propre nom ou en s'associant à d'autres établissements ; nonobstant ses assertions, le modèle d'affaires de la recourante ne poursuit manifestement pas cet objectif car il correspond bien à celui du négociant en devises type. En effet, la recourante rassemble les paiements sur son propre compte B.\_\_\_\_\_ et agit comme contrepartie dans les transactions. Le caractère virtuel des opérations de change ne fait pas obstacle à cette qualification : le Tribunal de céans a déjà eu l'occasion de se pencher sur un cas de négoce virtuel, ou du moins partiellement virtuel, qu'il a qualifié d'activité de négociant type ne couvrant pas ou pas entièrement les positions des clients (cf. arrêt précité B-8228/2007).

En l'espèce, et contrairement aux dires de la recourante qui conteste le fait que le négoce sur sa plateforme permette de profiter d'un effet de levier et déclare ne pas procéder à des appels de marge, il sied de constater que les clients peuvent négocier plusieurs milliers d'unités de devises alors même qu'ils ne versent initialement pas plus de USD 24.-. Cela constitue manifestement un usage de l'effet de levier, considérable en l'occurrence : l'autorité inférieure a présenté dans sa décision un exemple de négoce de la paire GBP/USD, dans lequel cet effet pouvait atteindre un ratio de 781:1. Comme le fait remarquer l'autorité inférieure, de telles opérations exposent les clients à des risques importants. Les déclarations de la recourante contredisent par ailleurs les explications qui figurent sur son site internet dans les documents "(...)" (accessible sous le lien internet (...), dernière visite le 19 septembre 2011) et "(...)" (accessible sous le lien internet (...), dernière visite le 19 septembre 2011) où elle mentionne expressément l'usage de l'effet de levier ; elle y utilise également les termes "available margin" (marge disponible), "margin account" (compte de marge) et "margin call" (appel de marge).

Par conséquent, il convient de donner raison à l'autorité inférieure lorsqu'elle affirme que les activités de la recourante correspondent tant à des opérations typiques de négoce de devises sur la base d'une marge initiale (les frais d'abonnement), faisant usage d'un effet de levier et donnant lieu selon les résultats à des remboursements de soldes positifs ou à des appels de marge (les paiements en compensation des soldes négatifs), qu'à des opérations bancaires. En effet, le droit accordé aux clients d'avoir des soldes négatifs, qu'ils pourront combler, équivaut à la mise à disposition d'un crédit, opération typique de l'activité bancaire. Les paiements subséquents des clients remboursent ce crédit et rétablissent

l'avoir initial en leur faveur. Il n'y a pas lieu de suivre la recourante lorsqu'elle argue du fait qu'elle ne dispose d'aucun moyen lui permettant d'exiger l'acquittement des sommes en question ; d'une part, le cadre juridique de ses activités n'est pas clair à ce sujet et, d'autre part, elle accepte les versements effectués par ses clients en compensation des soldes négatifs de leurs comptes. Dans les faits, cela signifie que tant la recourante que les clients s'accordent à considérer ces montants comme crédits en faveur de ces derniers.

Il ressort de ce qui précède que l'art. 3a al. 3 let. c OB ne se révèle pas pertinent en l'occurrence.

**3.3.3.** Au surplus, in casu il ne s'agit manifestement pas d'un des cas d'exception au sens de l'art. 3a al. 4 OB, étant donné que les clients de la recourante ne possèdent à l'évidence pas le profil des déposants, investisseurs et autres créanciers énumérés dans cette disposition.

**3.3.4.** Dans la mesure où les fonds confiés à la recourante par ses clients constituent des passifs ne correspondant à aucun cas d'exception prévu à l'art. 3a OB, rien ne s'oppose à les qualifier de dépôts du public.

**3.4.** Attendu que l'activité de la recourante doit être qualifiée de professionnelle puisqu'elle a accepté de l'argent de 60 clients selon ses dires et qu'elle fait de la publicité pour ses services au travers de sa page internet, force est de constater qu'elle a consenti des dépôts du public à titre professionnel. Ne bénéficiant pas d'une autorisation ad hoc, elle agit en violation de l'art. 1 al. 2 LB. Par conséquent, la décision attaquée ne s'avère pas contraire au droit fédéral.

#### **4.**

La recourante reproche au surplus à l'autorité inférieure une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents (art. 49 let. b PA). Il ressort du mémoire de recours que ce grief se rapporte à la prétendue communication qu'une représentante de la FINMA aurait faite à la recourante lors de l'entretien du 17 décembre 2009, admettant expressément qu'aucun manquement ou infraction ne pouvaient lui être reprochés et l'autorisant à poursuivre son activité.

**4.1.** La procédure administrative est régie essentiellement par la maxime inquisitoriale selon laquelle les autorités définissent les faits pertinents et les preuves nécessaires, qu'elles ordonnent et apprécient d'office (art. 12 PA). Cette maxime doit cependant être relativisée par son corollaire, soit

le devoir de collaboration des parties à l'établissement des faits (art. 13 PA) ainsi que par le droit des parties, compris dans le droit d'être entendu, de participer à la procédure et d'influencer la prise de décision (cf. ATF 128 II 139 consid. 2b, ATF 120 V 357 consid. 1a, arrêt du Tribunal fédéral 2A.404/2004 du 18 février 2005 consid. 3.2). Ces règles de procédure n'influent toutefois pas sur la répartition du fardeau de la preuve laquelle est déterminée conformément au principe général du droit consacré à l'art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210), applicable en droit public dans la mesure où aucune loi spéciale n'en dispose autrement (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2A.669/2A.677/2005 du 10 mai 2006 consid. 3.5.2 et les réf. cit. ; CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 58 s., ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6<sup>ème</sup> éd., Zurich/St-Gall 2010, n° 1623, PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2011, p. 299 s.). En vertu de ce principe, l'administré doit prouver les faits dont il entend tirer un avantage et doit supporter les conséquences du défaut de preuve.

**4.2.** En l'espèce, la recourante invoque une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents par l'autorité inférieure afin d'obtenir l'annulation de la décision attaquée ; c'est à elle qu'il incombe d'en apporter la preuve. Or, elle n'a produit aucun moyen de preuve démontrant qu'une représentante de l'autorité inférieure l'aurait assuré que son activité était conforme à la loi. Pour sa part, l'autorité inférieure conteste fermement cette version des faits et a joint à sa réponse – cosignée par la représentante en question – le procès-verbal de la séance du 17 décembre 2009 duquel ne ressort aucune affirmation semblable.

**4.3.** En l'absence de preuve suffisamment étayée, il n'y a pas lieu d'admettre le grief de la recourante.

## **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 et ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

## **6.**

Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1

al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase et 4 FITAF).

En l'espèce, la recourante a succombé dans l'ensemble de ses conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à Fr. 5'000.- vu la complexité de l'affaire, doivent être intégralement mis à sa charge. Ils seront compensés avec l'avance de frais de Fr. 3'000.- d'ores et déjà versée par la recourante.

Vu l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 PA).

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 5'000.-, sont mis à la charge de la recourante, sous déduction de l'avance de frais déjà versée de Fr. 3'000.-. La recourante est invitée à verser le solde de Fr. 2'000.- dans les trente jours qui suivront l'entrée en force du présent arrêt au moyen du bulletin de versement qui lui sera adressé le moment venu par pli séparé.

**3.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire) ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. \_\_\_\_\_; acte judiciaire).

Le président du collège :

Le greffier :

Jean-Luc Baechler

Ivan Jabbour

**Indication des voies de droit :**

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :