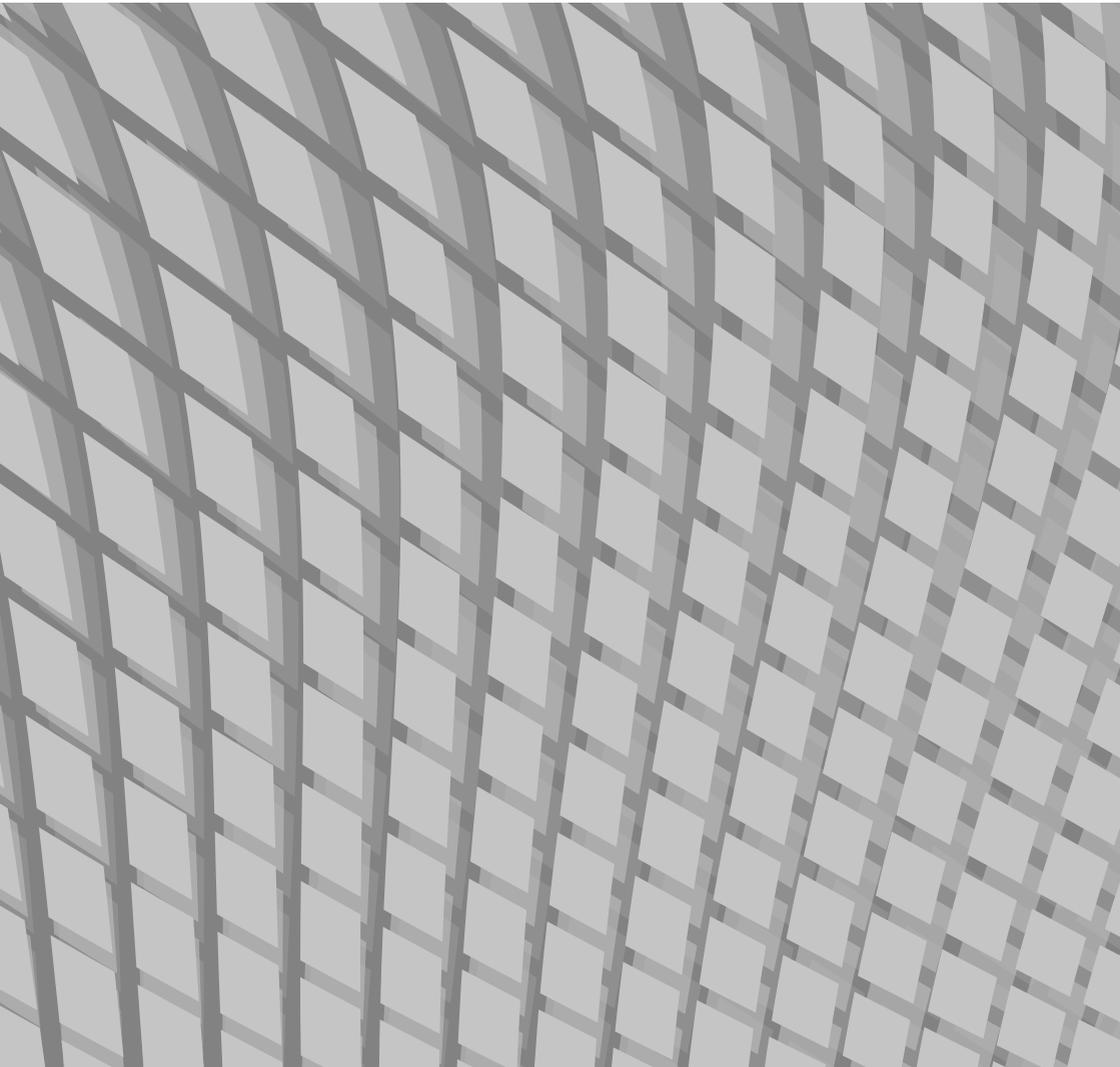




Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA
Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA
Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA

BULLETIN **2/2011**



BULLETIN
2/2011

Impressum

Herausgeberin: Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Einsteinstrasse 2
CH-3003 Bern
Tel. +41 (0)31 327 91 00
Fax +41 (0)31 327 91 01
info@finma.ch
www.finma.ch

Gestaltung: BBF AG, Basel

Druck: Stämpfli Publikationen AG, Bern

Inhalt / Sommaire / Sommario

Editorial	4
Éditorial	5
Editoriale	6
<hr/>	
1 Strukturierte Produkte und börsenrechtliche Meldepflichten	8
<hr/>	
2 Infraction aux exigences de garantie d'une activité irréprochable et manquements organisationnels découlant de litiges juridiques répétés entre des associés	40
<hr/>	
3 Pas d'examen abstrait de la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable	56
<hr/>	
4 Conflit d'intérêts lors de l'achat d'une valeur immobilière par la direction d'un fonds immobilier	76
<hr/>	
5 Unbewilligter Vertrieb von Mietkautionsversicherungen	88
<hr/>	
6 Amtshilfefähigkeit einer ausländischen Behörde, Anfangsverdacht und spontane Amtshilfe	102
<hr/>	
7 Qualité pour recourir et transmission d'informations et de documents à d'autres autorités dans le cadre de l'entraide administrative internationale	124

Das FINMA-Bulletin hat zum Ziel, wichtige rechtskräftige Entscheide der FINMA sowie die für die Weiterentwicklung der Praxis bedeutenden Urteile des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts einem breiten Kreis von interessierten Spezialisten bekannt zu machen.

Die Erwägungen der Entscheide und Urteile werden teilweise in gekürztem Wortlaut wiedergegeben. Diesen vorangestellt sind jeweils eine Regeste sowie der zusammengefasste Sachverhalt. Handelt es sich um von den Gerichten veröffentlichte Urteile, werden im FINMA-Bulletin ebenfalls deren Regesten übernommen, zugleich ist aber auch hier der Sachverhalt zusammengefasst.

Die im FINMA-Bulletin veröffentlichten Entscheide der FINMA sind grundsätzlich anonymisiert. Entscheide, welche die Auflösung oder die Eröffnung eines Konkurses einer Gesellschaft zum Gegenstand haben, werden nur so weit anonymisiert, als natürliche Personen involviert sind. Die Urteile der Gerichte schliesslich werden im FINMA-Bulletin entsprechend deren Veröffentlichung übernommen.

In Sonderbulletins veröffentlicht die FINMA bei Bedarf Texte zu einem bestimmten Thema, beispielsweise Regulierungen und Materialien oder Berichte. Die Sonderbulletins werden in der Regel nicht gedruckt, sondern nur auf der FINMA-Internetseite zur Verfügung gestellt.

Urs Zulauf
General Counsel

Stefan Wyler
Recht und Compliance

Le Bulletin FINMA vise à informer un large cercle de spécialistes sur les décisions importantes et entrées en force rendues par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA, ainsi que sur les arrêts 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 et arrêts 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 FINMA reproduit les registes de ces derniers, se permettant toutefois de résumer les faits.

Les décisions de la FINMA publiées dans son Bulletin sont en principe anonymisées. Celles qui ont pour objet la dissolution d'une société ou l'ouverture d'une faillite ne sont anonymisées que dans la mesure où des personnes physiques sont impliquées. Enfin, les arrêts des tribunaux sont reproduits dans le Bulletin FINMA tels qu'ils ont été publiés.

En cas de besoin, la FINMA publie dans ses Bulletins spéciaux des textes qui se rapportent à un sujet donné, par exemple des réglementations, des travaux préparatoires ou des rapports. En règle générale, ces Bulletins spéciaux ne sont pas publiés sous forme papier, mais seulement mis à disposition en ligne sur le site Internet de la FINMA.

Urs Zulauf
General Counsel

Stefan Wyler
Droit et compliance

Il bollettino della FINMA ha lo scopo di portare a conoscenza di una vasta cerchia di specialisti importanti decisioni passate in giudizio emesse dall'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA, come pure le sentenze del Tribunale amministrativo federale e del Tribunale federale significative per l'ottimizzazione della prassi.

I considerandi delle decisioni e delle sentenze vengono in parte riportati in forma abbreviata e ogni volta sono preceduti da un regesto e dal riassunto dei fatti. Laddove si hanno sentenze pubblicate da un tribunale, il bollettino della FINMA ripropone anche i rispettivi regesti, ma riassume i fatti.

In linea di massima, le decisioni della FINMA pubblicate nel bollettino sono anonimizzate. Quelle che hanno per oggetto lo scioglimento o la dichiarazione di fallimento di una società sono anonimizzate solo nella misura in cui riguardano persone fisiche. Per quanto concerne le sentenze dei tribunali, infine, la FINMA riprende nel proprio bollettino la forma di anonimizzazione adottata dal rispettivo tribunale nella propria pubblicazione.

All'occorrenza la FINMA pubblica bollettini speciali in cui sono raccolti testi, come disposizioni regolamentari e materiale documentale o rapporti, relativi a un determinato tema. Generalmente tali bollettini non sono stampati, ma vengono pubblicati sul sito Internet della FINMA.

Urs Zulauf
General Counsel

Stefan Wyler
Diritto e compliance

1 Strukturierte Produkte und börsenrechtliche Meldepflichten

**URTEIL des Bundesgerichts 2C_77/2009 und 2C_78/2009
vom 11. März 2010 i. S. Laxey Partners Ltd. und Mitb. gegen
Implenia AG und Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMA (BGE 136 II 304)**

Börsenrechtliche Meldepflicht (Art. 2 Bst. a und Art. 20 BEHG [in den beiden Fassungen vom 24. März 1995 sowie vom 22. Juni 2007], Art. 9, 10, 12 und 13 BEHV-EBK, Art. 15 Abs. 1 Bst. c BEHV-FINMA; Art. 89 Abs. 1 Bst. c und Art. 95 BGG, Art. 1 und 18 VwVG).

1. Formelles, insbesondere Streitgegenstand, Legitimation und Kognition (E. 1 und 2).
2. Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen (E. 3–5).
3. Anwendbare Rechtsgrundsätze und zu gewährende Parteirechte im Rahmen der Vorabklärungen vor Eröffnung des ordentlichen Verwaltungsverfahrens über die Feststellung einer Verletzung der Meldepflicht (E. 6).
4. Der die börsenrechtliche Meldepflicht auslösende indirekte Erwerb einer massgeblichen Beteiligung schliesst alles geschäftliche Handeln ein, das den Aufbau einer entsprechenden Beteiligung trotz Auseinanderfallens der wirtschaftlichen und formalen Berechtigung objektiv ermöglicht bzw. das im Ergebnis das Stimmrecht über die Beteiligungspapiere vermitteln kann, wenn aufgrund der Umstände darauf geschlossen werden muss, dass eine solche Beteiligung auch angestrebt wird. Beurteilung eines Geschäftsverhaltens, bei dem verschiedene miteinander verbundene Gesellschaften unter Verwendung eines für die Schweiz neuen Finanzinstruments (sog. «contract for difference», CFD) mit Blick auf die gleiche Zielgesellschaft koordiniert vorgehen (E. 7).

Obligation de déclarer du droit des bourses (art. 2 let. a et art. 20 LBVM [dans sa teneur au 24 mars 1995 ainsi que dans celle au 22 juin 2007], art. 9, 10, 12 et 13 OBVM-CFB, art. 15 al. 1 let. c OBVM-FINMA; art. 89 al. 1 let. c et art. 95 LTF, art. 1 et 18 PA).

1. Aspects formels, en particulier objet du recours, qualité pour recourir et pouvoir d'examen (consid. 1 et 2).
2. Examen de la constatation des faits (consid. 3-5).
3. Principes généraux applicables et droits de partie dans le cadre des investigations précédant l'ouverture de la procédure administrative ordinaire relative à la constatation d'une violation de l'obligation de déclarer du droit des bourses (consid. 6).
4. L'acquisition indirecte d'une participation déterminante, entraînant cette obligation de déclarer, inclut toute action commerciale qui rend objectivement possible la constitution d'une telle participation, malgré des ayants droit économiques et formels distincts, pouvant avoir pour résultat de procurer le droit de vote sur les titres de participation; ceci pour autant qu'il résulte des circonstances qu'une telle participation est voulue. Appréciation de pratiques commerciales selon lesquelles diverses sociétés liées par l'usage d'un nouvel instrument financier pour la Suisse (« contract for difference », CFD) agissaient de manière coordonnée à l'égard de la même société cible (consid. 7).

Obbligo di dichiarazione in base alla legislazione sulle borse (art. 2 lett. a e art. 20 LBVM [nella versione del 24 marzo 1995 e in quella del 22 giugno 2007], art. 9, 10, 12 e 13 OBVM-CFB, art. 15 cpv. 1 lett. c OBVM-FINMA; art. 89 cpv. 1 lett. c e art. 95 LTF, art. 1 e 18 PA).

1. Aspetti formali riguardanti in particolare l'oggetto della lite, la legittimazione a ricorrere e il potere d'esame (consid. 1 e 2).
2. Verifica dell'accertamento dei fatti (consid. 3-5).
3. Principi generali applicabili e diritti delle parti nel quadro dei chiarimenti precedenti l'apertura di una procedura amministrativa ordinaria relativa alla constatazione di una violazione dell'obbligo di dichiarazione (consid. 6).
4. L'acquisto indiretto di una partecipazione determinante, che comporta un obbligo di dichiarazione, include ogni azione commerciale che rende obiettivamente possibile – malgrado la discrepanza tra legittimazione economica e formale – la costituzione di una tale partecipazione rispettivamente può procurare il diritto di voto su titoli di partecipazione, quando risulta che una simile partecipazione sia voluta. Apprezzamento di un comportamento in ambito commerciale, secondo cui diverse società legate l'una all'altra, utilizzando un nuovo strumento finanziario per la Svizzera (cosiddetto «contract for difference», CFD), agivano in modo coordinato mirando sulla stessa società (consid. 7).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Die Laxey Partners Ltd. ist eine Gesellschaft in der Rechtsform einer Private Company Limited by Shares mit Sitz auf der Isle of Man. Sie verwaltet für Dritte Vermögen bzw. Investmentgesellschaften, worunter insbesondere The Value Catalyst Fund Ltd., LP Value Ltd., Laxey Investors Ltd., Altma Sicav Plc. in respect of Gardiner Sub-Fund, Leaf Ltd., Laxey Investors LP, Sprugos Investments XII LLC, Laxey Universal Value LP, LPAlternative LP und The Laxey Investment Trust Plc. Diese Gesellschaften sind auf vielfache Weise im Sinne von General Partnerships und Mutter-Tochter-Firmenverhältnissen miteinander verbunden.

Am 5. April 2007 informierte die Implenia AG die Eidgenössische Bankenkommision (EBK; nachfolgend: Bankenkommision; heute: Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA; nachfolgend: Finanzmarktaufsicht) darüber, dass Laxey Partners Ltd. und die mit ihr verbundenen Partner- bzw. Tochtergesellschaften (nachfolgend: Laxey-Gruppe) mittels Derivatgeschäften über Dritte («contracts for difference» [CFD]) ihre Offenlegungspflichten nach Art. 20 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG; SR 954.1) verletzt haben könnten. Am 11. April 2007 meldete die Laxey-Gruppe, 2'258'468 Implenia-Aktien zu halten, womit sie über 12,226% der Stimmrechte verfüge. Am 18. April 2007 gab sie bekannt, inzwischen 22,89% der Stimmrechte zu besitzen (4'228'639 Aktien); sie habe den Grenzwert von 20% am 16. April 2007 überschritten.

Am 19. Oktober 2007 stellte die Laxey-Gruppe bei der Bankenkommision den Antrag, es sei festzustellen, dass sie beim Erwerb ihrer Beteiligung an der Implenia AG die Offenlegungspflichten nicht verletzt habe. Am 2. November 2007 kündigte die Laxey-Tochter LIL Investments No. 4 Limited an, dass sie den Aktionären der Implenia AG ein öffentliches Kaufangebot unterbreiten werde, da sie zusammen mit der Laxey-Gruppe den Grenzwert von 33 $\frac{1}{3}$ % der Stimmrechte der Zielgesellschaft überschritten habe, was sie zu einem öffentlichen Übernahmeangebot verpflichte. Dieses scheiterte in der Folge.

Am 6. November 2007 beantragte die Implenla AG Parteistellung im Verfahren vor der Bankenkommission. Diese teilte ihr jedoch mit, derzeit laufe noch kein Verwaltungsverfahren, sondern lediglich eine Untersuchung.

Mit Verfügung vom 12. Dezember 2007 stellte die Übernahmekammer der Bankenkommission in einem Vorabentscheid nach Art. 20 Abs. 6 BEHG fest, dass die Laxey-Gruppe einer börsenrechtlichen Offenlegungspflicht (sowohl nach der Rechtslage gemäss dem Börsengesetz in der bis zum 30. November 2007 geltenden Fassung vom 24. März 1995 [AS 1997 73 f.] als auch in der danach gültigen Fassung vom 22. Juni 2007 [AS 2007 5292]) unterliege, wenn sie durch Erwerb bzw. Veräusserung von auf Aktien der Implenla AG lautenden «contracts for difference» (CFD) zusammen mit ihren übrigen offenlegungspflichtigen Positionen meldepflichtige Grenzwerte nach Art. 20 BEHG erreiche, über- oder unterschreite.

Dagegen führte die Laxey-Gruppe Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Mit Urteil vom 18. Dezember 2008 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab, soweit es sie nicht wegen Gegenstandslosigkeit abschrieb.

Dagegen führt die Laxey-Gruppe Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht (Verfahren 2C_78/2009). Sie beantragt, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und festzustellen, dass die Laxey-Gruppe keiner Offenlegungspflicht gemäss Art. 20 Abs. 2^{bis} BEHG unterliege; eventuell sei die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuem Entscheid an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen.

Am 24. Januar 2008 eröffnete die Bankenkommission ein formelles Verwaltungsverfahren über die börsenrechtliche Meldepflicht. Am 5. Februar 2008 teilte sie der Laxey-Gruppe mit, der Implenla AG komme Parteistellung zu. Die Implenla AG erhielt jedoch keine Akteneinsicht mit der Begründung, ihren Begehren werde ohnehin vollumfänglich entsprochen.

Mit Verfügung vom 7. März 2008 stellte die Bankenkommission fest, dass die Laxey-Gruppe im Rahmen eines Beteiligungsaufbaus an der Implenla AG ihre Meldepflichten nach Art. 20 BEHG verletzt habe.

Gegen diesen Entscheid erhob die Laxey-Gruppe Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Ohne der Implenia AG Akteneinsicht zu gewähren oder sie zur Vernehmlassung beizuziehen, wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde am 18. Dezember 2008 ab.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 2. Februar 2009 an das Bundesgericht beantragt die Laxey-Gruppe die Aufhebung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts über die Feststellung eines Verstosses gegen die börsenrechtliche Meldepflicht (Verfahren 2C_77/2009); zugleich sei festzustellen, dass die Laxey-Gruppe die Vorschriften über die Meldepflicht nicht verletzt habe. Eventuell wird um Rückweisung der Angelegenheit zu ergänzender Sachverhaltsabklärung und neuem Entscheid an das Bundesverwaltungsgericht, subeventuell an die Bankenkommission ersucht. Überdies wurde beantragt, es sei festzustellen, dass die Implenia AG weder in den unterinstanzlichen Verfahren noch in demjenigen vor dem Bundesgericht Parteistellung habe.

Seit dem 2. April 2008 führt das Eidgenössische Finanzdepartement eine verwaltungsstrafrechtliche Untersuchung gegen die wirtschaftlich berechtigten bzw. die verantwortlichen Personen der Laxey-Gruppe wegen des Verdachts der Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflicht (Verstoss gegen Art. 41 Abs. 1 lit. a BEHG, insb. in Verbindung mit Art. 20 BEHG). Dieses Verfahren wurde längstens bis zum Entscheid des Bundesgerichts in der vorliegenden Sache sistiert.

Mit Zwischenentscheid vom 2. Juni 2009 vereinigte das Bundesgericht die Verfahren 2C_77/2009 und 2C_78/2009, stellte fest, dass die Implenia AG über die Parteieigenschaft verfügt und dass die angefochtenen Entscheide Bundesrecht nicht verletzen, indem sie der Implenia AG die Parteistellung zuerkennen, und überwies die Sache an den Instruktionsrichter zur weiteren Verfahrensleitung.

In der Folge wurde das Bundesgericht sowohl von der Laxey-Gruppe als auch vom Eidgenössischen Finanzdepartement darüber informiert, dass sich die Parteien im Anschluss an den in der Zwischenzeit erfolgten Verkauf der von der Laxey-Gruppe erworbenen Beteiligung an der Implenia AG geeinigt

hätten, die hängigen Rechtsverfahren unter sich gütlich zu erledigen.
Das Bundesgericht weist die Beschwerden ab, soweit es darauf eintritt.

Aus den Erwägungen

1.

1.1 Art. 20 BEHG hatte in der Fassung vom 24. März 1995 (AS 1997 73 f.) folgenden Wortlaut:

«¹ Wer direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere mindestens teilweise in der Schweiz kotiert sind, erwirbt oder veräussert und dadurch den Grenzwert von 5, 10, 20, 33¹/₃, 50 oder 66²/₃ Prozent der Stimmrechte, ob ausübbar oder nicht, erreicht, unter- oder überschreitet, muss dies der Gesellschaft und den Börsen, an denen die Beteiligungspapiere kotiert sind, melden.

² Die Umwandlung von Partizipations- oder Genussscheinen in Aktien und die Ausübung von Wandel- oder Erwerbsrechten sind einem Erwerb gleichgestellt.

³ Eine vertraglich oder auf eine andere Weise organisierte Gruppe muss die Meldepflicht nach Absatz 1 als Gruppe erfüllen und Meldung erstatten über:

- a. die Gesamtbeteiligung;
- b. die Identität der einzelnen Mitglieder;
- c. die Art der Absprache;
- d. die Vertretung.

⁴ Haben die Gesellschaft oder die Börsen Grund zur Annahme, dass ein Aktionär seiner Meldepflicht nicht nachgekommen ist, so teilen sie dies der Aufsichtsbehörde mit.

⁵ Die Aufsichtsbehörde erlässt Bestimmungen über den Umfang der Meldepflicht, die Behandlung von Erwerbsrechten, die Berechnung der Stimmrechte sowie über die Fristen, innert welchen der Meldepflicht nachgekommen werden muss und eine Gesellschaft Veränderungen der Besitzverhältnisse nach Absatz 1 zu veröffentlichen hat. Die Übernahmekommission (Art. 23) hat ein Antragsrecht.

⁶ Wer Effekten erwerben will, kann über Bestand oder Nichtbestand einer Offenlegungspflicht einen Entscheid der Aufsichtsbehörde einholen.»

1.2 Mit Gesetzesnovelle vom 22. Juni 2007, die am 1. Dezember 2007 in Kraft getreten ist, wurde Art. 20 BEHG revidiert. Die Bestimmung führt seither den folgenden Wortlaut (AS 2007 5292; SR 954.1):

«¹ Wer direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien oder Erwerbs- oder Veräusserungsrechte bezüglich Aktien einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere mindestens teilweise in der Schweiz kotiert sind, für eigene Rechnung erwirbt oder veräussert und dadurch den Grenzwert von 3, 5, 10, 15, 20, $33\frac{1}{3}$, 50 oder $66\frac{2}{3}$ Prozent der Stimmrechte, ob ausübbar oder nicht, erreicht, unter- oder überschreitet, muss dies der Gesellschaft und den Börsen, an denen die Beteiligungspapiere kotiert sind, melden.

² Die Umwandlung von Partizipations- oder Genussscheinen in Aktien und die Ausübung von Wandel- oder Erwerbsrechten sind einem Erwerb gleichgestellt. Die Ausübung von Veräusserungsrechten ist einer Veräusserung gleichgestellt.

^{2 bis} Als indirekter Erwerb gelten namentlich auch Geschäfte mit Finanzierungsinstrumenten, die es wirtschaftlich ermöglichen, Beteiligungspapiere im Hinblick auf ein öffentliches Kaufgeschäft zu erwerben.

³ Eine vertraglich oder auf eine andere Weise organisierte Gruppe muss die Meldepflicht nach Absatz 1 als Gruppe erfüllen und Meldung erstatten über:

- a. die Gesamtbeteiligung;
- b. die Identität der einzelnen Mitglieder;
- c. die Art der Absprache;
- d. die Vertretung.

⁴ Haben die Gesellschaft oder die Börsen Grund zur Annahme, dass ein Aktionär seiner Meldepflicht nicht nachgekommen ist, so teilen sie dies der FINMA mit.

^{4^{bis}} Auf Verlangen der FINMA, der Gesellschaft oder eines ihrer Aktionäre kann der Richter die Ausübung des Stimmrechts der Person, die eine Beteiligung unter Verletzung der Meldepflicht erwirbt oder veräußert, für die Dauer von bis zu fünf Jahren suspendieren. Hat die Person eine Beteiligung im Hinblick auf ein öffentliches Übernahmeangebot (5. Abschnitt) unter Verletzung der Meldepflicht erworben, so können die Übernahmekommission (Art. 23), die Zielgesellschaft oder einer ihrer Aktionäre vom Richter die Suspendierung des Stimmrechts verlangen.

⁵ Die FINMA erlässt Bestimmungen über den Umfang der Meldepflicht, die Behandlung von Erwerbs- und Veräußerungsrechten, die Berechnung der Stimmrechte sowie über die Fristen, innert welchen der Meldepflicht nachgekommen werden muss und eine Gesellschaft Veränderungen der Besitzverhältnisse nach Absatz 1 zu veröffentlichen hat. Die Übernahmekommission hat ein Antragsrecht. Die FINMA kann für die Banken und Effektenhändler in Anlehnung an international anerkannte Standards Ausnahmen von der Melde- oder Veröffentlichungspflicht vorsehen.

⁶ Wer Effekten erwerben will, kann über Bestand oder Nichtbestand einer Offenlegungspflicht einen Entscheid der FINMA einholen.»

1.3 Streitgegenstand im Verfahren 2C_77/2009 bildet die Verletzung der Meldepflicht nach Art. 20, insbesondere Abs. 1, BEHG. Da es insoweit um Sachumstände geht, die sich vor dem 1. Dezember 2007 ereignet haben, ist dafür die Fassung vom 24. März 1995 massgeblich. Demgegenüber ist im Verfahren 2C_78/2009 die Offenlegungspflicht im Verfahren nach Art. 20 Abs. 6 BEHG strittig. In diesem besonderen Verfahren ergeht ein Vorabentscheid vor dem Erwerb von Beteiligungen mit Blick auf mögliche kritische Beteiligungsgrössen (vgl. Rolf H. Weber, in: Basler Kommentar, Börsengesetz, Watter/Vogt [Hrsg.], 2007 [nachfolgend: BSK BEHG], N. 123 ff. zu Art. 20 BEHG), während die ordentliche Meldepflicht die Folge des Effekterwerbs ist, sobald eine bestimmte Beteiligungsgrösse tatsächlich erreicht wird. Soweit dieselben Beteiligungen betroffen sind, geht die Offenlegungspflicht im Vorabentscheidverfahren in der ordentlichen Meldepflicht nach Erwerb der fraglichen Effekten auf. Die Streitgegenstände der Verfahren 2C_77/2009 und 2C_78/2009 entsprechen sich demnach insoweit, als die von den Beschwerdeführerinnen vor dem 1. Dezember 2007 erworbenen Finanzinstrumente im Zusammenhang mit der Beschwerdegegnerin zu beurteilen sind.

1.4 Anders verhält es sich, soweit die Beschwerdeführerinnen im Verfahren 2C_78/2009 auch einen bundesgerichtlichen Entscheid über die Offenlegungspflicht nach dem 1. Dezember 2007 beantragen. In diesem Sinne verlangen sie nämlich, die Rechtslage sei hinsichtlich des Erwerbs von Effekten der Beschwerdegegnerin auch mit Blick auf den neuen Art. 20 Abs. 2^{bis} BEHG zu prüfen. Insofern ist im Verfahren 2C_78/2009 über einen weiter gehenden eigenständigen Streitgegenstand zu befinden.

1.5 Mit Blick auf die unterschiedlichen Streitgegenstände ist daher bei der Beurteilung der vorliegenden Beschwerden auf die jeweils anwendbare Fassung von Art. 20 BEHG abzustellen. Für die mit Zwischenentscheid vom 2. Juni 2009 vom Bundesgericht behandelte Frage der Parteistellung der Beschwerdegegnerin ergab sich dadurch jedoch kein Unterschied.

1.6 Strittig ist in beiden Fällen im Wesentlichen, ob die Beschwerdeführerinnen massgebliche Beteiligungspapiere erwerben wollten bzw. erworben haben, die eine Offenlegungspflicht auslösten. Nicht umstritten ist, dass die Beschwerdeführerinnen eine Gruppe nach Art. 20 Abs. 3 BEHG bilden, deren entsprechendes Verhalten insgesamt zu beurteilen ist.

2.

2.1 Bereits mit seinem Zwischenentscheid vom 2. Juni 2009 vereinigte das Bundesgericht die Verfahren 2C_77/2009 und 2C_78/2009 und hielt fest, dass die beiden Beschwerden grundsätzlich zulässig sind (vgl. dortige E. 1 und 2). Insofern ist darauf nicht mehr zurückzukommen.

2.2 Ebenfalls mit dem genannten Zwischenentscheid befand das Bundesgericht über die Parteistellung nicht nur im bundesgerichtlichen, sondern auch in den vorinstanzlichen Verfahren. Dieser Teilaspekt des Streitgegenstandes ist seither rechtskräftig erledigt. Darauf ist nicht mehr zurückzukommen, auch nicht, wie die Beschwerdegegnerin zu meinen scheint, durch Nichteintreten oder Abweisen der entsprechenden Anträge, sind diese doch bereits endgültig behandelt.

2.3 Fraglich kann einzig sein, ob die Beschwerdeführerinnen noch ein schutzwürdiges Interesse gemäss Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG an ihren Anträgen haben, nachdem sie in der Zwischenzeit offenbar ihre Beteiligung an der Beschwerdegegnerin verkauft haben. Die vorliegenden Beschwerden zogen sie aber nicht zurück.

2.3.1 Im Verfahren 2C_77/2009 ist über eine Verletzung der Meldepflicht nach – gemäss Einschätzung der Vorinstanz massgeblichem – Erwerb der Beteiligungen an der Beschwerdegegnerin zu befinden, welche die Beschwerdeführerinnen inzwischen allerdings wieder abgestossen haben. Dass sie insoweit über ein schutzwürdiges Interesse verfügen, lässt sich

nicht von vornherein ausschliessen. Nur schon mit Blick auf ihren geschäftlichen Ruf haben die Beschwerdeführerinnen ein schutzwürdiges Interesse daran, zu wissen, ob sie sich gesetzwidrig verhalten haben. Der Feststellung eines Verstosses gegen die Offenlegungspflicht kommt der Charakter einer eigentlichen Rüge zu (Zulauf/Wyss/Roth, Finanzmarktenforcement, 2008, S. 226 f.), gegen die sich die Betroffenen wehren können müssen. Überdies ist die Klärung der Rechtslage für sie auch deshalb von Bedeutung, weil die von den Vorinstanzen festgestellte Verletzung der Meldepflicht zwar für das hängige verwaltungsstrafrechtliche Verfahren nicht verbindlich ist, aber dennoch die Grundlage desselben bildet (vgl. Zulauf/Wyss/Roth, a. a. O., S. 228). Insgesamt besteht daher ein schutzwürdiges Interesse an der Behandlung der Beschwerde. Aus intertemporalen Gründen ist hier die weitere mögliche Rechtsfolge der Suspendierung des Stimmrechts nach Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG noch nicht von Belang.

2.3.2 Im Verfahren 2C_78/2009, wo die Offenlegungspflicht im Verfahren nach Art. 20 Abs. 6 BEHG zur Diskussion steht, deckt sich die Interessenlage mit derjenigen im Verfahren 2C_77/2009 jedenfalls so weit, als die Offenlegungspflicht im Vorabentscheidverfahren in der Meldepflicht nach dem von der Vorinstanz angenommenen indirekten Erwerb der fraglichen Beteiligungen aufgegangen ist. Soweit die Beschwerdeführerinnen darüber hinaus beantragen, die Rechtslage sei hinsichtlich des Erwerbs von Beteiligungen an der Beschwerdegegnerin auch mit Blick auf den neuen Art. 20 Abs. 2^{bis} BEHG zu prüfen, ist jedoch fraglich, ob sie über das erforderliche schutzwürdige Interesse verfügen. Nach dem 1. Dezember 2007 haben die Beschwerdeführerinnen keine Beteiligungen an der Beschwerdegegnerin mehr erworben, die in den vorliegenden Verfahren zu beurteilen wären. Die Beschwerdeführerinnen bezwecken die Klärung der Rechtslage pro futuro hinsichtlich des Erwerbs allfälliger künftiger Beteiligungen an der Beschwerdegegnerin. Einerseits ist ein solcher Erwerb zurzeit indessen nur noch theoretischer Natur und steht für die Beschwerdeführerinnen anscheinend nicht mehr im Vordergrund, andererseits begründet die allgemeine

Feststellung einer Rechtslage kein massgebliches schutzwürdiges Interesse. Wie es sich damit verhält, kann jedoch offenbleiben, da die Beschwerde insoweit ohnehin unbegründet und abzuweisen ist (vgl. E. 7.12).

2.4 Gemäss Art. 95 lit. a BGG kann mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten insbesondere geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid verletze Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). Von diesen tatsächlichen Feststellungen kann es nur dann abweichen, wenn sie offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (Art. 105 Abs. 2 BGG) und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Offensichtlich unrichtig bedeutet dabei willkürlich (BGE 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252).

2.5 Das Bundesgericht wendet das Recht grundsätzlich von Amtes wegen an, prüft die bei ihm angefochtenen Entscheide aber nur auf Rechtsverletzungen hin, die von den Beschwerdeführern geltend gemacht werden (vgl. Art. 42 Abs. 2 BGG). Dabei gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten, insbesondere des Willkürverbots, eine qualifizierte Rügepflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254, BGE 133 II 396 E. 3.1 S. 399).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerinnen machen in verschiedenem Zusammenhang geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig und in Verletzung von Bundesrecht festgestellt.

3.2 Das Bundesverwaltungsgericht ging im Wesentlichen davon aus, dass die Beschwerdeführerinnen ab dem Dezember 2006 durch den Erwerb

von Aktien der Beschwerdegegnerin begonnen hätten, eine Beteiligung an derselben aufzubauen. Bevor die erste gesetzliche Meldegrenze von 5% erreicht worden sei, hätten sie die Aktien auf verschiedene Banken übertragen, die «warehouse accounts» zugunsten der Beschwerdeführerinnen hielten. Daneben hätten die Beschwerdeführerinnen hauptsächlich ausserbörslich über einzelne Bankinstitute verschiedene weitere Aktienpositionen gekauft. Diese seien in der Folge zu Paketen von jeweils knapp unter 5% geschnürt und ebenfalls bei verschiedenen Banken platziert worden. Für die übertragenen Aktien hätten sich die Beschwerdeführerinnen so genannte «contracts for difference» (CFD) mit gleichwertigem Basiswert (1:1, d.h. eine Aktie zu einem CFD) ausstellen lassen. Dabei sei es den Beschwerdeführerinnen ohne weiteres möglich gewesen, die CFDs jederzeit im von ihnen gewünschten Zeitpunkt aufzulösen und von den Banken die als Absicherung der ausgestellten CFDs nicht mehr benötigten Aktien ausserbörslich zu einem von ihnen mitbestimmten Preis zu erwerben. Bereits Anfang 2007 seien auf diesem Weg mehr als 5% der Aktien der Beschwerdegegnerin zusammengekommen. Anfang April 2007 habe es sich um 3'628'912 Aktien gehandelt, die 19,64% der Stimmrechte entsprachen. Erst am 11. bzw. 18. April 2007 hätten die Beschwerdeführerinnen jedoch die Überschreitung des jeweiligen Grenzwertes von 10% bzw. 20% gemeldet. Der ganze Vorgang habe dazu gedient, eine massgebliche Beteiligung zu erreichen, um die Beschwerdegegnerin später zu übernehmen (vgl. zum Vorgehen der Beschwerdeführerinnen auch Christian Renn, Einsatz und Offenlegung von Derivaten bei Unternehmensübernahmen, 2010, S. 272 ff.).

3.3 Die Beschwerdeführerinnen behaupten, die Vorinstanz habe ihren Entscheid auf unvollständige Daten abgestützt, da sich die Nachforschungen der Bankenkommission nicht auf alle Transaktionen bezogen hätten. Dies ist schon deshalb unmassgeblich, weil unklar bleibt, was die Beschwerdeführerinnen daraus ableiten wollen bzw. inwiefern dies für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein sollte. Überdies ist es durchaus zulässig, bei einem komplexen Sachverhalt wie dem vorliegenden aus einzelnen

vertieft abgeklärten Umständen in antizipierter Beweiswürdigung auf das Ganze zu schliessen, jedenfalls soweit keine Gründe ersichtlich sind, die dagegen sprechen oder Zweifel an den Schlussfolgerungen aufkommen lassen (vgl. BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148 mit Hinweis). Solche triftigen Einwände vermögen die Beschwerdeführerinnen nicht vorzubringen. Sämtliche Transaktionen abzuklären, hätte im Übrigen einen unverhältnismässigen Aufwand mit sich gebracht. Die entsprechenden Feststellungen sind daher weder unvollständig, noch leiden sie an einem offensichtlichen Mangel.

3.4 Analoges gilt für die Frage, wer jeweils genau die einzelnen Beteiligungen unter 5% erworben hat. Die Beschwerdeführerinnen vermögen keine Gründe zu nennen, weshalb die Feststellung, dass für die Beschwerdeführerinnen mehrere Pakete von unter 5% zusammengestellt und mit CFDs gesichert wurden, offensichtlich unzutreffend sein sollte. Auch soweit die Beschwerdeführerinnen einen mangelhaften Nachweis der Anzahl Aktien Anfang April 2007 geltend machen, ist unerfindlich, weshalb die entsprechende Feststellung der Vorinstanz unhaltbar sein sollte. Die Vorinstanz hat die fraglichen Zahlen nicht erfunden, sondern stützt sich auf die entsprechenden Abklärungen der Bankenkommission. Ein offensichtlicher Mangel wird nicht dargetan. Überdies legen die Beschwerdeführerinnen auch nicht dar, in welchem Umfang sich die Vorinstanz angeblich geirrt haben sollte, was für die Rechtsfolge durchaus entscheidend wäre.

3.5 Die Beschwerdeführerinnen sind sodann der Meinung, es sei unklar, was mit «warehousing» oder «warehouse accounts» gemeint ist. Aus dem Zusammenhang ergibt sich indessen klarerweise, dass die Vorinstanz darunter die (Zwischen)Lagerung der Aktien bei den CFD-Emittenten versteht. Inwiefern insoweit eine offensichtlich falsche Sachverhaltsfeststellung vorliegen sollte, ist nicht ersichtlich.

3.6 Die Beschwerdeführerinnen beanstanden auch die Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts zum Erwerb der Aktien bzw. zu deren Übertragung an die Partnerbanken und zur Absicherung durch CFDs. Diese Feststellungen beruhen indes auf den entsprechenden Auskünften, welche die Bankenkommission bei den CFD-Emittenten eingeholt hat. Auch insoweit ist nicht erkennbar, weshalb diese Feststellungen willkürlich sein sollten.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerinnen machen weiter geltend, sie hätten die CFDs auf Implenia-Aktien im Sinne einer Geldanlage lediglich deshalb abgeschlossen, um von einem Kursanstieg zu profitieren, den sie aufgrund einer Konsolidierung der europäischen Bauindustrie erwartet hätten. Da eine solche Konsolidierung nicht eingetreten sei, habe in der Folge nicht mehr mit einem Kursanstieg gerechnet werden können. Sie hätten darum im April 2007 einzig deshalb aktiv in den Markt eingegriffen, indem sie die Aktien an sich zogen, um ihre Investitionen zu retten. Die Annahme der Vorinstanz, es sei um den Aufbau einer massgeblichen Beteiligung gegangen, sei daher offensichtlich falsch.

4.2 Die Offenlegungspflicht von Art. 20 BEHG bezweckt, die Transparenz für die Anleger und deren Gleichbehandlung sicherzustellen sowie den Rahmen zu schaffen, um die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte zu gewährleisten (vgl. Art. 1 BEHG sowie E. 7.4). Aus welchem Grund bzw. mit welcher Absicht jemand eine massgebliche Beteiligung erwirbt, die zur Meldepflicht führt, ist grundsätzlich nicht von Belang. Bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des indirekten Erwerbs kann allerdings bedeutsam sein, mit welcher Wirkung ein Vorgang verbunden ist bzw. welchem Zweck er dient, damit das Geschäftsverhalten als massgeblicher indirekter Erwerb zu verstehen ist. In diesem Sinne ist es denkbar, geschäftliches Handeln an dessen Auswirkungen zu beurteilen, d. h. solches, das zur

Grundlage einer erheblichen Beteiligung einer Gesellschaft werden kann, eher als meldepflichtigen indirekten Erwerb (dazu E. 7.7) anzusehen als solches, das diese Wirkung nicht mit sich bringt bzw. bei dem ein entsprechender Effekt nicht zu erwarten ist (vgl. Renn, a. a. O., S. 144 ff.).

4.3 Die Vorinstanz schloss aus dem gesamten Verhalten der Beschwerdeführerinnen, dass es ihnen darum ging, eine massgebliche Beteiligung an der Beschwerdegegnerin aufzubauen, um diese später übernehmen zu können. Die Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts beruht auf einer Reihe von Indizien wie in erster Linie dem parallelen Vorgehen der Beschwerdeführerinnen. Dieses lässt sich insbesondere mit einem koordinierten Aufbau von Beteiligungen im Verborgenen erklären. Was die Beschwerdeführerinnen dagegen vorbringen, überzeugt nicht. Dass es einzig um eine profitable Geldanlage ging, ist angesichts des besonderen Ablaufs der Geschehnisse wenig glaubwürdig; zumal der Wertzuwachs Anfang 2007 nicht unbedeutend war und nicht begründet wird und kaum nachvollziehbar ist, weshalb die Beteiligung im April 2007 als nicht mehr genügend gewinnbringend hätte beurteilt werden müssen. Die Beschwerdeführerinnen haben denn auch in der Folge versucht, die Beschwerdegegnerin zu übernehmen. Erneut gelingt es ihnen nicht, aufzuzeigen, dass die entsprechenden tatsächlichen Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts aktenwidrig bzw. aus anderem Grund offensichtlich unrichtig sind.

5.

5.1 Besonders umstritten sind zwischen den Parteien die faktischen Möglichkeiten und Rechtswirkungen, die mit den CFDs verbunden sind. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden insofern namentlich, dass das Bundesverwaltungsgericht davon ausging, sie hätten die CFDs jederzeit im von ihnen gewünschten Zeitpunkt auflösen und von den Banken die als Absicherung der ausgestellten CFDs nicht mehr benötigten Aktien ausserbörslich zu einem von ihnen mitbestimmten Preis erwerben können.

5.2 Die entsprechenden umfassenden Ausführungen der Beschwerdeführerinnen in ihren Rechtsschriften nähern sich einer appellatorischen Argumentation an. Angesichts der komplexen Zusammenhänge erscheinen gewisse weiterführende Erläuterungen allerdings nicht von vornherein unzulässig. Die umfangreichen Erläuterungen beider Parteien erweisen sich freilich als nicht immer leicht nachvollziehbar.

5.3 Fraglich ist zunächst, wieweit es sich insofern um tatsächliche Feststellungen oder rechtliche Beurteilungen der Vorinstanz handelt. Einerseits geht es um die faktische Ausgestaltung der zur Diskussion stehenden CFDs, andererseits um deren privatrechtliche Rechtsnatur und die damit verbundenen Rechtswirkungen. Die Beschwerdeführerinnen legen freilich nirgends dar, dass die Urteile der Vorinstanz insoweit im Widerspruch zum Bundeszivilrecht stünden. Die CFDs unterstehen auch gar nicht schweizerischem, sondern ausländischem Recht, dessen Anwendung das Bundesgericht – mit Ausnahme der hier nicht einschlägigen Tatbestände von Art. 96 BGG – lediglich auf Verfassungsmässigkeit bzw. Willkür hin überprüft (vgl. BGE 133 III 446 E. 3.1 S. 447 f.; Bernard Corboz, in: *Commentaire de la LTF*, Corboz und andere [Hrsg.], 2009, N. 22 zu Art. 95 BGG). Die Beschwerdeführerinnen behaupten denn auch nur, die fraglichen Folgerungen des Bundesverwaltungsgerichts seien offensichtlich falsch bzw. willkürlich. Damit kommt der Frage, ob es sich eher um eine Tat- oder Rechtsfrage handelt, keine entscheidende Bedeutung zu. Zu prüfen ist einzig, ob die diesbezüglichen Einschätzungen der Vorinstanz vor dem Verfassungsrecht des Bundes bzw. konkret vor dem Willkürverbot nach Art. 9 BV standhalten.

5.4 Bei einem «contract for difference» (CFD) handelt es sich im Wesentlichen um einen derivativen Finanzvertrag ohne Erwerb der Basiswerte. Der CFD stellt ein Differenzgeschäft dar, mit dem zwei Parteien ausgehend von einem gemeinsam festgelegten Grundpreis, in der Regel dem Marktpreis, den synthetischen Kauf eines anderen Finanzinstruments, hier von Aktien, vereinbaren und sich versprechen, die Kursdifferenz zu ei-

nem späteren Zeitpunkt auszugleichen. Ist der Kurswert des Kaufobjekts zwischenzeitlich gestiegen, hat der Verkäufer dem Käufer die Differenz zu zahlen; bei gesunkenem Aktienkurs trägt der Käufer das Risiko und hat den Verkäufer zu befriedigen. CFDs gelten als sog. Hebelprodukte, da sie es ermöglichen, gemessen am Kapitaleinsatz überproportional am Gewinn- und Verlustpotenzial des Basiswerts teilzuhaben (vgl. Renn, a. a. O., S. 98 ff. in Verbindung mit S. 78 ff.). Umstritten ist im vorliegenden Fall, ob den CFD-Emittenten, bei denen die Aktien der Beschwerdegegnerin hinterlegt wurden, aufgrund der CFDs die Pflicht oblag, die Aktien zu halten, und ob den Beschwerdeführerinnen ein eigentlicher Rechtsanspruch zustand, die Aktien wieder abzurufen und an sich zu nehmen. Darauf kommt es vorliegend aber gar nicht an. Entscheidend ist vielmehr, dass die CFD-Emittenten die Aktien der Beschwerdegegnerin als Sicherung gegen das mit dem CFD-Verhältnis verbundene Risiko verwendeten. Das führt bereits dazu, dass die Aktien, wenn auch nicht zwingend rechtlich, so doch wenigstens faktisch an die mit den CFDs eingegangene vertragliche Beziehung geknüpft waren. Die CFD-Emittenten hatten demnach jegliches Interesse, die Aktien während der Gültigkeit des CFD-Verhältnisses zu halten, um ihrer Sicherung nicht verlustig zu gehen. Ebenfalls logisch erscheint, dass sie nach Auflösung desselben die Aktien, die ihre Sicherungsfunktion damit verloren hatten, an die Beschwerdeführerinnen zurückgaben bzw. zu übertragen hatten. Ob dieser Zusammenhang auf einem entsprechenden rechtlichen Teilgehalt der CFDs selbst, auf einer davon formell unabhängigen separaten – ausdrücklichen oder konkludenten – Vereinbarung oder allenfalls auf geschäftlicher Usanz beruht, ist genauso unerheblich wie der Umstand, wer die Aktien beschafft hatte. Die Beschwerdeführerinnen konnten so oder so davon ausgehen, bei der Auflösung der CFDs die als Sicherung dienenden Aktien der Beschwerdegegnerin übertragen zu erhalten. Als Hebelprodukte vermittelten die CFDs in diesem Sinne die Möglichkeit, jedenfalls auf indirektem Weg die fraglichen Aktien bei Verfall des Derivats zu erwerben (vgl. Renn, a. a. O., S. 80). Die Beschwerdeführerinnen räumen sodann selbst ein, dass beide Parteien eines CFD-Verhältnisses dieses jederzeit beenden können. Diese

Möglichkeit stand somit auch den Beschwerdeführerinnen zu, die es demnach in der Hand hatten, alle betroffenen Aktien der Beschwerdegegnerin zu einem bestimmten gleichen Zeitpunkt zu erlangen bzw. jedenfalls die Voraussetzungen dafür zu schaffen, eine solche Übergabe kurzfristig auszulösen.

5.5 Genau auf dieser Ausgangslage beruht die entsprechende Einschätzung der tatsächlichen Umstände durch die Vorinstanz. Die Beschwerdeführerinnen vermögen nicht darzutun, dass deren Sachverhaltsfeststellungen unhaltbar wären. Genauso wenig legen sie in rechtsgenügender Weise dar, dass die damit verbundene Einschätzung der auf ausländischem Recht beruhenden rechtlichen Ausgestaltung der CFDs willkürlich wäre. Was die Beschwerdeführerinnen dagegen vorbringen, genügt nicht, um einen offensichtlichen Mangel bzw. die Verfassungswidrigkeit der Beurteilung des Bundesverwaltungsgerichts zu belegen. Dessen Einschätzung, die Beschwerdeführerinnen hätten die CFDs jederzeit auflösen und von den Banken die als Absicherung der ausgestellten CFDs nicht mehr benötigten Aktien der Beschwerdegegnerin erwerben können, ist mithin weder offensichtlich unrichtig, noch verstösst sie gegen Bundesverfassungsrecht.

6.

6.1 Die Beschwerdeführerinnen rügen einen Verstoß gegen Art. 1 und 18 VwVG (SR 172.021), weil das Bundesverwaltungsgericht darin keine Verletzung von Bundesrecht erkannt habe, dass die Bankenkommission in einem Vorverfahren vom 18. April 2007 bis zum 31. Januar 2008 gegen die Beschwerdeführerinnen ermittelte, ohne diesen die gesetzlich vorgesehenen Parteirechte zuzuerkennen.

6.2 Nach Art. 1 Abs. 2 lit. d VwVG war das Verwaltungsverfahrensgesetz auf das vorliegende Verfahren vor der Bankenkommission anwendbar. Art. 18 VwVG bestimmt die Rechte der Parteien bei der Zeugeneinvernahme, insbesondere das Recht, Ergänzungsfragen zu stellen.

6.3 Schöpft die Aufsichtsbehörde (früher die Bankenkommision, heute die Finanzmarktaufsicht) Verdacht oder wird sie aufgrund der Mitteilungspflicht von Art. 20 Abs. 4 BEHG darüber unterrichtet, dass die börsenrechtliche Meldepflicht verletzt worden sein könnte, ist es ihre Aufgabe, den entsprechenden Anhaltspunkten durch geeignete Untersuchungshandlungen von Amtes wegen nachzugehen (vgl. die hier noch anwendbare Bestimmung von Art. 35 Abs. 1 BEHG in der Fassung vom 24. März 1995; vgl. auch BGE 130 II 351 E. 2.2 S. 355). Personen und Gesellschaften, die der Aufsicht unterstehen, sowie bestimmte weitere, im Gesetz genannte Gruppen von Personen und Gesellschaften müssen der Aufsichtsbehörde alle Auskünfte und Unterlagen geben, die diese zur Erfüllung ihrer Aufgabe verlangt (Art. 35 Abs. 2 BEHG ebenfalls in der hier noch anwendbaren Fassung vom 24. März 1995). Im Rahmen der so genannten Vorabklärungen geht es darum, den Hinweisen so weit nachzugehen, um entscheiden zu können, ob überhaupt ein Handlungsbedarf besteht (Zulauf/Wyss/Roth, a. a. O., S. 85 ff.). Erst wenn sich die entsprechenden Anhaltspunkte derart verdichten, dass sie die Einleitung eines ordentlichen Verwaltungsverfahrens bedingen, muss ein solches eröffnet und dessen Durchführung den betroffenen Personen oder Gesellschaften auch mitgeteilt werden. Andernfalls verlaufen die Vorabklärungen ergebnislos und die Sache ist nicht weiter zu verfolgen. Vor Eröffnung des ordentlichen Verwaltungsverfahrens finden die Bestimmungen über das Verfahren und insbesondere die Parteirechte grundsätzlich keine Anwendung, selbst wenn auch insoweit die rechtsstaatlichen Anforderungen an staatliches Handeln (wie Legalitätsprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz; vgl. Art. 5 BV) zu beachten sind. Nach der formellen Einleitung des Verfahrens sind den Betroffenen die Parteirechte indes vollumfänglich zu gewähren, wobei sie sich insbesondere auch zu den bereits getroffenen Abklärungen äussern können müssen (dazu Felix Uhlmann, Die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens, in: Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Häner/Waldmann [Hrsg.], 2008, S. 9 ff.).

6.4 Den Beschwerdeführerinnen wurden die Parteirechte eingeräumt, nachdem das ordentliche Verwaltungsverfahren eröffnet worden war. Sie konnten namentlich zu den eingeholten Auskünften Stellung nehmen und eigene Beweismittel anbieten. Überdies gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Hinweise für ein mögliches Fehlverhalten der Beschwerdeführerinnen bereits zu einem früheren Zeitpunkt so verdichtet hätten, dass das ordentliche Verfahren schon früher hätte formell eröffnet werden müssen.

6.5 Ob die Bankenkommission überhaupt dazu befugt gewesen wäre, Zeugen einzuvernehmen, ist hier nicht zu prüfen, da sie dies auch im Vorverfahren gar nicht tat. Sie holte freilich bei verschiedenen Stellen, insbesondere bei staatlichen Behörden und Banken, Auskünfte ein. Dies erfolgte einerseits im Amtshilfeverfahren, andererseits durch schriftliche Befragung privater Unternehmungen, die insoweit als Auskunftspersonen gelten können. Schon aus diesem Grunde greifen die Parteirechte gemäss Art. 18 VwVG, die auf eigentliche Zeugeneinvernahmen beschränkt sind, nicht, jedenfalls nicht unmittelbar. Wieweit analoge Ansprüche bei der Befragung von Auskunftspersonen und Behörden bestehen, kann hier offenbleiben (vgl. dazu immerhin BGE 130 II 169 E. 2.3.5 S. 174). Die Beschwerdeführerinnen rügen vor allem, dass sie keine Ergänzungsfragen hätten stellen können. Allerdings konnten sie sich selbst, wie bereits erwähnt, umfassend zu den eingeholten Auskünften äussern. Insbesondere tun sie vor Bundesgericht aber nicht dar, welche Behörden, Personen oder Unternehmungen ergänzend zu befragen gewesen wären und welche Fragen dabei hätten gestellt werden müssen. Die Beschwerdeführerinnen hätten dies in ihrer Beschwerdeschrift an das Bundesgericht detailliert ausführen müssen (vgl. E. 2.5), haben das aber unterlassen. Es obliegt nicht dem Bundesgericht, nach allfälligen entsprechenden Mängeln zu suchen. Unter diesen Umständen bestehen keine rechtsgenügenden Anhaltspunkte dafür, dass den Beschwerdeführerinnen die Parteirechte verweigert worden wären.

6.6 Schliesslich durften die Vorinstanzen auch deshalb auf ergänzende Abklärungen verzichten, weil sie ihre tatsächlichen Schlussfolgerungen in antizipierter Beweismwürdigung ziehen konnten. Wie bereits dargelegt (vgl. E. 3.3), ist es zulässig, das Beweisverfahren abzuschliessen, wenn mit guten Gründen davon ausgegangen werden kann, der Sachverhalt sei derart umfassend abgeklärt, dass er eine zutreffende Einschätzung der tatsächlichen Verhältnisse erlaube (vgl. BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148 mit Hinweis). Dass dem hier nicht so wäre, vermögen die Beschwerdeführerinnen nicht zu belegen.

7.

7.1 In materiellrechtlicher Hinsicht berufen sich die Beschwerdeführerinnen auf Art. 20 BEHG in der Fassung vom 24. März 1995 (AS 1997 73 f.) und machen geltend, die Verwendung von CFDs stelle keinen – insbesondere indirekten – Erwerb von Aktien im Sinne des Gesetzes dar. Die von ihnen getätigten Handlungen seien daher nicht offenlegungspflichtig gewesen. Dies ergebe sich auch aus der damals gültigen Verordnung vom 25. Juni 1997 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung-EBK, BEHV-EBK; AS 1997 2045 ff.). Erst seit dem Inkrafttreten von Art. 20 Abs. 2^{bis} BEHG in der Fassung vom 22. Juni 2007 am 1. Dezember 2007 (vgl. AS 2007 5292) seien Derivate ohne Realerfüllung unter bestimmten Voraussetzungen meldepflichtig. Während im Verfahren 2C_77/2009 offenbleibt, ob die Beschwerdeführerinnen bei der Verwendung von CFDs seither von einer Meldepflicht ausgehen, sie dies aber nicht ganz auszuschliessen scheinen, bestreiten sie im Verfahren 2C_78/2009 darüber hinaus, dass nunmehr gestützt auf die neue gesetzliche Regelung eine Offenlegungspflicht bestehe.

7.2 Gemäss Art. 2 lit. a BEHG (in der auch heute noch unveränderten Fassung vom 24. März 1995) zählen Derivate zu den Effekten, deren Handel vom Börsengesetz geregelt wird. Nach dem Wortlaut von Art. 20

BEHG (in der hier noch anwendbaren Fassung vom 24. März 1995) setzt die Meldepflicht den direkten, indirekten oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten erfolgten Erwerb von Aktien voraus, die mit einem bestimmten Prozentanteil der Stimmrechte, ob ausübbar oder nicht, verbunden sind. Entscheidend ist im vorliegenden Zusammenhang insbesondere, wie der unbestimmte Rechtsbegriff des indirekten Erwerbs auszulegen ist.

7.3 Gemäss Art. 20 Abs. 5 BEHG in der Fassung vom 24. März 1995 erlässt die Aufsichtsbehörde Bestimmungen über den Umfang der Meldepflicht, die Behandlung von Erwerbsrechten, die Berechnung der Stimmrechte sowie über die Fristen der Meldeerstattung. Die Meldepflicht findet insoweit eine Konkretisierung im Verordnungsrecht. Art. 9 BEHV-EBK erläutert den Grundsatz der Meldepflicht und definiert in Abs. 3 unter anderem den massgeblichen indirekten Erwerb, wozu nach lit. d namentlich solche Vorgänge zählen, die im Ergebnis das Stimmrecht über die Beteiligungspapiere vermitteln können. Nach Art. 10 BEHV-EBK entsteht die Meldepflicht mit der Begründung des Anspruchs auf Erwerb von Beteiligungspapieren, insbesondere durch Abschluss eines Vertrages, wobei der Hinweis auf eine Erwerbsabsicht keine Meldepflicht auslöst, sofern damit keine Rechtspflichten verbunden sind. Gemäss Art. 12 BEHV-EBK sind Leihgeschäfte der Meldepflicht nur dann unterstellt, wenn der Borger der Beteiligungspapiere das Stimmrecht ausüben kann (Abs. 1); Analoges gilt für vergleichbare Geschäfte wie insbesondere die Veräusserung von Beteiligungspapieren mit Rückkaufsverpflichtung (so genannte «Repo»-Geschäfte; Abs. 2). Nach Art. 13 BEHV-EBK werden auch Derivate (Wandel- und Erwerbsrechte) von der Meldepflicht erfasst, soweit sie eine Realerfüllung vorsehen oder zulassen.

7.4 Es mag zutreffen, wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen, dass gemäss dem Wortlaut des Verordnungsrechts die mit den CFDs zusammenhängende Realerfüllung nicht ausdrücklich von der Meldepflicht erfasst war. Darauf kann es aber nicht allein ankommen. Das Verordnungs-

recht ist vielmehr im Lichte des Gesetzesrechts auszulegen. Der wahre Sinn von Art. 20 BEHG erschliesst sich aus dessen Zielsetzung: Das Börsengesetz bezweckt die Schaffung von Transparenz, insbesondere gegenüber den Anlegern, über die Beteiligungs- und Beherrschungsverhältnisse an kotierten Gesellschaften sowie die Gewährleistung eines Frühwarnsystems für Übernahmen zugunsten der Marktteilnehmer und der Zielgesellschaft (vgl. Art. 1 BEHG; BBI 1993 I 1394; Rolf Watter, in: BSK BEHG, a. a. O., N. 9 ff. zu Art. 1 BEHG). Die Offenlegungspflicht dient der Erreichung dieser gesetzlichen Ziele sowie der Durchsetzung der Angebotspflicht nach Art. 32 BEHG, die dann eintritt, wenn eine bestimmte Beteiligung erreicht wird (vgl. BBI 1993 I 1410; Renn, a. a. O., S. 131 ff.; Urs Schenker, Die börsenrechtliche Meldepflicht bei Derivaten, in: Mergers & Acquisitions XI, 2009, S. 253 f.; Weber, a. a. O., N. 1 ff. zu Art. 20 BEHG). Der Gesetzgeber umschrieb die massgeblichen Erwerbstatbestände sehr weit, indem er die indirekte Beschaffung und diejenige in gemeinsamer Absprache mit Dritten mit erfasste. Der Gesetzgeber war sich offenbar bewusst, dass der Finanzmarkt regelmässig neue Erwerbsformen und Handlungsweisen schafft, die im Voraus ausdrücklich zu erfassen, schwierig oder unmöglich wäre. Der gesetzlichen Formulierung kommt in diesem Sinne eine gewisse Auffangfunktion zu.

7.5 Das Erreichen der gesetzlichen Ziele der Schaffung von Transparenz, der Gewährleistung eines Frühwarnsystems und der Durchsetzung der Angebotspflicht ist nur möglich, wenn die Voraussetzungen der Meldepflicht so ausgelegt werden, dass ein Geschäftsverhalten, das zum Aufbau einer massgeblichen oder möglicherweise beherrschenden Beteiligung an einer Zielgesellschaft führt, auch von der Meldepflicht erfasst wird. Könnte diese über die Schaffung bzw. Nutzung von neuen Erwerbsformen und Verhaltensweisen auf dem Finanzmarkt vermieden werden, bevor solche Neuerungen ausdrücklich normativ erfasst sind, bliebe die Regelung der Meldepflicht oft wirkungslos. Die gesetzlichen Voraussetzungen der Offenlegungspflicht sind unter anderem gerade deshalb offen formuliert, um die nötige Flexibilität zu gewährleisten, damit auf Entwicklungen in der

Kapitalmarktpraxis reagiert werden kann (Pascal M. Kistler, Die Erfüllung der [aktien- und börsenrechtlichen] Meldepflicht und Angebotspflicht durch Aktionärsgruppen, 2001, S. 94; Weber, a. a. O., N. 9 zu Art. 20 BEHG). Zwar vermag der Ordnungsgeber grundsätzlich dynamischer und damit auch rascher als der Gesetzgeber zu handeln, zumindest solange er sich im gesetzlichen Rahmen bewegt. Aber auch er würde mit seinen Regelungen dem Bedarf stets hinterherhinken, denn bevor er allfällige neue Finanzinstrumente ausdrücklich erfassen könnte, müssten diese in der Praxis vorhanden und in ihrer rechtlichen Ausgestaltung mit wenigstens den grundsätzlichen Auswirkungen bekannt sein. Das gesetzliche Ziel bliebe damit unerreichbar, würde verlangt, dass neue Handelsformen immer ausdrücklich normativ erfasst werden müssten, um eine Meldepflicht auszulösen.

7.6 Auch bei der Regelung der Offenlegungspflicht gilt jedoch das Bestimmtheitsgebot (vgl. dazu BGE 109 Ia 273 E. 4d S. 283 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 1P.827/2006 vom 25. September 2007 E. 3.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2006, Rz. 387). Ein Rückgriff auf relativ offene Formulierungen im Gesetz ist zwar oft unvermeidlich und daher grundsätzlich zulässig. Das Gesetz muss aber so präzise formuliert sein, dass der Normadressat daraus und insbesondere aus den im Gesetz ausdrücklich erwähnten Verhaltensweisen die Tragweite der Regelung bzw. hier der Meldepflicht einschätzen kann. Erweisen sich offene Formulierungen als unverzichtbar, kann es sodann erforderlich sein, die entsprechende Unschärfe des Gesetzestextes durch flankierende Massnahmen zu kompensieren. Dazu können etwa besondere Mechanismen dienen, die Transparenz dazu schaffen, wie die rechtsanwendenden Behörden die Bestimmung verstehen und anzuwenden gedenken, und welche die Normadressaten auf geeignete Weise wahrnehmen können.

7.7 Gemäss dem Bundesgericht ist der in Art. 20 Abs. 1 BEHG vorgesehene alternative Tatbestand des Aktienerwerbs «in gemeinsamer Absprache mit Dritten» erfüllt, wenn der gemeinsame Erwerb der Aktien

die Beherrschung objektiv ermöglicht und aufgrund der Umstände darauf geschlossen werden muss, dass eine solche auch angestrebt wird (BGE 130 II 530 E. 6 S. 546 ff., Urteil i. S. Quadrant AG). In Analogie dazu schliesst der vom Gesetz separat erfasste «indirekte Erwerb» alles geschäftliche Handeln ein, das den Aufbau einer für die Meldepflicht massgeblichen Beteiligung trotz Auseinanderfallens der wirtschaftlichen und formalen Berechtigung objektiv ermöglicht bzw. das im Ergebnis das Stimmrecht über die Beteiligungspapiere vermitteln kann, wenn aufgrund der Umstände darauf geschlossen werden muss, dass eine solche Beteiligung auch angestrebt wird. Ausschlaggebend ist mithin ein faktisches und nicht ein juristisches Kriterium (vgl. Robert Bernet, Die Regelung öffentlicher Kaufangebote im neuen Börsengesetz [BEHG], 1998, S. 85 ff.; Dietzi/Latour, Schweizerisches Börsenrecht, 2002, S. 82; Georg G. Gotschev, Koordiniertes Aktionärsverhalten im Börsenrecht, 2005, S. 122 ff.; Kistler, a. a. O., S. 99 ff.; Susanne Mettier, Offenlegung von Beteiligungen im Börsengesetz, 1999, S. 107 ff.; Weber, a. a. O., N. 46 ff. zu Art. 20 BEHG; vgl. nunmehr zum neuen Recht Renn, a. a. O., S. 228 ff. und 238 ff.). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen untersteht bei einer solchen Auslegung des indirekten Erwerbs nicht jedes tatsächliche Geschäftsverhalten der Meldepflicht. Auch die blossе Erwerbsabsicht als Vorstadium geschäftlichen Handelns genügt noch nicht (vgl. Art. 10 Abs. 1 zweiter Satz BEHV-EBK). Entscheidend ist vielmehr, ob faktisch eine Beteiligung aufgebaut wird, welche die besonderen börsenrechtlichen Pflichten auslöst; dabei muss das Vorstadium der reinen Planung bzw. der noch nicht umgesetzten Intentionen bereits verlassen, also zu einem aktiven Verhalten übergegangen worden sein. Die teilweise problematische normative Offenheit des Gesetzes wird dabei durch die Möglichkeit des Vorabentscheidverfahrens nach Art. 20 Abs. 6 BEHG massgeblich relativiert bzw. kompensiert.

7.8 Diese Zusammenhänge sind auch dem Verordnungsgeber nicht entgangen, verwendete er doch insbesondere in Art. 9 BEHV-EBK entsprechend offene Formulierungen: Nach Abs. 1 genügt für die Meldepflicht

eine «wirtschaftliche Berechtigung»; mit dieser Begriffswahl wird den wirtschaftlichen Zusammenhängen ein zumindest gleich grosses Gewicht eingeräumt wie den rechtlichen Verhältnissen. Gemäss Abs. 3 lit. d gelten überdies als indirekter Erwerb alle anderen (d. h. in lit. a–c nicht ausdrücklich erwähnten) Vorgänge, die im Ergebnis das Stimmrecht über die Beteiligungspapiere vermitteln können mit Ausnahme der – hier nicht interessierenden – Erteilung von Vollmachten ausschliesslich zur Vertretung an einer Generalversammlung. Auch dieser Auffangtatbestand zeigt, dass alle Vorgehensweisen erfasst werden sollen, die faktisch zu einer massgeblichen Beteiligung führen. Dabei ist nicht zwingend, dass die rein formelle Berechtigung vorliegt, über die Ausübung der Stimmrechte entscheiden zu können.

7.9 Die Beschwerdeführerinnen bedienten sich mit den CFDs eines in der Schweiz neuen Finanzinstruments. Ihr Verhalten führte zum Aufbau einer massgeblichen Beteiligung an der Beschwerdegegnerin. Der Frage, ob die Beschwerdeführerinnen förmlich Eigentümerin der fraglichen Aktien waren, einen zivilrechtlichen Anspruch auf deren Übertragung hatten oder bereits über die Aktien selbst oder allenfalls über die entsprechenden Stimmrechte zu verfügen vermochten, kommt keine entscheidende Bedeutung zu. Wesentlich ist vielmehr, dass sie jederzeit die Aktien mit den entsprechenden Stimmrechten an sich ziehen konnten, um damit auf einen Schlag eine erhebliche oder sogar beherrschende Beteiligung an der Beschwerdegegnerin zu erreichen. Genau auf solche Ereignisse ist die Meldepflicht ausgerichtet. Damit soll das entsprechende Vorgehen gesetzlich nicht ausgeschlossen bzw. verboten werden. Die vom Gesetz bezweckte Offenlegung muss aber auch in derartigen Konstellationen geschaffen werden, andernfalls die auf Transparenz und Kontrolle gerichtete börsenrechtliche Wirkung der Gesetzesordnung unvollkommen bliebe. Das Vorgehen der Beschwerdeführerinnen entspricht faktisch weitgehend den in Art. 9 BEHV ausdrücklich erwähnten Tatbeständen. Ihr Geschäftsverhalten wird daher von Art. 20 Abs. 1 BEHG erfasst (vgl. auch Renn, a. a. O., S. 283 ff., insb.

S. 289 f.). Auf die genaue Rechtsnatur der CFDs kommt es dabei nicht an (anderer Auffassung Schenker, a. a. O., S. 271 ff.).

7.10 Eine solche Gesetzesauslegung verstösst nicht gegen das Bestimmtheitsgebot. Was der Gesetzgeber mit der Regelung des indirekten Erwerbs meinte, war durchaus erkennbar. Es war daher für die Beschwerdeführerinnen vorhersehbar, dass sie der Offenlegungspflicht unterliegen könnten. Hätten sie rechtzeitig Klarheit gewollt, hätten sie bei der Aufsichtsbehörde frühzeitig – und nicht erst, nachdem sie von deren Vorabklärungen Kenntnis erhalten hatten – ein entsprechendes Gesuch um Vorabentscheid nach Art. 20 Abs. 6 BEHG stellen können. Das hätte sich umso mehr aufgedrängt, als sie für ihre Geschäfte im Zusammenhang mit der Beschwerdegegnerin mit den CFDs intensiv ein für die Schweiz erkennbar neuartiges Handelsinstrument nutzten. Von diesem konnten sie zwar nicht sicher wissen, wie die Aufsichtsbehörden deren Verwendung einstufen würden; es musste ihnen aber bewusst sein, dass die börsenrechtliche Beurteilung heikel sein konnte und ein Klärungsbedarf bestand. Unter anderem dazu dient das Vorabentscheidverfahren nach Art. 20 Abs. 6 BEHG. Die Beschwerdeführerinnen können sich daher nicht unter Verweis auf die Neuartigkeit der Handelsform und der entsprechenden Unklarheiten der Meldepflicht entledigen.

7.11 Auch der nachträgliche Erlass von Art. 20 Abs. 2^{bis} BEHG steht dieser Auslegung des Gesetzes nicht entgegen. Danach gelten nunmehr seit dem 1. Dezember 2007 als indirekter Erwerb namentlich Geschäfte mit Finanzierungsinstrumenten, die es wirtschaftlich ermöglichen, Beteiligungspapiere im Hinblick auf ein öffentliches Kaufgeschäft zu erwerben (dazu Renn, a. a. O., S. 228 ff. und 238 ff.). Die entsprechende Gesetzesnovelle wurde gerade durch den vorliegenden Fall ausgelöst und soll gewährleisten, dass derivative Handelsformen wie die CFDs, die zu einer Realerfüllung führen, ohne aber allenfalls eine rechtliche Erzwingbarkeit zu verschaffen, ausdrücklich gesetzlich erfasst und der Meldepflicht unterstellt sind. Daraus

kann indes nicht gefolgert werden, dasselbe hätte früher nicht gegolten. Die neue Bestimmung dient vielmehr der Klarstellung der rechtlichen Tragweite der Meldepflicht beim indirekten Erwerb. Dafür spricht nebst dem teleologischen Zusammenhang, dass in Art. 20 Abs. 2^{bis} wie in Art. 20 Abs. 1 BEHG der gleiche unbestimmte Rechtsbegriff des indirekten Erwerbs verwendet wird. Es handelt sich also nicht um einen neuen Tatbestand, sondern der alte Tatbestand wird neu nun teilweise unmittelbar im Gesetz konkretisiert. Der Begriff des indirekten Erwerbs hat dadurch keine Ausweitung erfahren. Hingegen wird seine Bedeutung, die bereits früher gegolten hat, offenkundig(er). Dem entspricht, dass Art. 15 Abs. 1 lit. c der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 25. Oktober 2008 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung-FINMA, BEHV-FINMA; SR 954.193) als Nachfolgeerlass der Börsenverordnung-EBK die Meldepflicht bei CFDs nunmehr ausdrücklich vorsieht.

7.12 Demnach geht auch der von den Beschwerdeführerinnen im Verfahren 2C_78/2009 vorgebrachte Standpunkt fehl – soweit dies hier überhaupt zu prüfen ist (vgl. E. 2.3.2) –, dass im vorliegenden Zusammenhang selbst nach Art. 20 Abs. 2^{bis} BEHG keine Offenlegungspflicht bestehe. Vielmehr bestätigt diese neue Bestimmung lediglich die entsprechende Auslegung von Art. 20 Abs. 1 BEHG.

2 **Infraction aux exigences de garantie d'une activité irréprochable et manquements organisationnels découlant de litiges juridiques répétés entre des associés**

**ARRÊT du Tribunal administratif fédéral B-5535/2009
du 6 mai 2010 (BVGE 39/2010)**

Surveillance des marchés financiers; menace de retrait des autorisations d'exercer une activité de banquier privé et de négociant en valeurs mobilières; garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c LB et art. 10 al. 2 let. d LBVM).

1. La «garantie d'une activité irréprochable» constitue une notion juridique indéterminée impliquant une certaine retenue de la part de l'autorité de recours (consid. 4.1.1).
2. L'examen de la garantie d'une activité irréprochable poursuit un but exclusivement préventif fondé sur un pronostic pour l'avenir sur la base d'événements passés (consid. 4.1.4).
3. La garantie d'une activité irréprochable vise la protection des intérêts des créanciers et préserve la crédibilité des banques et de l'ensemble de la place financière suisse (consid. 4.3.4).

Finanzmarktaufsicht; Androhung des Entzugs der Bewilligungen zur Ausübung einer Tätigkeit als Privatbankier und als Effektenhändler; Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG und Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG).

1. Die «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, bei dessen Überprüfung sich die Beschwerdeinstanz eine gewisse Zurückhaltung auferlegt (E. 4.1.1).
2. Die Prüfung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit hat ausschliesslich präventiven Charakter und stellt, ausgehend von vergangenen Ereignissen, eine Zukunftsprognose dar (E. 4.1.4).
3. Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit dient dem Schutz der Gläubigerinteressen, des Ansehens der Banken sowie des Finanzplatzes Schweiz (E. 4.3.4).

Vigilanza sui mercati finanziari; minaccia di revoca delle autorizzazioni d'esercizio di un'attività di banchiere privato e di commerciante di valori mobiliari; garanzia di un'attività irreprensibile (art. 3 cpv. 2 lett. c LBCR e art. 10 cpv. 2 lett. d LBVM).

1. La «garanzia di un'attività irreprensibile» costituisce una nozione giuridica indeterminata che comporta un certo riserbo di esame da parte dell'autorità di ricorso (consid. 4.1.1).
2. La valutazione della garanzia di un'attività irreprensibile persegue uno scopo esclusivamente preventivo e dev'essere interpretata sulla base degli eventi passati in vista di una prognosi futura (consid. 4.1.4).
3. La garanzia di un'attività irreprensibile serve alla protezione degli interessi dei creditori e preserva la credibilità delle banche e della piazza finanziaria svizzera (consid. 4.3.4).

Résumé des faits

X._____ est une banque ayant son siège à Z._____, constituée sous la forme d'une société en commandite dont le but social est l'exploitation d'une banque privée. Elle se trouve au bénéfice des autorisations d'exercer une activité de banquier privé et de négociant en valeurs mobilières délivrées par la Commission fédérale des banques (CFB; depuis le 1^{er} janvier 2009, Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers [FINMA]).

Par décision du 6 juillet 2009, la FINMA a constaté que X._____ ne remplissait plus les conditions d'autorisation pour exercer une activité bancaire ou de négociant en valeurs mobilières en raison notamment de diverses irrégularités constatées par l'organe de révision et de plusieurs litiges ayant opposé les associés de la banque.

Par mémoire du 2 septembre 2009, mis à la poste le même jour, A._____, B._____, C._____, D._____ AG et E._____ AG ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF) en concluant, sous suite de frais, préalablement à la suspension de la procédure jusqu'à la fin de l'année, soit jusqu'au prononcé de la sentence au fond du tribunal arbitral sur l'exclusion de F._____ comme associé de la banque; au fond, ils concluent à son annulation s'agissant des conditions d'autorisation et de l'obligation de remise en conformité.

Par décision incidente du 10 novembre 2009, le TAF a rejeté la demande de suspension de la procédure des recourants.

En date du 15 décembre 2009, le tribunal arbitral a rendu sa sentence admettant en particulier la validité de l'exclusion de F._____.

Le TAF a rejeté le recours.

4.

4.1 À teneur de l'art. 3 al. 2 let. c LB, une banque ne peut obtenir l'autorisation nécessaire à l'exercice de son activité que lorsque les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable. L'art. 10 al. 2 let. d LBVM contient des conditions similaires pour ce qui est de l'activité de négociant en valeurs mobilières disposant que l'autorisation est délivrée lorsque ce dernier, ses collaborateurs responsables et les actionnaires principaux présentent toutes garanties d'une activité irréprochable. En l'espèce, la banque est simultanément au bénéfice d'une autorisation d'exercer une activité de banquier privé ainsi que d'une autre de négociant en valeurs mobilières délivrées par la CFB.

Les deux normes lui sont dès lors applicables (cf. Beat Kleiner/Renate Schwob, in: Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz, *Kommentar zum schweizerischen BankG* [ci-après: *Kommentar zum Bankengesetz*], Zurich, n° 223 ad art. 3 [édition avril 2005]). Cela étant, la doctrine a admis que les deux dispositions précitées possèdent le même contenu, la seconde ayant été reprise directement de la LB de sorte qu'il se justifie d'en faire une interprétation uniforme (cf. Philippe A. Huber, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt, *Basler Kommentar zum Börsengesetz*, Bâle 2007, n° 59 ad art. 10 al. 1-4; Gérard Hertig/Urs Schuppisser, *Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel*, Zurich 2000, n° 43 ad art. 10).

4.1.1 Aux termes de l'art. 49 PA, le recourant peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et l'inopportunité de la décision attaquée; le Tribunal administratif fédéral dispose généralement d'une pleine cognition. Cela vaut en principe également pour les recours contre les décisions de la FINMA. Toutefois, s'agissant du contrôle de l'exercice du pouvoir d'appréciation, la jurisprudence du Tribunal fédé-

ral admet que, dans les domaines qui requièrent de hautes connaissances techniques, l'autorité de recours fasse preuve de retenue et s'en remette à l'appréciation des autorités spécialisées lesquelles doivent, de par la loi, procéder aux contrôles requérant lesdites connaissances (ATF 108 Ib 196 consid. 1b; cf. Francesco Bertossa, *Der Beurteilungsspielraum: Zur richterlichen Kontrolle von Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen im Verwaltungsrecht*, Berne 1984, p. 91; Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2^e éd., Zurich 1998, n° 644 s.).

Un pouvoir d'appréciation doit également être reconnu à la FINMA lorsqu'il s'agit de contrôler l'application, dans un cas particulier, d'une notion juridique indéterminée ressortant du droit bancaire (ATF 108 Ib 196 consid. 1b). Or, la garantie d'une activité irréprochable constitue précisément une notion juridique indéterminée (ATAF 2008/23 consid. 3.3; cf. Marcel Livio Aellen, *Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes*, Berne 1990, p. 123; Kleiner/Schwob, in: *Kommentar zum Bankengesetz*, n° 174 ad art. 3 [édition avril 2005]).

Dès lors, dans ce cas également, l'autorité de recours se doit de faire preuve d'une certaine retenue. En effet, il serait contraire à l'essence même du contrôle juridictionnel que le Tribunal fédéral rejette une interprétation soutenable de la notion juridique indéterminée en cause dont il s'écarterait à la faveur d'un réexamen librement effectué (cf. ATF 108 Ib 196 consid. 3b). Cela ne signifie toutefois pas que l'autorité de surveillance disposerait de la compétence, dans ses décisions, de définir l'activité irréprochable avec une entière liberté de jugement; au contraire, la liberté d'appréciation dont elle bénéficie ne doit être admise que dans un cadre aussi délimité que possible afin que le contrôle juridictionnel ne soit pas restreint de manière excessive (ATAF 2008/23 consid. 3.3; cf. Kleiner, in: *Kommentar zum Bankengesetz*, n° 2 s. ad art. 23^{ter} [édition juin 1996]).

4.1.2 En tant que parties intégrantes du droit public, les normes de la législation sur les banques revêtent généralement un caractère impératif. En particulier, les éléments qui, conformément à l'art. 3 LB, constituent une condition à l'octroi de l'autorisation doivent en tout temps être respectés. C'est notamment le cas des exigences en matière de bonne réputation et de garantie d'une activité irréprochable. La FINMA veille à ce que les établissements soumis à sa surveillance observent l'ensemble des dispositions impératives; elle retire l'autorisation d'exercer si la banque ne remplit plus les conditions requises ou viole gravement le droit de la surveillance (art. 37 LFINMA; ATF 108 Ib 196 consid. 2b; cf. Aellen, op. cit., p. 216 s.).

4.1.3 L'art. 3 al. 2 let. c LB vise en premier lieu à protéger les créanciers et, par là, à préserver la crédibilité dont doivent bénéficier les banques et l'ensemble de la place financière suisse. Il est ainsi nécessaire que les personnes chargées d'administrer et de gérer une banque possèdent les compétences professionnelles requises par leur charge qui dépendent de l'étendue et de la nature de la fonction, de même que de la taille et de la complexité de l'établissement. Ces personnes doivent en outre se comporter correctement en affaires et respecter la législation en vigueur – soit les dispositions en matière bancaire et boursière mais également civile et pénale –, les directives et la pratique des autorités de surveillance, ainsi que les usages de la profession et les directives internes (cf. arrêt du TF 2A.261/2004 consid. 1 et les références citées publié in: Bulletin CFB 46 p. 31; ATAF 2008/23 consid. 3.1). Elles sont également tenues au respect des accords contractuels les liant aux clients et observent les devoirs de diligence et de loyauté à l'encontre de ces derniers (cf. Kleiner/Schwob, in: Kommentar zum Bankengesetz, n° 191 ss ad art. 3 [édition avril 2005]; Christoph Winzeler, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler, Basler Kommentar zum Bankengesetz, Bâle/Genève/Munich 2005, n° 16 et 25 ad art. 3; Huber, in: Basler Kommentar zum Börsengesetz, n° 60 ad art. 10 al. 1-4 et les références citées; Bulletin

CFB 45, p. 164 consid. 1c). S'agissant des négociants en valeurs mobilières, les devoirs d'information, de diligence et de loyauté sont expressément ancrés, de manière similaire, à l'art. 11 LBVM.

Nonobstant, la notion de bonne réputation figurant à l'art. 3 al. 2 let. c LB ne présente pas de signification propre ; elle est comprise dans celle de garantie d'une activité irréprochable dont elle constitue la composante morale et se définit comme un comportement correct dans les affaires (cf. Aellen, op. cit., p. 85 ; Kleiner/Schwob, in: Kommentar zum Bankengesetz, n° 180 ad art. 3 [édition avril 2005]). La jurisprudence a en outre précisé que dite notion implique de l'intégrité, de la droiture, de la conscience et de la fermeté de caractère ainsi que des compétences professionnelles (Bulletin CFB 3, p. 12 consid. 1).

De la sorte, un directeur de banque, par exemple, doit posséder des dispositions de caractère et des compétences professionnelles suffisantes pour conduire aux destinées d'un établissement de crédit. L'exigence de la garantie d'une activité irréprochable revêt une importance primordiale dans la mesure où les relations d'une banque sont basées sur la confiance que l'on peut accorder à ses dirigeants. Elle tend à prévenir l'accès à des fonctions dirigeantes dans des banques de personnes qui, par leur incompétence, peuvent ruiner un établissement, causer des pertes aux créanciers et mettre en jeu le sérieux de la place financière suisse (cf. Bulletin CFB 3, p. 12 consid. 1 et la réf. cit. ; cf. également art. 3 al. 2 let. c^{bis} LB s'agissant des personnes exerçant, de diverses manières, une influence notable sur la gestion de la banque). C'est pourquoi le caractère et les compétences des organes d'une banque doivent être de tout premier ordre (cf. Bulletin CFB 1, p. 14 consid. 1).

4.1.4 Le contrôle des exigences professionnelles et personnelles posées par l'art. 3 al. 2 let. c LB poursuit un but exclusivement préventif – que l'on retrouve dans le terme « garantie » – 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 banque, de ses clients ainsi que pour la réputation de la place financière suisse (cf. Aellen, op. cit., p. 200). En d'autres termes, l'autorité inférieure est tenue de rechercher si, en raison d'événements passés, les conditions de la garantie d'une activité irréprochable sont toujours remplies et quel pronostic peut être fait pour la suite (cf. Bulletin CFB 45, p. 164 consid. 1b). Toutefois, pour que la garantie d'une activité irréprochable soit contestée dans un cas particulier, il faut encore que les faits reprochés s'avèrent d'une certaine importance de sorte qu'il apparaisse comme vraisemblable qu'un acte similaire se reproduise à l'avenir. La simple possibilité ne suffit pas (cf. Kleiner/Schwob, in: Kommentar zum Bankengesetz, n° 181 ad art. 3 [édition avril 2005]; Aellen, op. cit., p. 140 et 199 ss).

4.2 La décision entreprise fait état de divers conflits, étendus sur plusieurs années, entre les associés. La FINMA retient une première scission ayant opposé, en 1991, les branches dites française (composée alors de G._____, de son fils F._____ ainsi que de H._____, frère de G._____) et suisse (composée de L._____, M._____ et N._____) du groupe et ayant conduit à l'intervention des autorités françaises; ce litige a été tranché par sentence arbitrale excluant la branche suisse pour justes motifs.

La FINMA relève qu'un second litige opposant G._____ et ses fils F._____ et A._____ à H._____ a éclaté en mai 2003; un Tribunal arbitral a, par sentence du 3 mai 2005, refusé l'exclusion de H._____ pour justes motifs estimant que les différents reproches formulés à son encontre étaient insuffisants.

S'agissant enfin du litige le plus récent, la FINMA explique que F._____ a, le 20 avril 2009, sollicité son intervention ainsi que la nomination d'un chargé d'enquête. Le reproche portait essentiellement sur la convocation d'une Assemblée des associés de la banque, émise par son frère A._____, dont l'objectif tendait à résilier son pouvoir de gestion

et à le remplacer par son père G. _____ en tant que nouvel associé indéfiniment responsable. Elle note avoir été informée de la détérioration des relations entre F. _____ et l'ensemble des autres associés de la banque, en particulier avec les autres associés gérants, A. _____ et B. _____. Elle explique que, selon la direction de la banque, le conflit remonterait à l'été 2008 où une différence de conception était apparue s'agissant du rôle des associés gérants de la banque; à plusieurs reprises, le Comité des associés gérants de la banque n'avait pas pu statuer en raison de l'opposition régnant entre les associés gérants si bien que c'est l'Assemblée des associés qui a été amenée à trancher les questions ouvertes. La direction aurait ajouté que les relations entre F. _____ et les autres associés ainsi que la direction de la banque se seraient dégradées complètement, amenant les autres associés à proposer le retrait des pouvoirs de gestion à F. _____; l'opposition entre les associés gérants n'aurait toutefois jamais bloqué le fonctionnement de la banque ni de ses organes de sorte que tant la banque que ses clients ne courraient pas de risques particuliers.

La FINMA rappelle en outre que l'Assemblée des associés a, le 5 mai 2009, approuvé à la majorité de 75 % des parts de X. _____ la résiliation de la participation de F. _____ de la banque ainsi que la nomination de G. _____ comme nouvel associé indéfiniment responsable; toutefois, les recourants ont admis par la suite que F. _____ demeurait associé gérant de la banque jusqu'au 31 décembre 2009 et que la modification du contrat de société adoptée pour permettre la nomination de G. _____ en remplacement de son fils F. _____ nonobstant le dépassement de l'âge prévu dans dit contrat n'était pas valable.

La FINMA note que, compte tenu des divergences constantes opposant F. _____ aux deux autres associés indéfiniment responsables, le Comité des associés gérants de la banque est paralysé et les décisions sont prises par l'Assemblée des associés à qui il revient de trancher; la grave mésentente entre les associés risquerait également de perturber la gestion des affaires de la direction dès lors que ceux-ci disposent d'un droit de veto à cet effet. La FINMA ajoute qu'il s'agit du troisième conflit familial opposant les associés au

sein du groupe depuis 1991. Elle indique que ces litiges se sont étendus sur plusieurs années et que la réorganisation de la banque, fin 2007, à la suite de la sortie de H._____ n'a toutefois pas écarté définitivement tout risque de paralysie puisque le troisième conflit a débuté quelques mois à peine après dite réorganisation. Elle déclare enfin que les associés ont déployé toute leur énergie à la gestion de la crise au détriment des affaires de la banque malgré les nombreuses faiblesses qu'elle présentait.

Les recourants rétorquent que l'Assemblée des associés n'a jamais été paralysée par le litige entre les associés. Ils concèdent en revanche qu'un blocage pouvait se produire au sein du Comité des associés gérants en cas de veto de F._____. Ils précisent que deux nouveaux associés gérants – I._____ et J._____ – ont été nommés lors de l'Assemblée des associés du 19 juin 2009 justement pour surmonter ce blocage, F._____ n'étant, depuis lors, plus en mesure de s'opposer seul à une décision du Comité des associés gérants. Sur cette base et dès lors que les mesures provisionnelles déposées par F._____ auprès du Tribunal arbitral tendant à suspendre les effets de la nomination des deux nouveaux associés ont été rejetées, ils considèrent que dites nominations auraient dû être tenues pour valables par la FINMA jusqu'à la sentence arbitrale ; à leurs yeux, le fonctionnement des organes de la banque n'était par conséquent pas bloqué – toutes les mesures utiles ayant été prises pour le garantir – et la banque remplissait, à la date de la décision, les conditions d'autorisation pour exercer une activité bancaire ou de négociant en valeurs mobilières. Ils comprennent cependant que les litiges successifs entre associés qui se sont produits dans la banque depuis une vingtaine d'années inquiètent la FINMA.

Par sentence du 15 décembre 2009, le Tribunal arbitral a confirmé, d'une part, l'exclusion de F._____ et, d'autre part, la nomination des deux associés gérants votée lors de l'assemblée du 19 juin 2009, sauf toutefois dans la mesure où elle dispense ces derniers de participer aux pertes.

4.3

4.3.1 Les dirigeants du groupe se sont ainsi opposés lors de trois litiges. Il est vrai que ces conflits se révèlent, à ce jour, tous réglés (séparation des branches suisse et française dans le premier cas, sortie de H. _____ de la société dans le deuxième et exclusion de F. _____ dans le dernier) et qu'un risque de nouveau différend avec ces mêmes personnes semble pouvoir être écarté. Il n'en demeure pas moins qu'ils témoignent en tout cas d'un climat de tension et d'une profonde instabilité au sein des associés de la banque nonobstant la sortie ou l'exclusion de divers associés.

4.3.2 Par ailleurs, dits litiges se sont étendus sur plusieurs années et ont tous nécessité l'intervention d'un Tribunal arbitral, ce qui atteste de leur gravité. Dans le dernier cas en particulier, les divergences ont conduit à un blocage des organes car le droit de veto dont disposait de facto F. _____ grâce à sa part sociale a suspendu la prise de certaines décisions importantes pourtant de la compétence du Comité des associés gérants; l'Assemblée des associés – soumise à des exigences formelles très spécifiques notamment quant à sa convocation – s'est trouvée dans l'obligation inhabituelle de se substituer au Comité des associés gérants et de trancher les questions ouvertes. Il s'ensuit que, même si la banque a, semble-t-il, pu fonctionner en dépit des divergences apparues entre F. _____ et les autres associés gérants, celles-ci ont effectivement eu des répercussions sur le fonctionnement de la banque; les recourants l'ont d'ailleurs admis à répétitions reprises dans les pièces versées au dossier.

4.3.3 De plus, il ne ressort certes pas du dossier que les intérêts des créanciers auraient in casu été concrètement et directement mis en péril par des mesures ou décisions inadéquates résultant du conflit; l'autorité inférieure reconnaît du reste que les droits des créanciers n'ont pas été mis en danger puisque la banque ne présentait pas de risque immédiat de surendettement et que les associés s'accordaient sur le principe d'une transformation de la banque en société anonyme. S'agissant uniquement,

en matière de garantie d'une activité irréprochable, de faire un pronostic sur l'avenir et non de sanctionner les risques passés (cf. supra consid. 4.1.4), la question de savoir si les intérêts des créanciers ont été véritablement mis en péril n'est toutefois pas déterminante ; l'est en revanche celle de savoir si l'on doit craindre, dans l'éventualité où une telle situation se reproduirait, une mise en danger desdits intérêts. De ce point de vue et au regard des attributions particulières – définies aux art. III ch. 4.1 du contrat de société et 10 du règlement d'organisation et d'entreprises – du Comité des associés gérants chargé de la direction suprême de la banque, il appert qu'un litige susceptible de provoquer un blocage tel que celui qui a eu lieu s'avère indubitablement de nature à entraver de manière grave une gestion prudente et saine de la banque ainsi qu'à mettre sérieusement en danger les intérêts de celle-ci et de ses créanciers. En outre, le passé conflictuel de la banque rendait vraisemblable la survenue d'un nouveau litige.

4.3.4 Qui plus est, la garantie de l'activité irréprochable ne sert pas uniquement à la protection des intérêts des créanciers (cf. Bulletin CFB 1, p. 14 consid. 4) ; il s'agit également par là de préserver la crédibilité dont doivent bénéficier les banques et l'ensemble de la place financière suisse. Or, l'énergie déployée par les associés s'est concentrée sur le conflit au détriment du bon fonctionnement de la banque ; ce gaspillage de forces est précisément susceptible de porter préjudice non seulement à la crédibilité de la banque elle-même, mais également à la réputation de la place financière.

4.4 L'autorité inférieure a estimé que les divers conflits – certes liquidés à ce jour – ayant opposé les recourants et d'autres associés ne s'avèrent pas compatibles avec l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable. Au regard de l'ensemble de ce qui précède et considérant les risques que constituent, pour l'avenir, des litiges tels que ceux qui se sont déroulés de façon répétée au sein de la banque, le Tribunal de céans, sur la base des

allégués de la FINMA et faisant preuve de la retenue qui prévaut en la matière dont rien ne justifie l'abandon, doit admettre que cette appréciation ne s'avère pas critiquable.

De ce fait, les recourants ne remplissent plus les conditions d'autorisation pour exercer une activité bancaire ou de négociant en valeurs mobilières. Pour ce motif déjà, le recours doit être rejeté.

3 Pas d'examen abstrait de la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable

**ARRÊT du Tribunal administratif fédéral B-1360/2009
du 11 mai 2010**

Consultation du dossier dans le cadre d'une décision de non-entrée en matière; non-entrée en matière sur une demande de décision en constatation; défaut d'intérêt à l'examen abstrait de la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c LB et art. 10 al. 2 let. d LBVM); principe de la légalité; confirmation de la pratique de la CFB/FINMA.

1. Lorsque la FINMA décide de ne pas entrer en matière sur une demande de décision en constatation, elle peut limiter la consultation du dossier aux documents ayant servi de fondement à cette décision (consid. 2).
2. Tant qu'un intéressé ne présente pas de projet concret d'occuper un poste pour lequel il doit présenter la garantie d'une activité irréprochable, la FINMA ne peut pas examiner si la condition de la garantie est satisfaite. L'intéressé n'a pas d'intérêt actuel digne de protection à un tel examen. La FINMA est habilitée à ne pas entrer en matière sur une telle demande (consid. 3.2.-3.4).
3. Le refus de procéder à l'examen abstrait de la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable ne constitue pas une interdiction d'exercer (consid. 3.5-3.5.3).
4. Lorsque un intérêt actuel digne de protection à l'obtention d'une décision de la FINMA fait défaut et que la FINMA refuse de ce fait d'entrer en matière sur la demande de décision en constatation, la FINMA ne confirme pas davantage à l'intéressé qu'aucune procédure n'a été engagée contre lui (consid. 5).

Akteneinsicht im Rahmen eines Nichteintretensentscheids; Nichteintreten auf ein Feststellungsbegehren; mangelndes Interesse an einer abstrakten Prüfung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG und Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG); Legalitätsprinzip; Bestätigung der Praxis der EBK/FINMA.

1. Tritt die FINMA auf ein Feststellungsbegehren nicht ein, kann sie das Akteneinsichtsrecht auf diejenigen Unterlagen beschränken, die für die Prüfung der Begründetheit des Nichteintretensentscheids relevant sind (E. 2).
2. Die FINMA kann mangels eines aktuellen Rechtsschutzinteresses des Betroffenen die Prüfung des Erfordernisses der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht beurteilen, solange dieser kein konkretes Projekt verfolgt, das eine Gewährsprüfung erfordern würde. Die FINMA ist daher befugt, auf ein entsprechendes Gesuch nicht einzutreten (E. 3.2.–3.4).
3. Der Verzicht auf eine abstrakte Prüfung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit stellt auch kein faktisches Berufsverbot dar (E. 3.5–3.5.3).
4. Fehlt ein aktuelles Rechtsschutzinteresse an einem Feststellungsbegehren und tritt die FINMA deshalb auf ein solches nicht ein, bestätigt sie dem Gesuchsteller ebenso wenig, dass gegen ihn kein Verfahren geführt wurde (E. 5).

Esame degli atti nel quadro di una decisione di non entrata nel merito; inammissibilità di una domanda di accertamento; mancanza di interesse per una verifica astratta della garanzia di un'attività irrepreensibile (art. 3 cpv. 2 lett. c LBCR e art. 10 cpv. 2 lett. d LBVM); principio di legalità; conferma della prassi della CFB/FINMA.

1. Se la FINMA non entra nel merito di una domanda di accertamento, il diritto di esaminare gli atti può essere limitato ai documenti rilevanti per la verifica della fondatezza della decisione di non entrata nel merito (consid. 2).
2. A motivo della mancanza di un interesse attuale degno di protezione del ricorrente la FINMA non può verificare il requisito della garanzia di un'attività irrepreensibile nei limiti, in cui il ricorrente non persegue un progetto concreto richiedente la verifica dell'irrepreensibilità. La FINMA è quindi autorizzata a non entrare nel merito della relativa domanda (consid. 3.2-3.4).
3. La rinuncia a una verifica astratta della garanzia di un'attività irrepreensibile non rappresenta nemmeno un divieto di fatto d'esercizio della professione (consid. 3.5-3.5.3).
4. Se manca un interesse attuale degno di protezione e quindi la FINMA non entra nel merito di una domanda di accertamento, essa non conferma che contro il ricorrente non sia stato avviato alcun procedimento (consid. 5).

Résumé des faits

Le 1^{er} septembre 2008, le groupe X._____ a informé la Commission fédérale des banques (CFB) que, en raison de sérieuses irrégularités, il avait démis X._____ de ses fonctions de Président du Conseil d'administration de X._____ Switzerland SA (ci-après : la banque) avec effet immédiat et l'avait suspendu de ses fonctions de responsable du trading du groupe. Par courriers des 1^{er} et 3 septembre 2008, X._____ (ci-après : le recourant) a contesté catégoriquement ces griefs.

Sur mandat de la banque, Y._____ SA a procédé sans délai à une enquête interne en vue d'éclaircir les circonstances de l'affaire. X._____ et différents collaborateurs de la banque ont été interrogés à cette occasion. Le rapport de Y._____ SA, y compris les procès-verbaux des interrogatoires, a été adressé le 3 octobre 2008 au Conseil d'administration de X._____ Switzerland SA, avec copie à la CFB.

Le 23 septembre 2008, X._____ a prié la banque de lui communiquer les passages du rapport des réviseurs le concernant, afin que les accusations portées à son encontre soient portées à sa connaissance. La même requête a été déposée auprès de la CFB le 26 septembre 2008.

Le 3 novembre 2008, la CFB a informé X._____ qu'elle ne pouvait pas lui permettre d'accéder au rapport, étant donné qu'elle n'avait pas encore décidé de la suite à donner à cette affaire ni ouvert de procédure formelle à son encontre.

A l'occasion d'une rencontre organisée le 27 novembre 2008 avec des représentants de la CFB, X._____ a précisé ses déclarations et affirmé vouloir reprendre une activité dans le secteur financier, sans toutefois indiquer de projet précis pour le moment.

Par courrier du 3 décembre 2008, la CFB a informé X._____ que si X._____ entendait reprendre une fonction dirigeante au sein d'un établissement soumis à sa surveillance, elle examinerait s'il présentait toutes garanties d'une activité irréprochable. Dans la mesure où X._____ n'occupait plus de position requérant cette garantie, la CFB a précisé qu'elle

n'ouvrirait pour l'instant pas de procédure à son encontre afin de clarifier les faits qui lui sont reprochés. Elle s'est explicitement réservée la possibilité de revenir sur cette affaire dès l'instant où X._____ communiquerait la volonté d'occuper une position concrète nécessitant de présenter la garantie.

Le 9 décembre 2008, X._____ a requis l'ouverture d'une procédure administrative formelle à son encontre afin d'infirmer les griefs qui lui étaient adressés.

Par décision du 22 janvier 2009, la FINMA n'est pas entrée en matière sur la demande de X._____.

X._____ a formé recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision du 22 janvier 2009 de non-entrée en matière.

Le Tribunal administratif fédéral rejette le recours.

Extrait des considérants

(...)

2.

Dans ses écritures, le recourant invoque une violation de son droit d'être entendu dans la mesure où il n'a pas eu accès à toutes les pièces du dossier de la FINMA. Il relève notamment que les pièces produites contiennent des incohérences et des contradictions avec les faits dénoncés par la banque, les éléments du dossier étant dans ces circonstances propres à confirmer le caractère fallacieux des accusations de la banque.

Le droit d'être entendu, consacré à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), comprend en particulier le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier (ATF 129 I 249 consid. 3 ; cf. art. 26 à 28 PA). Le droit de consulter le dossier s'étend à tous les actes essentiels de la procédure, à savoir ceux qui ont servi de base à la décision litigieuse (ATF 121 I 225 consid. 2a et les réf. cit. ; cf. également arrêt du TAF B-1621/2008 du 3 juillet 2008 consid. 3.1).

Le droit de consulter le dossier trouve cependant sa limite dans les intérêts publics prépondérants et dans les intérêts légitimes de tiers au maintien du secret (cf. art. 27 PA). L'autorité compétente doit alors procéder à une pesée des différents intérêts en présence pour déterminer si et dans quelle mesure l'accès au dossier peut être limité (ATF 126 I 7 consid. 2b, ATF 122 I 153 consid. 6a, ATF 121 I 225 consid. 2a).

En l'espèce, la décision entreprise par la FINMA s'avère une décision formelle de non-entrée en matière. L'objet du litige tend à déterminer si c'est à juste titre que l'autorité inférieure n'est pas entrée en matière sur la demande en constatation déposée par le recourant au motif que ce dernier ne saurait se prévaloir d'un intérêt digne de protection au sens de l'art. 25 al. 2 PA. La question à résoudre s'attache, en définitive, exclusivement à savoir si le recourant dispose d'un droit à obtenir une décision en constatation.

Il n'est dès lors pas nécessaire, pour répondre à cette question objet du litige, d'examiner la véracité et l'exhaustivité des informations portées à la connaissance de l'autorité inférieure susceptibles de remettre en cause la garantie d'une activité irréprochable du recourant. La présente procédure n'a pas pour objet de vérifier si le recourant présente ou non toutes les garanties d'une activité irréprochable au sens de la législation bancaire. Ainsi, les pièces dont la consultation est demandée par le recourant – notamment l'intégralité du rapport spécial de Y. _____ SA daté du 3 octobre 2008 et ses annexes ainsi que divers courriers – ne s'avèrent pas pertinentes pour examiner le bien-fondé de la décision entreprise. Ces dernières n'ont en effet pas servi de fondement à ladite décision de non-entrée en matière.

Nonobstant, il apparaît que les éléments essentiels du dossier concernant le recourant lui ont été transmis par courrier séparé en même temps que la décision entreprise; le recourant a reçu entre autres des extraits dudit rapport spécial de Y. _____ SA ainsi que les procès-verbaux des deux entretiens menés par cette société d'audit avec deux collaborateurs de la banque (cf. courrier de la CFB daté du 26 janvier 2009). Il convient à cet égard de relever que X. _____ Switzerland SA s'était expressément opposée à la transmission du rapport de Y. _____ SA au recourant en

invoquant notamment les intérêts de ses employés ayant participé aux processus d'enquête interne (cf. courrier du 9 février 2009 du conseil de dite banque). En autorisant dans une mesure restreinte l'accès au dossier au recourant, l'autorité inférieure a tenu équitablement compte des intérêts divergents en présence.

Sur le vu de tout de ce qui précède, il appert que, contrairement à ce que soutient le recourant, son droit d'être entendu n'a pas été violé.

3.

Dans la décision entreprise, l'autorité inférieure a, conformément à sa pratique, refusé d'entrer en matière sur la demande en constatation concernant la garantie d'une activité irréprochable présentée par le recourant en considérant qu'il n'avait pas d'intérêt digne de protection à ce qu'elle statue sur cette garantie dans la mesure où il n'exerçait plus d'activité au sein de la banque et n'était pas sur le point d'occuper une position concrète dans un établissement assujetti à sa surveillance.

Quant au recourant, il soutient que, compte tenu des particularités du cas d'espèce, il dispose d'un intérêt actuel à obtenir une décision en constatation concernant la garantie d'activité irréprochable. Il prétend en particulier qu'en exigeant de présenter à l'autorité inférieure un projet concret pour entrer en matière sur sa demande de constatation, cette dernière commet un déni de justice formel.

3.1 En vertu de l'art. 25 al. 2 PA, une demande en constatation est recevable si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection. Selon la jurisprudence, une autorité ne peut rendre une décision de constatation, au sens des art. 5 al. 1 let. b et 25 PA, que lorsque la constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit est commandée par un intérêt digne de protection, à savoir un intérêt actuel de droit ou de fait, auquel ne s'opposent pas de notables intérêts publics ou privés, et à condition que cet intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé

au moyen d'une décision formatrice, c'est-à-dire constitutive de droits ou d'obligations (ATF 129 V 289 consid. 2.1, ATF 126 II 300 consid. 2c, ATF 121 V 311 consid. 4a et les réf. cit.). Il s'ensuit que l'intérêt digne de protection requis fait défaut, en règle ordinaire, lorsque la partie peut obtenir en sa faveur un jugement condamnatore; en ce sens, le droit d'obtenir une décision en constatation est subsidiaire (ATF 129 V 289 consid. 2.1, ATF 125 V 21 consid. 1b; André Grisel, *Traité de droit administratif*, Vol. II, Neuchâtel 1984, p. 867).

3.2 Il convient à titre préliminaire de s'intéresser à la notion de garantie d'une activité irréprochable et d'analyser la pratique développée par la CFB, reprise par la FINMA, s'agissant de l'examen de cette condition.

3.2.1 À teneur de l'art. 3 al. 2 let. c LB, une banque ne peut obtenir l'autorisation nécessaire à l'exercice de son activité que lorsque les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable. En outre, les personnes physiques ou morales qui détiennent dans une banque, directement ou indirectement, au moins 10 % du capital ou des droits de vote, ou qui de toute autre manière peuvent exercer une influence notable sur la gestion de la banque (participation qualifiée), doivent donner la garantie que leur influence n'est pas susceptible d'être exercée au détriment d'une gestion prudente et saine de la banque (cf. art. 3 al. 2 let. c^{bis} LB). L'art. 10 al. 2 let. d LBVM contient des conditions similaires pour ce qui est de l'activité de négociant en valeurs mobilières disposant que l'autorisation est délivrée lorsque ce dernier, ses collaborateurs responsables et les actionnaires principaux présentent toutes garanties d'une activité irréprochable. Cette exigence de garantie imposée aux dirigeants d'un établissement ainsi qu'à ses actionnaires fait partie intégrante des conditions d'octroi de l'autorisation d'exercer que l'établissement se doit de respecter en permanence.

L'art. 3 al. 2 let. c LB vise au premier chef à protéger les créanciers et, par là, à préserver la crédibilité dont doivent bénéficier les banques et

l'ensemble de la place financière suisse (arrêt du TF 2A.261/2004 du 27 mai 2004 consid. 1 et les réf. cit.). Il est ainsi nécessaire que les personnes chargées d'administrer et de gérer une banque possèdent les compétences professionnelles et personnelles requises par leur charge (cf. arrêt du TAF B-5535/2009 du 6 mai 2010 consid. 4.1.3). Cet impératif revêt une importance primordiale dans la mesure où les relations d'une banque sont basées sur la confiance qu'on peut faire en ses dirigeants. Elle tend à prévenir l'accès à des fonctions dirigeantes de personnes qui, par leur incompétence, peuvent ruiner un établissement, causer des pertes aux créanciers et mettre en jeu le sérieux de la place financière suisse (cf. Bulletin CFB 1 p. 14 consid. 1).

Le contrôle des exigences professionnelles et personnelles posées par l'art. 3 al. 2 let. c LB poursuit un but exclusivement préventif – que l'on retrouve dans le terme « garantie » – et non répressif. L'autorité inférieure ne prononce pas de sanction 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 banque, de ses clients ainsi que pour la réputation de la place financière suisse (cf. Marcel Livio Aellen, *Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes*, Berne 1990, p. 200). En d'autres termes, il s'agit de rechercher si, en raison d'événements passés, les conditions de la garantie d'une activité irréprochable sont toujours remplies et quel pronostic peut être fait pour la suite (Bulletin CFB 45 p. 164 consid. 1b, arrêt du TAF B-5535/2009 du 6 mai 2010 consid. 4.1.4).

3.2.2 En cas de doute sur les garanties d'une activité irréprochable présentées par une personne physique, l'autorité inférieure a pour pratique d'ouvrir une procédure administrative à l'encontre de l'établissement visé. Au terme de celle-ci, l'autorité inférieure peut ordonner, si nécessaire, la mise à l'écart de cette personne au poste concerné et, si l'établissement refuse de s'y conformer, prononcer le retrait de l'autorisation dudit établissement (art. 37 LFINMA). Lorsque la personne visée n'exerce plus d'activité au sein

de cet établissement – soit parce qu’il en est parti de son plein gré soit parce qu’il a été démis de ses fonctions –, l’autorité inférieure estime qu’elle n’a plus de motif de contrôler la garantie d’une activité irréprochable. Elle considère que la personne n’occupant plus de fonction au sein d’un établissement assujéti ne bénéficie pas d’un intérêt suffisant au sens de l’art. 25 PA donnant droit à une décision en constatation portant sur la garantie d’une activité irréprochable; l’autorité de surveillance n’examine dite garantie que si la personne concernée exerce à nouveau des responsabilités ou s’apprête concrètement à le faire, celle-ci disposant alors d’un intérêt suffisant donnant droit à une constatation. L’autorité inférieure considère qu’elle ne peut juger des garanties d’une personne de manière générale et abstraite sans égard à la fonction ou à la taille et complexité de l’établissement visé. Elle ne possède de plus aucun moyen de déterminer si cette personne va systématiquement, à l’avenir, offrir les garanties nécessaires.

Lorsqu’une personne – occupant une fonction soumise à l’exigence de la garantie d’une activité irréprochable – quitte l’établissement dans des circonstances inhabituelles, elle reçoit de l’autorité inférieure un « courrier concernant la garantie d’une activité irréprochable » (Gewährsbrief) dans lequel elle est invitée à se manifester auprès de l’autorité si elle envisage reprendre une fonction dirigeante ou une participation qualifiée au sein d’un établissement assujéti à sa surveillance. Ce courrier indique en bref les faits portés à sa connaissance susceptibles de remettre en cause la garantie d’une activité irréprochable de son destinataire; la véracité et l’exhaustivité des informations à disposition de l’autorité de surveillance ne sont pas examinées à ce stade, mais la possibilité reste offerte au destinataire de prendre position sur les faits qui lui sont reprochés.

3.3 Il convient en l’état d’examiner si c’est à juste titre que l’autorité inférieure a, conformément à sa pratique, considéré que le recourant ne pouvait pas se prévaloir d’un intérêt digne de protection afin d’obtenir une décision en constatation.

3.3.1 En l'occurrence, par sa requête, le recourant souhaite faire constater par la FINMA qu'il présente toutes les garanties de l'exercice d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 let. c LB dans la mesure où les faits qui lui sont reprochés par son ancien employeur – et ayant conduit à son licenciement – sont infondés.

Comme évoqué précédemment, la garantie d'une activité irréprochable des dirigeants d'une banque constitue une condition à l'octroi de l'autorisation qui doit en tout temps être respectée par la banque (cf. consid. 3.2.1 s.), la FINMA étant habilitée à prononcer le retrait de dite autorisation si cette dernière ne satisfait plus à cette garantie. En l'espèce, il sied de relever que, dans les rapports entre la banque et l'autorité de surveillance, il n'existe aucun intérêt à ce que la FINMA se prononce au sujet de la garantie de l'activité irréprochable de X. _____, cette question ne s'avérant plus d'actualité dès lors que ce dernier n'exerce plus aucune activité au sein de la banque.

Le recourant ne saurait pour cette même raison exiger de la FINMA qu'elle examine dite garantie à la lumière de son ancienne fonction au sein de X. _____ Switzerland SA. En effet, le Tribunal fédéral, ayant à juger du recours déposé contre une décision de la CFB prononçant la dissolution et la liquidation des sociétés X. SA à Genève et de X. International succursale de Genève, a considéré que quand bien même cette décision rapportait que les connaissances professionnelles de A – en tant que président du Conseil d'administration de X. SA et de Chairmann de X. International succursale de Genève – permettaient de douter qu'il remplisse la condition de la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable, celui-ci ne pouvait faire valoir un intérêt actuel à ce que son recours soit traité pour obtenir en quelque sorte une réhabilitation dans sa bonne réputation; bien que sa gestion fût mise en cause dans la décision attaquée, la procédure n'était pas dirigée directement contre lui. Le Tribunal fédéral ajoutait cependant que si l'intéressé entendait à l'avenir exercer une activité soumise à autorisation, ses qualifications devraient alors être examinées de manière séparée et faire l'objet d'une décision (arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.4). Il

n'existe pas de droit à un examen abstrait de la garantie future de l'exercice d'une activité irréprochable (Bulletin CFB 46 p. 21 consid. 2). En effet, selon une jurisprudence constante, les conditions pour la garantie d'une activité irréprochable ne s'examinent pas de manière abstraite et générale mais au contraire se définissent au cas par cas dans chaque situation concrète en tenant compte de la nature de la fonction à occuper ainsi que de la grandeur et du genre d'activités de l'entreprise soumise à autorisation (arrêt du TF 2A.261/2004 du 27 mai 2004 consid. 1, arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.4; arrêt du TAF B-2896/2007 du 12 juillet 2008 consid. 3.3.3).

L'autorité de surveillance doit donc avoir égard aux fonctions particulières que l'intéressé est amené à assumer au sein d'un établissement visé dans la mesure où il se peut qu'il offre les garanties nécessaires pour un poste donné mais pas pour un autre. Il est par ailleurs important de connaître le volume et le type d'activités exercées ainsi que la taille et la structure de l'établissement concerné (cf. rapport de gestion CFB 2003 p. 50). Enfin, il faut encore tenir compte des éléments ayant mené au départ ou au licenciement de l'intéressé, de la portée des manquements constatés sur les nouvelles activités, du comportement adopté depuis le renvoi ou le départ ainsi que du temps écoulé depuis les faits reprochés (arrêt du TF 2A.261/2004 du 27 mai 2004 consid. 1).

Les considérations émises par le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité (2A.573/2003) concernant le défaut d'intérêt actuel du recourant peuvent être reprises et appliquées au cas d'espèce. L'intérêt actuel dont se prévaut le recourant existe d'autant moins que, à la différence du cas jugé par le Tribunal fédéral, la FINMA n'a pas rendu de décision dirigée contre l'ancien employeur du recourant dans laquelle elle aurait formellement mis en doute ou constaté que celui-ci ne satisfaisait pas à cette garantie. A cet égard, il convient d'insister lourdement sur le fait que la FINMA a simplement été informée par la banque des éléments à l'origine du licenciement du recourant. Elle n'a toutefois diligenté aucune investigation ni contre la banque ni contre son collaborateur.

3.3.2 En outre, il sied de souligner que le recourant a été suspendu dans ses fonctions avec effet immédiat en date du 29 août 2008, puis s'est vu signifier son licenciement immédiat le 9 septembre 2008. Estimant néanmoins les griefs portés contre lui par la banque sans fondement, le recourant a entrepris des démarches auprès des autorités civiles danoises afin de contester les motifs de son licenciement immédiat; le recourant a à cet égard précisé que ses rapports de travail étaient soumis au droit danois avec éléction de for dans ce pays. Il a également requis auprès des tribunaux civils vois l'adoption de mesures provisionnelles sur la base notamment des art. 28 ss du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210) (protection des droits de la personnalité) afin de faire cesser toute atteinte à sa réputation professionnelle suite à la campagne de dénigrement orchestrée contre lui par X. _____ Switzerland SA.

Selon la jurisprudence, la possibilité pour un employé d'obtenir une décision condamnant son employeur – au paiement d'une indemnité – en cas de résiliation injustifiée prive en principe le travailleur de tout intérêt suffisant à obtenir une décision en constatation relative à ses conditions de travail, cette dernière étant subsidiaire à la première (cf. arrêt du TF du 12 décembre 1986 publié in: Bulletin CFB 17 p. 16 consid. 2b).

Or, force est de constater que, dans le cas d'espèce, le recourant a renoncé de son plein gré à ce que les tribunaux civils danois saisis du litige examinent les griefs reprochés au recourant ayant conduit à son licenciement immédiat, griefs qui constituent en outre les motifs pour lesquels l'autorité inférieure a rédigé à l'intention du recourant la lettre du 3 décembre 2008 (Gewährsbrief). Ce dernier a en effet retiré toutes les requêtes déposées à l'encontre de X. _____ ou X. _____ Switzerland SA devant les tribunaux civils danois et suisse en exécution de la transaction judiciaire conclue le 19 mars 2009 entre les parties. Même si le recourant affirme avoir été en quelque sorte contraint de transiger avec la banque, il n'en demeure pas moins qu'il a finalement concédé de son propre gré à retirer toutes les prétentions dirigées contre son ancien employeur. C'est à tort que le recourant estime que, compte tenu des particularités du cas d'espèce et notamment

du secret professionnel suisse opposable aux autorités danoises, il n'était pas en mesure d'obtenir une telle décision condamnatrice. En effet, les difficultés de l'instruction liées au devoir de ne pas divulguer les informations couvertes par le secret bancaire suisse n'apparaissent pas insurmontables. Ainsi, comme l'avance l'autorité inférieure, les noms des personnes concernées pourraient être anonymisés sans grande complication. Par ailleurs, les droits de procédure connaissent en principe des moyens permettant de renseigner les autorités sans porter atteinte aux secrets dignes de protection.

Par voie de conséquence, le recourant ne saurait pour ce motif également faire valoir un intérêt digne de protection à une décision en constatation.

3.4 Il appert que le recourant ne peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection que dans la mesure où il envisage d'occuper à nouveau une position concrète auprès d'un établissement déterminé soumis à la surveillance de la FINMA, ses qualifications devant alors être examinées de manière séparée et faire l'objet d'une décision (arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.4). Le recourant n'a toutefois pas démontré à satisfaction de droit qu'il avait un projet concret nécessitant qu'il satisfasse à cette exigence.

3.5 Il convient enfin d'examiner le grief du recourant selon lequel la pratique de l'autorité inférieure consistant à laisser en suspens des questions qui motiveraient potentiellement le retrait de la garantie d'une activité irréprochable constitue de facto une interdiction de la pratique professionnelle («offene Gewährsfragen»; cf. Peter Nobel, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, Berne 2004, p. 628 n° 51; Christoph Winzeler in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Christoph Winzeler/Thomas Bauer, *Basler Kommentar zum Bankengesetz, Bâle/Genève/Munich 2005*, ad art. 3 LB n° 22). Selon le recourant, il serait compréhensible qu'une banque refuse d'employer une personne exposée à un tel risque. Le recourant estime ce résultat contraire au principe de la légalité.

3.5.1 Le refus de rendre immédiatement une décision en constatation concernant sa garantie d'une activité irréprochable ne saurait être assimilée à une interdiction professionnelle de fait, contrairement à ce que soutient le recourant. A cet égard, dans sa lettre du 3 décembre 2008 (Gewährsbrief), l'autorité inférieure n'interdit pas au recourant d'exercer une quelconque activité, mais l'invite à prendre contact avec elle s'il entend exercer une position requérant la garantie d'une activité irréprochable; cette recommandation a été notifiée au recourant seulement et n'est pas contraignante. Il ressort de ce courrier que si le destinataire envisage de manière concrète d'exercer une fonction dirigeante dans un établissement assujéti, il peut s'adresser à l'autorité inférieure afin qu'elle statue sur l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable à la lumière du poste visé; il a en outre la possibilité d'exercer, sans restriction et sans en référer à l'autorité de surveillance, toute activité professionnelle de son choix dans la mesure où il n'envisage pas d'occuper, dans le domaine bancaire, une fonction prépondérante. S'il est certes possible que les causes à l'origine de son licenciement et relatées par la presse aient pu l'entraver dans sa recherche d'un nouvel emploi, il n'en demeure pas moins que l'autorité inférieure n'a en aucune façon interdit à ce dernier d'exercer une activité dans le domaine bancaire. Elle n'est au demeurant nullement à l'origine du licenciement dont il a fait l'objet.

3.5.2 Le principe de la légalité, consacré à l'art. 5 al. 1 Cst., gouverne l'ensemble de l'activité de l'Etat. Selon la conception classique, ce principe recouvre notamment celui de la suprématie – ou primauté – de la loi qui impose aux organes de l'Etat de se soumettre à l'ordre juridique et de n'exercer leur activité que dans le cadre tracé par la loi (Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, ad art. 5 Cst. p. 43 ss; ATF 131 II 562 consid. 3.1).

Le recourant ne saurait en l'occurrence se prévaloir du principe de la légalité pour exiger de l'autorité inférieure qu'elle examine s'il présente toutes

les garanties d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 let. c LB. En effet, il est expédient de rappeler qu'il n'appartient pas à l'autorité de surveillance de se prononcer sur cette exigence de manière abstraite, celle-ci étant liée à la pratique effective d'une activité dirigeante auprès d'une banque pour laquelle cela constitue une condition d'autorisation d'exercer. Cette garantie représente un moyen de veiller à la protection des intérêts publics poursuivis par la législation bancaire, à savoir la protection des créanciers et le bon fonctionnement de la place financière suisse en permettant de s'assurer que les personnes qui dirigent concrètement un tel établissement disposent des capacités pour exercer leur fonction et qu'elles ne mettent pas en danger dit établissement et ses créanciers. Elle ne sert pas d'autre but.

L'art. 3 LB ne constitue dès lors pas une base légale suffisante pour contraindre l'autorité inférieure à entrer en matière sur la requête en constatation du recourant en vue de prouver qu'il jouit d'une bonne réputation et qu'il présente toutes les garanties d'une activité irréprochable, en dehors de toute procédure liée à l'octroi ou au maintien d'une autorisation bancaire; un tel examen ne saurait se faire de manière abstraite.

3.5.3 La décision de non-entrée en matière ne constitue par conséquent pas une interdiction professionnelle et ne viole pas le principe de la légalité.

3.6 Sur le vu de ce qui précède, il appert que, c'est à juste titre, que l'autorité inférieure a considéré que le recourant ne disposait pas d'un intérêt actuel digne de protection au sens de l'art. 25 PA. Elle n'a dès lors pas commis de déni de justice formel en décidant de ne pas entrer en matière sur la requête en constatation déposée par le recourant.

4.

Afin de corroborer les allégués contenus dans ses mémoires de recours et de réplique, le recourant a requis la tenue d'un débat devant la Cour de céans en application de l'art. 57 PA. A l'appui de sa demande, il allègue

son impossibilité de produire certaines pièces soumises à des clauses de confidentialité, la nécessité d'expliquer de vive voix les effets quotidiens de la décision attaquée et enfin le fait que le contenu de l'entretien du 27 novembre 2008 avec des membres de l'autorité inférieure est relaté différemment par les parties.

4.1 À teneur de l'art. 57 al. 2 PA, l'autorité de recours peut, à n'importe quel stade de la procédure, inviter les parties à un échange ultérieur d'écritures ou procéder à un débat. Ainsi, si elle l'estime nécessaire, la Cour de céans peut fixer la tenue d'une audience devant elle. Une telle mesure d'instruction peut par exemple être ordonnée si des clarifications plus approfondies ou plus étendues semblent nécessaires et qu'il apparaît que des allégués écrits ne sauraient apporter des explications suffisantes concernant tous les éléments décisifs. En outre, dans certains cas, une confrontation entre les différents intéressés peut aboutir à des explications complémentaires et même parfois à la conclusion d'un accord (cf. Frank Seethaler/Kaspar Plüss in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/Bâle/Genève 2009, ad art. 57 PA n° 57; André Moser in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [éd.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, ad art. 57 PA n° 15).

Cette disposition revêt le caractère d'une norme potestative («Kann-Vorschrift») qui laisse à l'autorité le soin de décider si elle entend recourir à ce moyen de preuve. L'art. 57 al. 2 PA ne consacre pas de droit à la tenue d'un débat oral devant l'autorité; une telle prérogative ne saurait au demeurant être déduite de la garantie du droit d'être entendu (cf. art. 29 al. 2 Cst.; ATF 130 II 425 consid. 2.1). L'art. 57 al. 2 PA doit en l'occurrence être appréhendée en relation étroite avec l'art. 12 PA relatif à la constatation des faits (Seethaler/Plüss, op. cit., ad art. 57 PA n° 58).

4.2 En procédure administrative, il appartient au Tribunal d'établir d'office les faits pertinents (cf. art. 12 PA). Celui-ci n'est par conséquent pas

lié par les offres de preuves des parties (cf. art. 33 al. 1 PA). Il se limite à ce qui lui paraît pertinent. En outre, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 130 II 425 consid. 2.1 et les arrêts cités).

4.3 En l'espèce, le litige porte sur la question de savoir si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a considéré qu'une condition de recevabilité de la demande en constatation du recourant – à savoir l'intérêt digne de protection – n'était pas remplie. Afin de répondre à cette question, le Tribunal de céans a procédé à un double échange d'écritures. Il considère, sur la base des pièces produites, qu'il dispose d'éléments pertinents suffisants pour trancher la question litigieuse. Le litige ne soulève en effet aucune question qui ne puisse être jugée de manière appropriée sur la base du dossier. Il n'apparaît pas que le moyen de preuve requis par le recourant – en l'occurrence la tenue d'un débat oral devant le Tribunal – soit de nature à modifier son appréciation quant à la question de savoir si le recourant a un intérêt suffisant à ce qu'une décision en constatation soit rendue. Le Tribunal s'estime suffisamment renseigné en l'état et détient la certitude que l'audition du recourant ne l'amènerait à modifier son opinion. Il convient dès lors de rejeter la requête de preuve déposée par celui-ci.

5.

A titre de conclusion subsidiaire, le recourant a requis du Tribunal de céans qu'il enjoigne à la FINMA de lui adresser une décision et/ou une lettre constatant qu'aucune procédure n'a été ouverte à son encontre suite au courrier de dénonciation du 1^{er} septembre 2008 communiqué à la CFB par X._____ Switzerland SA. Il précise que ce document permettrait de démontrer à ses futurs partenaires commerciaux l'inanité du contenu des

articles parus dans la presse internationale à l'instigation de la banque; il serait alors en mesure de se présenter devant l'autorité inférieure avec des projets concrets.

C'est à juste titre que la FINMA juge qu'elle ne peut pas délivrer de document attestant l'absence de procédure dirigée à l'encontre du recourant démis de ses fonctions par la banque. En effet, une telle attestation serait incomplète, voire en quelque sorte mensongère, dès lors qu'elle ne ferait pas état des éléments portés à la connaissance de la CFB ayant motivé la recommandation du 3 décembre 2008 notifiée au recourant, ces éléments étant susceptibles ultérieurement de motiver l'ouverture d'une procédure formelle afin de vérifier l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable du recourant à l'aune d'une nouvelle fonction. En outre, ce document aurait en fait pour conséquence d'attester de la garantie d'activité irréprochable du recourant de manière abstraite alors que, comme constaté précédemment, le recourant ne peut prétendre à une telle constatation faute d'intérêt suffisant (cf. consid. 3). Enfin, il apparaît que, par ce moyen, le recourant souhaite obtenir sa réhabilitation dans sa bonne réputation compte tenu de la campagne dénigrement qui aurait été dirigée contre lui par la banque. Or, dans le cadre de son activité de surveillance, la FINMA a pour mission de protéger les créanciers ainsi que de préserver le bon fonctionnement et la bonne réputation de la place financière suisse (cf. art. 5 LFINMA); il ne lui appartient en revanche pas de veiller à la protection de la réputation des employés ou membres d'organe démis de leur fonction d'un établissement soumis à sa surveillance.

Par conséquent, le recours doit également être rejeté sur ce point.

(...)

Dispositif

4 Conflit d'intérêts lors de l'achat d'une valeur immobilière par la direction d'un fonds immobilier

**DÉCISION de l'Autorité fédéral de surveillance des
marchés financiers FINMA du 7 juin 2010**

Prévention des conflits d'intérêts ; portée de l'interdiction de céder des valeurs immobilières au fonds immobilier pour la direction, la banque dépositaire ainsi que leurs mandataires et les personnes physiques ou morales qui leur sont proches (art. 63 al. 2 LPCC) ; décision en constatation (art. 32 LFINMA).

1. L'art. 63 de la loi sur les placements collectifs ne propose pas de définition de la notion de personnes physiques ou morales proches de la direction d'un fonds, d'une banque dépositaire ou de leurs mandataires. Il convient de l'établir concrètement, au cas par cas (Cm 28-30).
2. La mère du propriétaire de sociétés actives dans différentes fonctions pour la direction d'un fonds est une personne proche au sens de la loi (Cm 31-33).

Vermeidung von Interessenkonflikten; Tragweite des Verbots für Fondsleitungen, Depotbanken sowie deren Beauftragte und ihnen nahestehende natürliche und juristische Personen, Immobilienwerte an Immobilienfonds abzutreten (Art. 63 Abs. 2 KAG); Feststellungsverfügung (Art. 32 FINMAG).

1. Art. 63 des Kollektivanlagegesetzes definiert nicht näher, welches die einer Fondsleitung, einer Depotbank sowie deren Beauftragten nahestehenden natürlichen oder juristischen Personen sind. Dies ist unter den konkreten Umständen jeweils einzelfallweise zu prüfen (Rz. 28–30).
2. Die Mutter des Inhabers von Gesellschaften, welche für eine Fondsleitung in verschiedenen Funktionen tätig sind, ist eine nahestehende Person im Sinne des Gesetzes (Rz. 31–33).

Prevenzione dei conflitti di interesse; portata del divieto di cedere valori immobiliari a fondi immobiliari per le direzioni di fondi, le banche depositarie, i loro mandatari e le persone fisiche e giuridiche loro vicine (art. 63 cpv. 2 LICol); decisione di accertamento (art. 32 LFINMA).

1. L'art. 63 della legge sugli investimenti collettivi non definisce in maniera precisa, quali siano le persone fisiche o giuridiche vicine a una direzione del fondo, a una banca depositaria e ai loro mandatari. Occorre procedere a una verifica considerate le circostanze concrete (nm. 28-30).
2. La madre del titolare di società operanti in diverse funzioni per una direzione del fondo è una persona vicina ai sensi della legge (nm. 31-33).

Résumé des faits

A._____ est une direction de fonds autorisée au sens de la loi sur les placements collectifs (LPCC ; RS 951.31). Elle gère notamment le fonds immobilier B._____, approuvé par la FINMA. X._____ est administrateur avec pouvoir de signature individuel des sociétés C._____ et D._____. La société C._____ agit en qualité de conseil des comités responsables des placements du fonds et assure la promotion du fonds immobilier B._____. Quant à la société D._____, titulaire d'une autorisation au sens de la LPCC en tant que distributeur, elle est en charge de la distribution du fonds immobilier B._____.

A l'occasion d'une réunion du comité du fonds immobilier B._____, X._____ a proposé une maison appartenant à sa mère comme objet de placement. Après une longue discussion, le comité a décidé, à l'unanimité et en connaissance du rapport de propriété, de recommander à la direction du fonds la maison appartenant à la mère de X._____ comme objet de placement. La direction du fonds a suivi la recommandation et acquis la maison pour un prix inférieur d'environ CHF 270'000.– à sa valeur telle que déterminée à l'appui de deux expertises.

A la suite d'articles négatifs parus dans la presse, la FINMA a d'abord exigé des informations sur l'affaire, puis ouvert une procédure administrative formelle à l'encontre de la direction du fonds A._____. Pendant la procédure déjà, la direction du fonds A._____ a procédé à diverses améliorations et trouvé un acheteur pour la maison. Afin de ne pas nuire aux investisseurs du fonds immobilier B._____, elle a indemnisé celui-ci pour les frais supplémentaires dus aux contrats d'achat et non couverts par l'excédent de CHF 20'000.– tiré du produit de la vente. En outre, les revenus perçus alors que le bien immobilier se trouvait en sa possession sont revenus au fonds immobilier B._____.

Extrait des considérants

1. Dispositions légales applicables
- 1.1 Compétence de la FINMA, droit applicable et procédures

(23) (...)

(24) La FINMA exerce la surveillance conformément aux lois sur les marchés financiers, notamment à la loi sur les placements collectifs (LPCC _____; RS 951.31), entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2007. La FINMA prend les décisions nécessaires à l'application de la loi et veille au respect des prescriptions légales (art. 6 al. 1 de la loi sur les marchés financiers [LFINMA _____; RS 956.1]). Lorsqu'un assujetti enfreint la LFINMA ou une autre loi sur les marchés financiers ou si d'autres irrégularités sont constatées, la FINMA veille au rétablissement de l'ordre légal (art. 31 LFINMA), usant pour ce faire des moyens de surveillance à sa disposition. Ces instruments sont énoncés au chapitre 3 de la LFINMA, où sont entre autres énumérés l'audit (section 1, art. 24 ss LFINMA) et les autres moyens de surveillance (section 2, art. 29 ss LFINMA), tels la décision en constatation (art. 32 LFINMA), l'interdiction d'exercer (art. 33 LFINMA), la publication de la décision (art. 34 LFINMA), la confiscation (art. 35 LFINMA), la nomination d'un chargé d'enquête (art. 36 LFINMA) et le retrait d'autorisation d'exercer (art. 37 LFINMA). Dans le cadre de ces mesures, la FINMA jouit d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 135 II 356 consid. 3.1, avec les renvois).

(25) La présente décision traite plus particulièrement de la négligence d'une direction de fonds dans son examen des conflits d'intérêts liés aux transactions d'un fonds pour lequel elle exerce la direction.

1.2 Règles de conduite et respect des obligations spéciales découlant de la législation sur les placements collectifs de capitaux

(26) Au sens de l'art. 20 al. 1 let. a LPCC, les titulaires d'une autorisation et leurs mandataires doivent notamment satisfaire au devoir de fidélité, soit agir de manière indépendante et exclusivement dans l'intérêt des investisseurs.

(27) Conformément à l'art. 63 al. 2 LPCC, la direction, la banque dépositaire ainsi que leurs mandataires et les personnes physiques ou morales qui leur sont proches ne peuvent pas acquérir de valeurs immobilières du fonds immobilier ou en céder à ce dernier.

2. Manquements de la direction de fonds A. _____

(28) La notion de conflits d'intérêts prend sa source, pour ce qui est du domaine des placements collectifs, à l'art. 20 al. 1 lit. a LPCC qui pose le principe du devoir de fidélité auquel doivent satisfaire les titulaires d'une autorisation et leurs mandataires. Ainsi, le devoir de fidélité joue un rôle central dans l'appréhension des conflits d'intérêts dans la mesure où la LPCC, tout comme l'ancienne LFP, ne contient (et ne contenait) que très peu de règles spécifiques traitant des conflits d'intérêts ou de l'interdiction de conclure des contrats avec soi-même. Le raisonnement s'appuyait alors sur les exigences générales développées par la doctrine et la jurisprudence en ce qui concerne l'admissibilité de la conclusion de contrats avec soi-même, dont le non-respect entraînait également une violation du devoir de fidélité par la direction de fonds (Markus Pfenninger, in: Watter/Vogt/Bösch/Rayroux/Winzler [éd.], Basler Kommentar zum KAG, Bâle 2009, ad art. 20 N 13, traduction libre). Seuls de rares domaines bénéficient d'une réglementation spécifique en matière de devoir de fidélité, dont le domaine des fonds immobiliers. Dans le cadre du devoir de fidélité, le

mandataire doit garantir de manière générale les intérêts du mandant. Le devoir de fidélité et de garantie des intérêts est concrétisé plus particulièrement par le conseil et l'information au mandant (Pfenninger, *ibid.*, ad art. 20 N 12, traduction libre). Ce qui est décisif à cet égard est que les conflits d'intérêts soient traités de sorte que l'on évite autant que possible de faire du tort aux investisseurs.

(29) Comme évoqué précédemment, une disposition spécifique a précisément été adoptée traitant plus particulièrement d'un aspect de la question des conflits d'intérêts dans le domaine des fonds immobiliers, à savoir l'art. 63 al. 2 LPCC. Il s'agit-là d'une disposition primordiale dont il convient de ne pas sous-estimer la portée. En effet, au sens de l'art. 20 al. 3 de l'ancienne LFP, au contenu similaire à l'actuel art. 63 al. 2 LPCC, l'interdiction d'acquisition ou de cession de valeurs immobilières s'applique de manière absolue. Ainsi, l'art. 20 al. 3 aLFP a justement été adopté pour des raisons de protection des investisseurs, soit afin d'éviter dès le départ des transactions potentiellement désavantageuses pour le fonds, respectivement pour les investisseurs. Par conséquent, il n'est même pas nécessaire de clarifier si la transaction pourrait se révéler au bénéfice des investisseurs ou pas (Bulletin CFB 49/2006, pp. 100 et 101). L'interdiction de conclure des transactions avec soi-même en relation avec des valeurs immobilières se justifie par le fait qu'il n'est pas aisé de déterminer la valeur au marché des immeubles, ceux-ci constituant une catégorie d'investissements très peu liquide, et ce notamment du fait du caractère individuel de l'investissement et du nombre potentiellement limité de participants au marché. Pour toutes ces raisons, la création d'un prix du marché propre n'est pas garantie de manière suffisante, de telle sorte qu'on ne peut à proprement parler d'une valeur de marché, mais plutôt uniquement d'une valeur d'estimation (Johannes A. Bürgi/Francis Nordmann/Elisabeth Moskric, in: Watter/Vogt/Bösch/Rayroux/Winzeler [éd.], *Basler Kommentar zum KAG*, Bâle 2009, ad art. 63 N 8, traduction libre). Le fait que le législateur ait légiféré de manière expresse dans ce

domaine reflète d'ailleurs l'importance qu'il faut prêter à la prévention et à la gestion des conflits d'intérêts, en particulier dans le domaine des fonds immobiliers, pour lesquels, comme expliqué précédemment, le marché se révèle beaucoup moins liquide que dans d'autres domaines, tels qu'en matière boursière par exemple.

(30) Ainsi, sont donc visées par l'art. 63 al. 2 LPCC toutes les personnes physiques ou morales qui, au travers des rapports qui les unissent, sont susceptibles d'exercer une influence directe ou indirecte sur les activités de la direction ou de la banque dépositaire (Message du 14 décembre 1992 concernant la révision de la loi fédérale sur les fonds de placements, Feuille fédérale 1992, p. 238). En outre, le Commentaire Bâlois de la LPCC précise en substance que l'art. 63 al. 2 LPCC ne se limite pas au cercle des personnes expressément citées par cet article, mais s'étend également à toutes les personnes physiques et morales aussi proches que les personnes expressément citées. Ainsi, conformément aux principes développés par la doctrine dans le cadre de l'art. 4^{er} de la loi sur les banques (LB; RS 952.0), toutes les personnes qui, de par leurs liens économiques et/ou juridiques, ou encore de par leurs relations familiales, pourraient potentiellement exercer une influence directe ou indirecte sur les activités commerciales des personnes précédemment mentionnées (à savoir la direction, la banque dépositaire ainsi que leurs mandataires et les personnes physiques ou morales qui leur sont proches), doivent être comprises dans la notion de personnes proches (Bürgi/Nordmann/Moskric, *ibid.*, ad art. 63 N 10). Par ailleurs, Jean-Yves Rebord précise au sujet de la notion des personnes proches (ou parties liées selon l'ancienne terminologie légale) qu'il convient dans chaque cas particulier de se poser la question de savoir si les liens unissant les personnes en cause (famille/dettes/rapports de travail/dépendance économique) sont susceptibles d'accords non conformes aux conditions du marché (Jean-Yves Rebord, la réglementation des placements collectifs immobiliers, Schulthess 2009, p. 365). Ainsi, au sens de l'art. 63 al. 2 LPCC, sont notamment considérés comme personnes proches les mandataires de la direction et les per-

sonnes physiques qui leur sont proches. C'est l'occasion de souligner que la notion de personnes proches doit être interprétée de manière extensive et réfléchie, c'est-à-dire selon les circonstances du cas d'espèce.

(31) De fait, X._____ exerce, via des sociétés dont il est l'administrateur unique, de multiples fonctions pour le compte du fonds B._____ pour lequel A._____ exerce la direction, allant de la promotion à la distribution du fonds, en passant par le conseil au comité de placement du fonds. A ce titre, il exerce des fonctions ayant trait au mandat pour le compte de la direction, au sens de l'art. 63 al. 2 LPCC ; de même, E._____, mère de X._____, doit sans conteste être qualifiée de personne physique proche de X._____, conformément aux développements effectués ci-avant. Sa qualité de personne proche ne fait aucun doute, dans la mesure où elle a la possibilité d'influencer directement son fils de par sa relation familiale. Toutes autres ou contraires affirmations iraient à l'encontre de l'esprit de la loi, ce que A._____ ne conteste d'ailleurs pas.

(32) A._____ ne saurait encore moins justifier son comportement par le fait que E._____ avait signé une attestation selon laquelle elle ne devait pas être considérée comme personne proche. Une telle attestation ne saurait décharger A._____ de ses responsabilités d'évaluer les situations de conflits d'intérêts au cas par cas et avec intelligence.

(33) Par conséquent, A._____, en faisant l'acquisition de l'immeuble de E._____, mère de X._____, a gravement violé l'art. 63 al. 2 LPCC.

3. Conclusions et mesures

(34) En vertu de l'art. 32 LFINMA, si 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.

(35) En l'espèce, les faits sont d'une telle gravité qu'ils nécessitent impérativement la prise d'une décision. En effet, A. _____, bien qu'ayant décelé un conflit d'intérêts potentiel ayant trait à l'achat de l'immeuble de E. _____, mère de X. _____, s'est contentée d'admettre sans plus de cérémonie que celui-ci n'était pas donné et a acheté l'immeuble pour le compte du fonds B. _____ en violation de l'art. 63 al. 2 LPCC.

(36) Depuis les faits, A. _____ s'est cependant efforcée de rétablir la situation et ainsi l'ordre légal. En particulier, elle a tout mis en œuvre pour revendre l'immeuble à une tierce personne, garantissant une opération neutre pour les investisseurs. Par ailleurs, les produits de l'immeuble pour la période durant laquelle il appartenait au fonds B. _____ restent acquis à ce fonds. Ces mesures remplissent ainsi les exigences minimales de la FINMA.

(...)

Dispositif

5 Unbewilligter Vertrieb von Mietkautions- versicherungen

**VERFÜGUNG der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA
vom 7. Juni 2010**

Unerlaubte Ausübung einer Versicherungstätigkeit; Erweiterung der Handlungsbefugnisse der Untersuchungsbeauftragten; gebundenes Vermögen.

1. Das Angebot von Mietkautionsversicherungen stellt eine bewilligungspflichtige Versicherungstätigkeit dar (Rz. 27–32).
2. Untersuchungsbeauftragte, die mit der Abklärung einer möglicherweise illegalen Tätigkeit betraut sind, können von der FINMA auch mit der Übertragung des Versichertenbestandes der illegal tätigen Versicherung auf ein bewilligtes Institut beauftragt werden (Rz. 35–38).
3. Dem gebundenen Vermögen kommt eine zentrale Funktion für den Versichertenschutz zu. Allenfalls vorhandene Gelder sind daher mittels Verbot, über Vermögenswerte der illegal tätigen Gesellschaft frei zu verfügen, sowie über Kontensperrungen zu sichern; dies insbesondere dann, wenn bei der Gesellschaft kein gebundenes Vermögen existiert (Rz. 39–44).

Exercice illégal de l'activité d'assurance; extension des pouvoirs d'intervention des chargés d'enquête; fortune liée.

1. L'offre de services d'assurance de garantie de loyers est une activité soumise à autorisation (Cm 27-32).
2. Les chargés d'enquête responsables des investigations visant à établir si une activité est illégale peuvent également être mandatés par la FINMA pour transférer le portefeuille d'assurés de l'entreprise dont l'activité est illégale vers un établissement autorisé (Cm 35-38).
3. La fortune liée joue un rôle essentiel dans la protection des assurés. Les fonds éventuellement détenus par la société ayant exercé l'activité illégale doivent donc être sauvegardés par le prononcé d'une interdiction d'en disposer librement et par une mesure de blocage des comptes. Ces mesures doivent être prises en particulier lorsque la société n'a pas de fortune liée (Cm 39-44).

Esercizio non autorizzato di un'attività assicurativa; ampliamento del potere d'azione dell'incaricato dell'inchiesta; patrimonio vincolato.

1. L'offerta di assicurazioni per la cauzione d'affitto costituisce un'attività assicurativa soggetta ad autorizzazione (nm. 27-32).
2. Gli incaricati dell'inchiesta, che hanno il compito di accertare i fatti relativi a un'attività eventualmente illegale, possono essere incaricati dalla FINMA anche di trasferire il portafoglio dell'impresa di assicurazione operante illegalmente a un istituto autorizzato (nm. 35-38).
3. Il patrimonio vincolato riveste una funzione centrale per la protezione degli assicurati. Gli averi eventualmente esistenti devono quindi essere preservati tramite il divieto di disporre liberamente degli elementi patrimoniali della società operante illegalmente e tramite il blocco dei conti; ciò è particolarmente rilevante nel caso, in cui non esista un patrimonio vincolato presso la società (nm. 39-44).

Zusammenfassung des Sachverhalts

X._____ bot seit dem Jahr 2007 über verschiedene seiner Gesellschaften, zuletzt über die Y._____ S.A., Zweigniederlassung D._____ (nachfolgend Y._____ S.A.), Mietkautionsversicherungen an, weshalb die FINMA mit superprovisorischer Verfügung vom 23. März 2010 A._____ und B._____, in C._____, als Untersuchungsbeauftragte bei der Y._____ S.A. einsetzte. Die Hauptniederlassung der Y._____ S.A. mit Sitz in E._____ (nachfolgend F._____ S.A.) übt weder eine Geschäftstätigkeit aus, noch besitzt sie eine Zulassung zur Ausübung einer Versicherungstätigkeit der zuständigen Behörde in E._____.

Am 6. April 2010 reichten die Untersuchungsbeauftragten der FINMA den Untersuchungsbericht ein. Aus dem Bericht geht hervor, dass die einzige Aktivität der Y._____ S.A. das Anbieten von Mietkautionsversicherungen ist. Es bestanden insgesamt 1'819 Verträge, aus welchen sich Kautionsverpflichtungen in der Höhe von mehreren Millionen Franken ergaben. Die Y._____ S.A. beschäftigte neben X._____ als Direktor acht Teilzeitmitarbeiter und übte ihre Geschäftstätigkeit, obwohl im Handelsregister des Kantons G._____ eingetragen, in ihren Geschäftsräumlichkeiten in C._____ aus. Aus dem Untersuchungsbericht geht zudem hervor, dass die Y._____ S.A. überschuldet ist, was X._____ insbesondere bestreitet.

I. Unbewilligte Versicherungstätigkeit

(27) Die Aufnahme einer Versicherungstätigkeit in der Schweiz ist bewilligungspflichtig. Die FINMA erteilt die Bewilligung für einen oder mehrere Versicherungszweige, wenn die gesetzlichen Anforderungen erfüllt und die Interessen der Versicherten gewahrt sind (Art. 3 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und 3 des Versicherungsaufsichtsgesetzes [VAG; SR 961.01]). Eine Versicherungstätigkeit liegt vor, wenn eine in der Schweiz domizilierte natürliche oder juristische Person zu den Versicherungsnehmern oder zu den Versicherten gehört oder in der Schweiz gelegene Sachen versichert werden (Art. 1 Abs. 1 Bst. a und b der Aufsichtsverordnung [AVO; SR 961.011]).

(28) Das Gesetz definiert den Versicherungsbegriff nicht, sondern überlässt dessen Umschreibung der Praxis. Danach kommt es nebst anderen Kriterien für die Qualifikation als Versicherer im Wesentlichen darauf an, dass ein Unternehmen selber ein Versicherungsrisiko trägt (vgl. Botschaft vom 9. Mai 2003 zum VAG und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, BBl 2003 3808). Das Bundesgericht erarbeitete zur Definition der Versicherung fünf Merkmale (BGE 114 Ib 244, BGE 107 Ib 54, BGE 92 I 126): das Risiko oder die Gefahr, die Leistung des Versicherten (Prämie), die Leistung des Versicherers, die Selbstständigkeit der Operation und die Kompensation der Risiken nach den Gesetzen der Statistik, d.h. der planmässige Geschäftsbetrieb (Rolf H. Weber/Patrick Umbach, Versicherungsaufsichtsrecht, Bern 2006, § 4 N 5 ff.). Die vom Bundesgericht entwickelte Umschreibung der Versicherung im Hinblick auf die Frage der Unterstellung unter die Versicherungsaufsicht wurde von der Lehre übernommen (Willy Koenig, Der Versicherungsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2, Basel und Stuttgart 1979, S. 491 Fn. 5).

(29) Kautionsversicherungen bieten eine Möglichkeit, in gegenseitigen Verträgen, in welchen Leistung und Gegenleistung auseinanderfallen, das Sicherheitsbedürfnis der vorleistenden Partei zu befriedigen. Dabei stellt die Bürgschaft eine gebräuchliche Form der Absicherung dar. Der Versicherer übernimmt im Rahmen der mit dem Schuldner (Versicherungsnehmer) geschlossenen Kautionsversicherung für Verpflichtungen des Schuldners gegenüber dessen Gläubiger (Versicherungsbegünstigter oder Sicherheitsempfänger) eine Bürgschaft. Bei der Kautionsversicherung handelt es sich um eine Schadenversicherung (vgl. Anhang 1 zur AVO, Versicherungszweig B15). Diese ist dabei in zwei Rechtsbeziehungen eingebettet: Es handelt sich einerseits um das Grundverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner (Mieter und Vermieter) und andererseits um die Bürgschaft, d. h. das Versicherer-Gläubiger (bzw. Vermieter)-Verhältnis (vgl. Klaus C. Kossen, Die Kautionsversicherung, Frankfurt am Main 1996, S. 19 und S. 64 f.).

(30) Das von X. _____ über seine Gesellschaft Y. _____ S.A. angebotene Produkt beinhaltet:

- Ein Risiko: Gegenstand eines Versicherungsvertrags ist ein Risiko oder eine Gefahr. Es handelt sich dabei um ein Ereignis, dessen Eintritt oder die Zeit des Eintritts ungewiss sind (BGE 92 I 126 E. 4). Die Y. _____ S.A. deckt Mietzinsausfälle und Sachschäden, deren Eintritt ungewiss sind, bis zur Höhe der Kautionssumme. Es handelt sich dabei um das versicherte Risiko.
- Eine Leistung des Versicherten (Prämie): Die Prämie stellt das Entgelt des Versicherungsnehmers für die Gewissheit der Risikoübernahme durch den Versicherer dar. Die Berechnung der Prämie erfolgt nach versicherungstechnischen Kriterien (vgl. Heinrich Honsell [Hrsg.], Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], Basel 2001, Allg. Einleitung Rz. 8). Die Bezahlung der einmaligen Einlage in den Solidaritätsfonds und die jährliche Zahlung eines Betrages durch den Mieter an die Y. _____ S.A. sind die

Gegenleistung für die Verpflichtung der Y._____ S.A. gegenüber dem Mieter, dem Vermieter einen Betrag bis zur Höhe der Kautionssumme nach Eingang der Schadensmeldung und unter bestimmten Einschränkungen zu entrichten.

- Eine Leistung des Versicherers: Bei Eintritt des versicherten Ereignisses besteht ein Rechtsanspruch auf Leistung des Versicherers (Alfred Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Bern 1995, S. 95). Die Y._____ S.A. verpflichtet sich gegenüber dem Mieter, dem Vermieter die Kautionssumme unter den vorstehend genannten Voraussetzungen auszubezahlen. Der Vermieter ist somit die versicherte Person, deren Vermögen vor Verlusten im Rahmen der Kautionshöhe geschützt ist. Am Rechtsanspruch ändert auch die Rückerstattungspflicht des Mieters in der Höhe der an den Vermieter ausgerichteten Leistungen nichts.
- Die Selbstständigkeit der Operation: Die Verpflichtung zur Erbringung einer Leistung im Schadenfall soll nicht bloss eine Nebenabrede oder Modalität eines Vertragspartners im Rahmen eines Rechtsverhältnisses sein (vgl. BGE 114 Ib 244 E. 4.a). Bei der Verpflichtung der Y._____ S.A. gegenüber dem Mieter zur Leistung an den Vermieter ist die Selbstständigkeit der Operation gegeben.
- Die Planmässigkeit des Geschäftsbetriebs: Darunter wird die Kompensation des Risikos durch das Versicherungsunternehmen verstanden. Im Vordergrund steht dabei der Abschluss einer Vielzahl von entsprechenden Geschäften (vgl. BGE 107 Ib 54 E. 5). Vorliegend wirbt die Y._____ S.A. für die Risikoübernahme öffentlich über das Internet und strebt damit eine Vielzahl von Vertragsabschlüssen nach dem Gesetz der grossen Zahl an. Die Planmässigkeit des Geschäftsbetriebs ist deshalb zu bejahen.

(31) Im vorliegenden Fall liegt somit ein Versicherungsprodukt vor. Bei den von X._____ über die Y._____ S.A. massenweise angebotenen

Mietkautionen ohne Bargelddepot handelt es sich um eine Kautionsversicherung im Versicherungszweig B15 und das entsprechende Geschäft ist als Versicherungstätigkeit zu qualifizieren (vgl. Rz. (29)). Gesetzliche Ausnahmen von der Bewilligungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 2 und 3 VAG liegen keine vor.

(32) X. _____ und die Y. _____ S.A. haben nie bestritten, dass durch ihr Produkt eine Versicherungsleistung angeboten wird. Aufgrund der vorangegangenen Korrespondenz zwischen dem Bundesamt für Privatversicherungen resp. der FINMA und X. _____ war Letzterem überdies bewusst, dass das Anbieten von Mietkautionsversicherungen ohne Bewilligung der FINMA illegal ist. Dennoch wurden durch die Y. _____ S.A. nicht nur die Kunden der konkursiten H. _____ Sàrl übernommen, sondern es wurden auch Neukunden aufgenommen, ohne dass eine entsprechende Bewilligung der FINMA vorlag.

II. Massnahmen

1. Allgemeines

(33) Gemäss Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG; SR 956.1) ist die FINMA für die Einhaltung und Anwendung der Finanzmarktgesetze und des FINMAG zuständig. Die der FINMA übertragene Aufsichtstätigkeit und die damit verbundenen Aufgaben beschränken sich jedoch nicht einzig auf die von ihr bewilligten Institute. Gemäss Art. 3 Bst. a FINMAG gehören zu den Beaufsichtigten alle Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der FINMA benötigen. Demnach hat die FINMA die Befugnis und die Pflicht, generell die im FINMAG und die in den Finanzmarktgesetzen vorgesehenen Mittel zur Durchsetzung des Finanzmarktaufsichtsrechts auch gegenüber formell nicht unterstellten

Instituten und Personen einzusetzen. Verletzt eine Beaufsichtigte oder ein Beaufsichtigter die Bestimmungen des FINMAG oder eines der Finanzmarktgesetze nach Art. 1 FINMAG oder bestehen sonstige Missstände, so sorgt die FINMA gemäss Art. 31 FINMAG für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes.

(34) Kommt ein Versicherungsunternehmen den Vorschriften des VAG nicht nach, oder erscheinen die Interessen der Versicherten anderweitig gefährdet, so trifft die FINMA die sichernden Massnahmen, die zur Wahrung der Interessen der Versicherten erforderlich erscheinen (Art. 51 Abs. 1 VAG). Diese Massnahmen sind auch für schweizerische Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften anzuwenden (Bundesamt für Privatversicherungen, Jahresbericht 2008, S. 33). Die sichernden Massnahmen sind laut Wortlaut von Art. 51 Abs. 2 VAG nicht abschliessend. Die FINMA ist somit befugt, im Rahmen ihres pflichtgemässen Ermessens weitere sichernde Massnahmen zur Wahrung der Interessen der Versicherten zu ergreifen.

2. Erweiterung der Handlungsbefugnisse der Untersuchungsbeauftragten

(35) Gemäss Art. 1 Abs. 2 VAG sollen die Versicherten insbesondere vor dem Insolvenzrisiko der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen geschützt werden. Die Y._____ S.A. ist als Versicherung tätig, ohne über eine entsprechende Bewilligung zu verfügen. Ein gebundenes Vermögen nach Art. 17 ff. VAG ist nicht vorhanden und die Y._____ S.A. ist praktisch illiquid. Aufgrund bereits geltend gemachter und in Zukunft mit Sicherheit anfallender Ansprüche aus Versicherungsverträgen sowie der anderen Verbindlichkeiten der Gesellschaft besteht die Gefahr, dass die Y._____ S.A. in Konkurs fallen wird, ohne dass die Ansprüche der Versicherten gedeckt sind. Die Interessen der Versicherten sind somit akut gefährdet. Es ist deshalb anzustreben, für die Versicherungsnehmer der

Y._____ S.A. bzw. den Versicherungsbestand eine Lösung zu finden, die eine Einlösung der Leistungsversprechen der Y._____ S.A. ermöglicht. Dazu trifft die FINMA geeignete Massnahmen.

(36) Da die F._____ S.A. in E._____ nicht zur Ausübung einer Versicherungstätigkeit zugelassen ist und über keine Geschäftstätigkeit verfügt, fällt eine nachträgliche Erteilung einer Bewilligung für die Y._____ S.A. von vornherein dahin (vgl. Art. 15 VAG). Im Weiteren ist die Y._____ S.A. selbst nicht an einer Fortführung des Kautionsversicherungsgeschäfts interessiert, beantragte sie doch selbst mehrfach, dass die Versicherungsverträge auf ein anderes Versicherungsunternehmen zu übertragen seien.

(37) Da es sich bei den bestehenden Versicherungsverträgen um Dauerschuldverhältnisse handelt, die nicht vorzeitig aufgelöst werden können, ist den Versicherten am besten gedient, wenn ihr Vertrag auf ein bewilligtes Institut übertragen werden kann (Art. 51 Abs. 2 Bst. d VAG). In diesem Zusammenhang gibt es allerdings noch verschiedene offene Fragen, insbesondere, welches Institut dafür in Frage käme, und zu welchen Bedingungen der Übertrag stattfinden könnte.

(38) X._____ handelte bis anhin alleine für die Gesellschaft. Es besteht die Gefahr, dass er seine persönlichen Interessen über diejenigen der Versicherten setzt, wie er es im Zusammenhang mit dem Konkurs der H._____ Sàrl bereits machte. Zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes gemäss Art. 31 FINMAG und zum Schutz der Interessen der Versicherten nach Art. 51 VAG ist es erforderlich, dass der bisherige Geschäftsführer der Y._____ S.A. abberufen wird und seine Zeichnungsberechtigung gestrichen wird. Die Vorarbeiten zur Übertragung des Versicherungsbestandes sind nicht durch ihn, sondern durch die mit superprovisorischer Verfügung vom 23. März 2010 gestützt auf Art. 36 FINMAG eingesetzten Untersuchungsbeauftragten (A._____ und B._____, in C._____) vorzunehmen. Deren Handlungsbefugnisse

sind dahingehend zu erweitern, als diese die Befugnisse des bisherigen Geschäftsführers der Y._____ S.A. erhalten, mit dem hauptsächlichen Ziel, Verhandlungen mit bewilligten Instituten zwecks Übertragung des Versicherungsbestandes aufzunehmen (vgl. Art. 36 Abs. 1 FINMAG und Art. 51 Abs. 2 Bst. d VAG). Im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht wird X._____ als bisheriger Geschäftsführer der Y._____ S.A. aufgefordert, die Untersuchungsbeauftragten bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen. Die Aufforderung zur Mitwirkung ergeht unter der Androhung einer Busse bis zu CHF 100'000.– im Falle der vorsätzlichen Widerhandlung (vgl. Art. 48 FINMAG).

3. Sperrung von Vermögenswerten

(39) Zu den sichernden Massnahmen nach Art. 51 Abs. 2 VAG gehört unter anderem, die freie Verfügung über Vermögenswerte des Versicherungsunternehmens zu untersagen und die Hinterlegung oder die Sperre von Vermögenswerten anzuordnen (Art. 51 Abs. 2 Bst. a und b).

(40) Die F._____ S.A. hat in E._____ keine eigenen Tätigkeiten. Die gesamte Geschäftstätigkeit der F._____ S.A. läuft über ihre Zweigniederlassung in D._____. Die Kautionsversicherungsverträge wie auch die Mietverträge für die Bürolokalitäten in C._____ und die Arbeitsverträge wurden durch die Y._____ S.A. abgeschlossen.

(41) Aus den Akten ist ersichtlich, dass gemäss Formular A an den Konten bei der Bank I._____ zwar die F._____ S.A. als wirtschaftlich Berechtigte angegeben wurde. Dies gründet allerdings auf der Tatsache, dass die Zweigniederlassung im Handelsregister – obwohl faktisch bereits tätig – noch nicht eingetragen war und somit kein eigenes Konto eröffnen konnte. X._____ benötigte aber dringendst eine (neue) Bankverbindung, um die Prämien aus den Versicherungsverträgen, welche er von der

konkursiten H. _____ Sàrl auf die Y. _____ S.A. übertragen hatte, zu vereinnahmen und sie nicht an die Konkursmasse der H. _____ Sàrl zu «verlieren». Das Konto bei der Bank I. _____ wurde deshalb unter Vorlage des Handelsregisterauszugs der F. _____ S.A. als Geschäftskonto für die noch einzutragende Schweizer Zweigniederlassung eröffnet. Die Eingänge auf dieses Konto stammen einzig aus der Geschäftstätigkeit der Y. _____ S.A. Mit den Einnahmen wurden die laufenden Kosten (Löhne, Mietkosten etc.) der Y. _____ S.A. beglichen.

(42) X. _____ hat Wohnsitz in der Schweiz, wie auch seine bisherigen Gesellschafter Sitz in der Schweiz hatten und haben. (...) Ob für die Zukunft tatsächlich eine Tätigkeit in E. _____ geplant war, kann dahingestellt bleiben.

(43) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Konten bei der Bank I. _____ und die darauf liegenden Vermögenswerte der Y. _____ S.A. zuzurechnen sind. Tatsächlich wirtschaftlich berechtigt an diesen Konten ist die Y. _____ S.A. und nicht die F. _____ S.A.

(44) Entgegen der Meinung von X. _____ oder der F. _____ S.A. wurden diese Konten aufgrund der superprovisorischen Verfügung vom 23. März 2010 zu Recht gesperrt. Letztlich steht einzig und allein X. _____ hinter allen beteiligten Gesellschaftern. Seine Forderung, die Gelder auf den Konten der Bank I. _____ freizugeben, würde dazu führen, dass er zu Lasten der Versicherten die Gelder für die F. _____ S.A. und somit letztlich für sich selber abziehen könnte. Dies hat X. _____ bereits beim Konkurs der H. _____ Sàrl so gehandhabt, indem er die Aktiven (inklusive der kostenlosen Übertragung derjenigen Verträge, bei welchen keine Forderungen seitens der Versicherten bestanden) auf die Y. _____ S.A. übertragen hatte, ohne für die Passiven geradzustehen. Ein solches Vorgehen kann nicht geschützt werden. Die auf dem Konto der Bank I. _____ vorhandenen Gelder sind vielmehr – soweit möglich – zur

Bildung eines gebundenen Vermögens und damit zur Sicherung der bestehenden Versicherten zu verwenden. Einem (bei der Y. _____ S.A. nicht existierenden) gebundenen Vermögen kommt eine zentrale Funktion für den Versicherungsschutz zu. Die Kontensperrungen sind deshalb aufrechtzuerhalten, die Untersuchungsbeauftragten sind aber berechtigt, über diese Konten zu verfügen.

(...)

Dispositiv

6 Amtshilfefähigkeit einer ausländischen Behörde, Anfangs- verdacht und spontane Amtshilfe

**URTEIL des Bundesverwaltungsgerichts B-7107/2009 und
B-7139/2009 vom 15. Februar 2010 (BVGE 2010/26)**

Internationale Amtshilfe bei Verdacht auf Marktmanipulation (Art. 38 BEHG).

1. Die British Columbia Securities Commission ist eine Finanzmarktaufsichtsbehörde im Sinne von Art. 38 Abs. 2 BEHG (E. 3).
2. Verdacht auf Marktmanipulation (E. 5.1–5.3).
3. Entkräftung des Verdachts auf Marktmanipulation (E. 5.4).
4. Umfang der Amtshilfe (E. 5.5).
5. Spontane Amtshilfe (E. 5.6).

Assistance administrative internationale en cas de soupçon de manipulation des marchés (art. 38 LBVM).

1. La British Columbia Securities Commission est une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 art. 2 LBVM (consid. 3).
2. Soupçon de manipulation des marchés (consid. 5.1-5.3).
3. Levée du soupçon de manipulation des marchés (consid. 5.4).
4. Etendue de l'assistance administrative (consid. 5.5).
5. Assistance administrative spontanée (consid. 5.6).

Assistenza amministrativa internazionale in caso di sospetto di manipolazione del mercato (art. 38 LBVM).

1. La British Columbia Securities Commission è un'autorità di vigilanza sui mercati finanziari ai sensi dell'art. 38 cpv. 2 LBVM (consid. 3).
2. Sospetto di manipolazione del mercato (consid. 5.1-5.3).
3. Eliminazione del sospetto di manipolazione del mercato (consid. 5.4).
4. Estensione dell'assistenza amministrativa (consid. 5.5).
5. Assistenza amministrativa spontanea (consid. 5.6).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Am (Datum) ersuchte die United States Securities and Exchange Commission (SEC) die Eidgenössische Bankenkommision (EBK, seit dem 1. Januar 2009 Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Vorinstanz) um internationale Amtshilfe wegen Verdachts auf Marktmanipulationen im Zusammenhang mit Aktien der M._____. Gegenstand des Ersuchens sind über die X._____ durchgeführte Transaktionen.

Am (Datum) ersuchte auch die British Columbia Securities Commission (BCSC) die Vorinstanz um Amtshilfe wegen Verdachts auf Marktmanipulationen im Zusammenhang mit M._____-Aktien. Gegenstand ihres Ersuchens sind über die X._____, die Y._____ sowie die Z._____ durchgeführte Transaktionen.

Mit Verfügung vom (Datum) vereinigte die Vorinstanz die genannten Amtshilfverfahren und gab den Ersuchen beider Behörden vollumfänglich statt: Sie ordnete die Übermittlung der erbetenen Informationen an und entschied, der SEC im Sinne der spontanen Amtshilfe dieselben Informationen zu übermitteln wie der BCSC, deren Ersuchen umfassender ist.

Gegen diese Verfügung erhoben die Beschwerdeführerin 1 und die Beschwerdeführerinnen 2–7 am (Datum) – zunächst getrennt, jedoch alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marco Niedermann – Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer). Sämtliche Beschwerdeführerinnen beantragen, die angefochtene Verfügung sei vollumfänglich aufzuheben und die Amtshilfe an die BCSC und die SEC zu verweigern. Die Vorinstanz sei anzuweisen, die in Frage stehenden Unterlagen an die jeweiligen Finanzinstitute zu retournieren. Zudem beantragen die Beschwerdeführerinnen 2–7 eventualiter, den Amtshilfeersuchen sei lediglich in eingeschränktem Umfang Folge zu leisten und die weiterzuleitenden Informationen seien auf bestimmte Unterlagen zu beschränken. Die Beschwerdeführerinnen 1 und 7 rügen eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Beschwerdeführerinnen 2–7 machen im Wesentlichen geltend, die Kursveränderungen des M._____-Titels im Sommer (Jahr) rechtfertigten kei-

nen Verdacht auf Marktmanipulation. Zur Begründung legen sie ausführlich dar, welche Umstände (Strukturänderungen der Gesellschaft, kursrelevante Informationen gegenüber der Öffentlichkeit, Aufbau einer ungedeckten Shortposition durch einen ehemaligen SEC-Beamten) zu den Kursveränderungen geführt haben sollen. Der Entscheid der Vorinstanz würde zudem das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzen und stellen mangels ausreichenden sachlichen Zusammenhangs zwischen dem untersuchten Sachverhalt und den in Frage stehenden Unterlagen eine unzulässige reine Beweisausforschung dar.

Das BVGer weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen

3.

Gemäss Art. 38 Abs. 2 Bst. a und b des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) darf die Aufsichtsbehörde ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und sachbezogene Unterlagen übermitteln, sofern die Informationen ausschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden (sog. Spezialitätsprinzip) und die ersuchenden Behörden an ein Amts- und Berufsgeheimnis gebunden sind; dabei bleiben Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche vorbehalten (sog. Vertraulichkeitsprinzip).

3.1 Die SEC ist eine ausländische Aufsichtsbehörde, der die Vorinstanz im Rahmen von Art. 38 Abs. 2 BEHG Amtshilfe leisten kann (vgl. Urteil des BVGer B-3053/2009 vom 17. August 2009 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Sie sichert in ihrem Gesuch die Zweckgebundenheit und vertrauliche

Behandlung der Informationen zu. Der angefochtene Entscheid enthält in den Ziffern 3 und 4 des Dispositivs die entsprechenden Vorbehalte.

Damit sind in dieser Hinsicht die Voraussetzungen für die Leistung von Amtshilfe an die SEC ohne weiteres gegeben.

3.2 Mit Bezug auf die BCSC als ersuchende Behörde machen die Beschwerdeführerinnen geltend, in Amtshilfeverfahren nach Börsenrecht gehe es ausschliesslich um die Durchsetzung marktaufsichtsrechtlicher Regeln an jenem Markt, auf welchem mutmassliche Unregelmässigkeiten festgestellt würden. Dies sei vorliegend nicht derjenige der kanadischen Provinz British Columbia. Zudem sei gemäss British Columbia Securities Act (section 175) ausschliesslich der British Columbia Supreme Court für die Beschaffung von Auskünften und Beweisunterlagen im Ausland zur Durchsetzung der Aufsichtsregeln am Heimmarkt ermächtigt. Schliesslich seien K._____ und L._____, die als Ziel der Ermittlungen der BCSC genannt seien, keine «stock promoters», nämlich Personen, die Dritten gegenüber Effekten vermarkteten. Sie seien zwar ursprünglich in British Columbia als Broker tätig gewesen, seit 1997 kümmerten sie sich jedoch nur noch um ihre eigenen Investments. Den Beschwerdeführerinnen könne die Beweislast für dieses Negativum nicht auferlegt werden.

3.2.1 Die Vorinstanz hält in der angefochtenen Verfügung fest, die BCSC sei die für die Überwachung des Wertschriftenmarkts und dessen Händler in British Columbia zuständige Behörde. Sie habe im Amtshilfeersuchen ihre Aufsichtsfunktionen beschrieben und zugesichert, die schweizerischen Amtshilfebedingungen erfüllen zu können. Die territoriale Zuständigkeit der BCSC, die von den Beschwerdeführerinnen angezweifelt werde, sei trotz Aktiengeschäften in einem Drittstaat eindeutig gegeben, da die wirtschaftlich Berechtigten, die die Aufträge für die in Frage stehenden Transaktionen erteilt hätten, in British Columbia als «stock promoters» tätig seien. Unter diesen Umständen könnten die herauszugebenden Informationen auch in British Columbia aufsichtsrechtlich

von Bedeutung sein. Damit sei ein genügender Bezug zu dem von der BCSC beaufsichtigten Finanzmarkt erstellt.

In ihrer Vernehmlassung führt die Vorinstanz aus, für das vorliegende Verfahren sei es ohne Bedeutung, ob K._____ und L._____ in British Columbia als «stock promoters» tätig seien. Die BCSC habe nämlich bereits in der Vergangenheit die finanzmarktrechtlich relevanten Aktivitäten einer lediglich in British Columbia wohnhaften und von dort aus auf beziehungsweise im amerikanischen Markt tätigen Privatperson untersucht. Allein die Tätigkeit von Kanada aus habe ausgereicht, um die Zuständigkeit der BCSC zu begründen. Zudem könne die Schweiz in analog gelagerten Fällen bei der Rechtshilfe in Strafsachen die Zuständigkeit einer ersuchenden Behörde nur im Falle offensichtlich missbräuchlicher Gesuchstellung verneinen, da die Auslegung des Rechts des ersuchenden Staats Sache jener Behörde selbst sei. Nichts anderes müsse deshalb hinsichtlich der BCSC gelten. Auf Grund des Wohnsitzes von K._____ und L._____ sei die Zuständigkeit der BCSC für die Untersuchung der beiden, letztlich allein oder gemeinsam an den vorliegend Beschwerde führenden Gesellschaften wirtschaftlich berechtigten Personen gegeben.

3.2.2 Die BCSC ist «Associate Member» der International Organisation of Securities Commission. Sie ist die in der Provinz British Columbia für die Überwachung des Wertschriftenmarktes und dessen Händler zuständige Behörde (British Columbia Securities Act [Securities Act], Revised Statutes of British Columbia 1996, chap. 418, section 57).

Gemäss ihrem Amtshilfeersuchen vom (...) ermittelt die BCSC wegen Verdachts auf Marktmanipulationen im Zusammenhang mit M._____ Titeln; sie nennt als Ziel ihrer Ermittlungen K._____ und L._____, «residents of British Columbia» und «well known stock promoters in British Columbia».

Mit Bezug auf die Zuständigkeit der BCSC wird in section 142 Securities Act («Investigation order by commission») Folgendes festgehalten:

- 1) The commission may, by order, appoint a person to make an investigation the commission considers expedient
 - a) for the administration of this Act,
 - b) to assist in the administration of the securities or exchange contracts laws of another jurisdiction,
 - c) in respect of matters relating to trading in securities or exchange contracts in British Columbia, or
 - d) in respect of matters in British Columbia relating to trading in securities or exchange contracts in another jurisdiction.

- 2) In its order, the commission must specify the scope of an investigation to be carried out under subsection (1).

Es ist unbestritten, dass K._____ und L._____ kanadische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Vancouver und jeweils allein oder gemeinsam an den vorliegend Beschwerde führenden Gesellschaften wirtschaftlich berechtigt sind. Damit stellen ihre Marktaktivitäten auf Grund ihres Wohnsitzes in British Columbia «matters in British Columbia» dar, die auf Grund der Käufe von M._____ an der US-Börse durch die Beschwerdeführerinnen «relating to trading in securities in another jurisdiction» sind. Damit sind die Voraussetzungen für die Zuständigkeit der BCSC gemäss section 142, Abs. 1 Bst. d Securities Act erfüllt und die Frage, ob K._____ und L._____ tatsächlich «well known stock promoters» sind beziehungsweise ob durch ihre Aktivitäten kanadische Anleger geschädigt wurden, für die Zuständigkeit der BCSC nicht von Bedeutung.

3.2.3 Die Beschwerdeführerinnen machen unter Berufung auf section 175 Securities Act («Extrajurisdictional evidence») geltend, für die Beschaffung von Auskünften und Beweisunterlagen im Ausland sei ausschliesslich der British Columbia Supreme Court ermächtigt. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

On an application made by the commission, if it appears to the Supreme Court that a person outside British Columbia may have evidence that may be relevant to

- a) an investigation ordered by the commission under section 142, or
- b) a hearing required or permitted under this Act,

the Supreme Court may issue a letter of request directed to the judicial authority of the jurisdiction in which the person to be examined is believed to be located.

Dem Einwand der Beschwerdeführerinnen ist entgegenzuhalten, dass section 175 Untersuchungen gegen Personen «outside British Columbia» regelt, worunter K._____ und L._____, wie dargelegt, nicht fallen. Deshalb schliesst diese Bestimmung die Zuständigkeit der BCSC im vorliegenden Fall nicht aus.

3.2.4 Aus den genannten Gründen ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die BCSC eine Finanzmarktaufsichtsbehörde im Sinne von Art. 38 Abs. 2 BEHG ist.

4. (...)

5.

In materieller Hinsicht machen die Beschwerdeführerinnen geltend, den Amtshilfeersuchen der BCSC und der SEC liege jeweils kein genügend konkreter Verdacht auf eine Marktmanipulation zugrunde. Die beiden

Amtshilfeersuchen stellen eine reine Beweisausforschung dar, und der angefochtene Entscheid verletze das Verhältnismässigkeitsprinzip. Die Beschwerdeführerinnen sind der Ansicht, einen allfälligen Verdacht entkräften zu können, und begründen dies ausführlich.

Eventualiter beantragen die Beschwerdeführerinnen, den Amtshilfeersuchen sei lediglich in eingeschränktem Umfang Folge zu leisten; in den herauszugebenden Unterlagen seien sämtliche nicht mit M. _____- Titeln in direktem Zusammenhang stehenden (Konto-)Bewegungen abzudecken.

5.1 Gemäss Art. 38 Abs. 4 BEHG berücksichtigt die Aufsichtsbehörde bei ihrem Entscheid über die Gewährung und den Umfang der Amtshilfe den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Mit dieser gesetzlichen Regelung wurde per 1. Februar 2006 der allgemeine Rechtsgrundsatz ausdrücklich im Gesetz verankert und auf die dazu bestehende, differenzierte bundesgerichtliche Praxis Bezug genommen (vgl. Botschaft zur internationalen Amtshilfe, BBl 2004 I 6747, 6766 f.). In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Recht der internationalen Amtshilfe wird die Verhältnismässigkeit einerseits durch das Verbot konkretisiert, Informationen über Personen zu übermitteln, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind (unbeteiligte Dritte), und andererseits durch die Pflicht, sachbezogene, das heisst für die Abklärung des in Frage stehenden Verdachts potentiell relevante Informationen zu übermitteln.

Da im Zeitpunkt eines Amtshilfeersuchens beziehungsweise der Übermittlung von Informationen in der Regel noch nicht feststeht, ob diese der ersuchenden Behörde dienlich sein werden, sind an das Vorliegen eines Verdachts auf Verletzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und -händler keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt vielmehr, wenn die Informationen zur Durchführung des ausländischen Aufsichtsverfahrens potentiell relevant erscheinen und dies im Gesuch angemessen dargelegt ist. Konkret muss die ersuchende Aufsichtsbehörde den Sachverhalt darstellen, welcher ihren Verdacht auslöst, die gesetzlichen Grundlagen der

Untersuchung nennen sowie die benötigten Informationen und Unterlagen aufführen. Es reicht, wenn in diesem Stadium erst Indizien oder abstrakte Hinweise auf eine mögliche Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften angeführt werden. Das BGer hat im Zusammenhang mit einer vermuteten Marktmanipulation wiederholt festgehalten, die ersuchte Behörde müsse lediglich prüfen, ob genügend Indizien für eine mögliche Marktverzerrung vorliegen würden. Es genüge die Feststellung, dass die ersuchten Informationen nicht ohne jeden Bezug zu den vermuteten Unregelmässigkeiten stünden. Von den Behörden des ersuchenden Staates kann nicht erwartet werden, dass sie den Sachverhalt lückenlos und völlig widerspruchsfrei darlegen, da bisher im Dunkeln gebliebene Punkte gestützt auf die ersuchten Informationen und Unterlagen erst noch geklärt werden müssen. Verboten sind jedoch reine Beweisausforschungen ohne hinreichend begründeten Verdacht, sogenannte «fishing expeditions» (vgl. BGE 129 II 484 E. 4.1, BGE 128 II 407 E. 5.2.1; BVGE 2007/28 E. 5; Urteil des BVGer B-3703/2009 vom 3. August 2009 E. 4.1 und Urteil des BVGer B-2980/2007 vom 26. Juli 2007 E. 5.1 mit weiteren Hinweisen).

Die Vorinstanz ihrerseits hat sich nicht darüber auszusprechen, ob der dem Ersuchen zugrunde liegende Verdacht zutrifft. Sie ist vielmehr an die Darstellung des Sachverhalts gebunden, soweit diese nicht offensichtlich fehler- oder lückenhaft oder widersprüchlich erscheint und sich daraus hinreichende Anhaltspunkte für die untersuchte Unregelmässigkeit ergeben. In ihrer Eigenschaft als um Amtshilfe ersuchte Behörde übt die Vorinstanz eine bloss «Hilfsfunktion» bei der Sachverhaltsermittlung aus, das heisst, sie liefert lediglich unter den Voraussetzungen von Art. 38 BEHG spezifische Sachverhaltselemente. Die eigentlichen Abklärungen, wie die vollständige Sachverhaltsermittlung und die korrekte Auslegung und Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des ausländischen Aufsichtsrechts, obliegen der ausländischen Aufsichtsbehörde; erst sie hat die ihr amtshilfweise gelieferten Informationen im Zusammenhang mit eigenen weiteren Abklärungen im Rahmen des Hauptverfahrens umfassend zu würdigen. Ist der Verdacht auf eine mögliche Rechtsverletzung im Ersuchen hinreichend und

schlüssig dargetan, und gelingt es den an den kritischen Transaktionen beteiligten, in das Aufsichtsverfahren einbezogenen Personen nicht, den das Ausgangs- beziehungsweise Hauptverfahren auslösenden Verdacht zu entkräften, ist die Amtshilfe grundsätzlich zu gewähren (vgl. BGE 128 II 407 E. 5.2.1 und 5.2.3; Urteil des BVGer B-3703/2009 vom 3. August 2009 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen).

5.2 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, eine blosser Behauptung sei nicht mit einem Verdacht gleichzusetzen. Eine Behauptung sei lediglich eine Darstellung eines Sachverhalts, ohne dass ersichtlich werde, ob dieser sich als Tatsache verwirklicht habe. Die Vorinstanz müsse die Verdachtsmomente zwar nicht selbst im Einzelnen abklären. Dies bedeute jedoch nicht, dass eine Behauptung in allgemeiner Form für die Begründung eines Verdachts genüge. Die BCSC und die SEC würden als Verdacht in den Raum stellen, die bei der M._____ im Sommer (Jahr) durchgeführten Änderungen der Gesellschaftsstruktur seien darauf angelegt gewesen, auf die Nachfrage nach M._____ -Titeln einzuwirken, um Shortverkäufer beziehungsweise deren Broker verheerenden Verbindlichkeiten auszusetzen. Die Beschwerdeführerinnen legen ausführlich dar, weshalb die von der BCSC genannten «share cancelations» und «forward splits» geschäftsmässig begründet gewesen seien. Sie seien offen durchgeführt und der amerikanischen Aufsichtsbehörde jeweils zeitgerecht gemeldet worden. Die statutarischen Strukturveränderungen der M._____ seien zudem von der Gesellschaft selbst, nicht von den Beschwerdeführerinnen veranlasst worden. Damit sei ein allfälliger Verdacht nach Massgabe des Zumutbaren entkräftet. Was die Darstellung der BCSC, «Canadian citizens were encouraged to purchase small blocks of shares in M._____ at \$ (...) per share, with an intention to creating an artificial share price», angehe, so sei diese derart allgemein, dass sie als lückenhaft zu bezeichnen sei. Es gebe keinerlei konkrete Angaben zu den genannten Käufen, und es würden auch keine kanadischen Bürger genannt, die in einem bestimmten Zeitraum kleinere Käufe getätigt haben sollten. Damit liege eine reine Beweisausforschung vor. Schliesslich

fehle es auch an einem ausreichenden sachlichen Konnex zwischen dem angeblich untersuchten Sachverhalt und den Dokumenten, deren Herausgabe verlangt werde, da kein Zusammenhang zwischen den Strukturänderungen der M._____ oder den auf den Depots der Beschwerdeführerinnen durchgeführten Transaktionen und den in Frage stehenden Shortpositionen bestehe. Für einen «apparent fraud» gebe es keinen logisch nachvollziehbaren Hinweis.

5.3 Sowohl die SEC als auch die BCSC geben in ihren Amtshilfeersuchen an, sie führten eine Untersuchung wegen Verdachts auf Marktmanipulation mit M._____ -Aktien im (...) (...) beziehungsweise im Zeitraum vom (...) bis zum (...) (...) durch. Sie legen in ihren Amtshilfeersuchen die gesetzlichen Grundlagen für ihre Untersuchungen (BCSC: Securities Act, section 57; SEC: Securities Act of 1993, section 17[a] und Securities Exchange Act of 1934, section 10[b]) und die Gründe für den geltend gemachten Verdacht dar. Diesen begründen sie im Wesentlichen mit der Tatsache, dass der Preis der M._____ -Aktie, der über längere Zeit unverändert gewesen sei, nach einem Aktiensplit im Verhältnis 100:1 Anfang (... , ...) atypisch gestiegen sei. In der Folge habe sich der Kurs bis zum (...) auf hohem Niveau gehalten und sei am (...) von \$ (...) auf \$ (...) abgestürzt. Es hätten keine unternehmensrelevanten Informationen vorgelegen, die die geschilderten Kursentwicklungen rechtfertigten. Die BCSC legt zudem dar, während des in Frage stehenden Zeitraums seien kanadische Staatsbürger dazu bewegt worden, kleine Mengen M._____ -Aktien zum Preis von \$ (...) zu kaufen, um einen künstlichen Preis zu schaffen. Ihr Verfahren richte sich gegen den Hauptaktionär der M._____ sowie die beiden «stock promoters» K._____ und L._____.

Der von der SEC und der BCSC geäußerte Verdacht auf Marktmanipulation ist angesichts der im Gesuch dargelegten Anhaltspunkte nachvollziehbar und hinreichend begründet. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist nicht ersichtlich, inwiefern die Darstellung der SEC oder der BCSC offensichtliche Fehler, Lücken oder Widersprüche enthält, welche

die Zuverlässigkeit des Amtshilfesuchs in Frage stellen würden. Wie dargelegt, wird von den ersuchenden Behörden nicht erwartet, dass sie den Sachverhalt lückenlos und völlig widerspruchsfrei darlegen; vielmehr werden sie bisher im Dunkeln gebliebene Punkte gestützt auf die ersuchten Informationen und Unterlagen erst noch zu klären haben. Auf Grund der Tatsache, dass es beim Handel mit M. _____-Aktien zu einer atypischen Kursentwicklung gekommen ist, beruht der geschilderte Sachverhalt auf hinreichend konkreten Indizien, die aufsichtsrechtlich untersuchungswürdig erscheinen, und es besteht ein genügend dargelegter Verdacht auf Verletzung gesetzlicher Marktaufsichtsregeln. Von einer reinen Beweisausforschung kann deshalb keine Rede sein. Konkrete schriftliche Beweismittel für den Verdacht sind nicht erforderlich, insbesondere dann nicht, wenn es sich bei den in Frage stehenden Umständen um öffentlich bekannte Tatsachen wie Kursverläufe und andere über Internet erhältliche Informationen handelt und auch keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorliegen oder vorgebracht werden, dass die von der ersuchenden Behörde behaupteten Sachverhaltsmomente lediglich fingiert sind.

Mit den von der SEC und der BCSC gelieferten Anhaltspunkten ist der nach der Rechtsprechung geforderte, hinreichend begründete Verdacht im Zusammenhang mit Marktmanipulationen gegeben.

5.4 Es bleibt zu prüfen, ob die Einwände der Beschwerdeführerinnen geeignet sind, den Verdacht der Marktmanipulation zu entkräften. Sie legen dazu ausführlich dar, welche Umstände (Strukturänderungen der Gesellschaft, kursrelevante Informationen gegenüber der Öffentlichkeit, Aufbau einer ungedeckten Shortposition durch einen ehemaligen SEC-Beamten) ihrer Ansicht nach zu den untersuchten Kursveränderungen geführt haben.

Um einen ein Amtshilfeverfahren auslösenden Verdacht entkräften zu können, muss ein Beschwerdeführer beispielsweise nachweisen, dass er mit dem in Frage stehenden Geschäft offensichtlich und unzweifelhaft nichts zu tun hat, weil ein umfassender Vermögensverwaltungsvertrag vorliegt und

die Transaktion ohne sein Wissen erfolgte (vgl. BGE 128 II 407 E. 5.2.3). Dies trifft vorliegend nicht zu, wurden die Aufträge – mit Ausnahme zweier, die gemäss Ausführungen der Beschwerdeführerinnen von der depotführenden Bank ohne Auftrag ausgeführt und danach wieder storniert wurden – doch unbestrittenermassen durch die Beschwerdeführerinnen als Kontoinhaberinnen erteilt. Sowohl das Volumen der Transaktionen als auch die Höhe eines allfälligen Gewinns oder Verlusts sind für die Begründung des Verdachts unerheblich.

Das Hauptargument der Beschwerdeführerinnen zur Entkräftung des Verdachts ist, dass die Kursentwicklung im untersuchten Zeitraum einzig auf die Publikation kursrelevanter Informationen zurückzuführen sei. Damit betreffen ihre ausführlichen Vorbringen einzig die genaueren Umstände der in Frage stehenden Transaktionen. Die Amtshilfe ist jedoch nicht schon dann unverhältnismässig, wenn der betroffene Kunde in mehr oder weniger plausibler Weise darzutun vermag, dass er seinen Kaufentscheid gestützt auf öffentlich zugängliche Informationen getroffen hat. Ob und inwiefern die in den Ersuchen dargelegten «share cancelations» und «forward splits» geschäftsmässig begründet waren beziehungsweise ob die von den Beschwerdeführerinnen getätigten Transaktionen objektiv geeignet waren, um den Kurs der M. _____-Aktie künstlich zu beeinflussen, sind Fragen, deren Würdigung Aufgabe der BCSC und der SEC im jeweiligen Hauptverfahren sein wird, wenn sie auf Grund der eingeholten Auskünfte und ihrer übrigen Untersuchungen darüber entscheiden werden, ob es tatsächlich zu einer Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften gekommen ist. Da es Aufgabe der ausländischen Behörde ist, über die Begründetheit des Verdachts im Hauptverfahren zu entscheiden, kann die Unterscheidung zwischen verdächtigen und unverdächtigen Transaktionen nicht Aufgabe der Vorinstanz sein. Dies umso weniger, als die Vorinstanz zu einer solchen Beurteilung – wenn überhaupt – nur sehr eingeschränkt in der Lage wäre, da sie lediglich über die in der Schweiz eingeholten Auskünfte verfügt; auch durch das BVGer kann im Rahmen des Amtshilfeverfahrens keine derartige Würdigung der Sachverhaltselemente vorgenommen werden.

Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen sind aus diesen Gründen nicht geeignet, den Verdacht auf Marktmanipulation, der sich aus den in den Amtshilfeersuchen der SEC und der BCSC geschilderten Umständen ergibt, zu entkräften.

5.5 Die Beschwerdeführerinnen beantragen in ihrem Eventualbegehren, die Amtshilfe sei auf Informationen zu beschränken, die eine zeitliche Nähe zum Kursanstieg am (...) aufwiesen; Unterlagen betreffend Transaktionen vom (...) sowie (...) würden keinen zeitlichen Konnex zum untersuchten Sachverhalt aufweisen. Am sachlichen Konnex fehle es bei zwei Transaktionen vom (...), die nicht von den Kontoinhaberinnen in Auftrag gegeben worden seien, sondern von der depotführenden Bank ohne Auftrag ausgeführt und danach wieder storniert beziehungsweise fälschlich als Kauf statt Depotübertrag verbucht worden seien. Zudem seien bestimmte von den Beschwerdeführerinnen zunächst in Auftrag gegebene Umbuchungen von M._____Aktien auf andere Depots im (...) wieder storniert worden. In der Replik beantragen die Beschwerdeführerinnen schliesslich, sämtliche nicht mit M._____Titeln in direktem Zusammenhang stehenden (Konto-)Bewegungen seien abzudecken.

5.5.1 Die SEC und die BCSC ersuchen um die Zustellung von Kontoauszügen ab dem (...) beziehungsweise (...). Bisher wurde in der Rechtsprechung zur börsenrechtlichen Amtshilfe kein zeitlicher Rahmen für das Vorliegen eines genügenden Bezugs zum untersuchten Sachverhalt festgelegt. Es kann aber darauf hingewiesen werden, dass sogar ein Zeitraum von über einem Jahr als genügend beurteilt wurde (vgl. Urteil des BVGer B-1589/2008 vom 2. Juni 2008 E. 6.4). Es liegt im Ermessen der ersuchenden Aufsichtsbehörde festzulegen, welche Informationen sie für die Durchführung ihres Verfahrens benötigt. Die Vorinstanz wird dies kaum abschliessend überprüfen können. Sie ist im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit nur gehalten, keine Informationen zu übermitteln, die für das ausländische Verfahren nicht potentiell relevant erscheinen (vgl. Hans-Peter Schaad, in:

Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar, Börsengesetz, Basel 2007, N. 126 zu Art. 38).

In zeitlicher Hinsicht erscheint die Herausgabe von Informationen über Transaktionen, die sechs bis sieben Monate vor dem untersuchten Kursanstieg im (...) erfolgt sind, mit dem Ziel, die SEC und die BCSC in die Lage zu versetzen, dessen Hintergründe zu untersuchen, nicht per se als unverhältnismässig. Ein Kursanstieg kann nicht isoliert betrachtet und untersucht werden; beim Tatbestand der Marktmanipulation ist zu erwarten, dass die Urheber in einem kritischen Zeitpunkt, das heisst vor beziehungsweise nach der Phase des atypischen Kursanstiegs, entsprechende Banktransaktionen tätigen. Vorliegend rechtfertigt sich die Untersuchung der genannten Zeitspanne insbesondere mit Blick auf die vor dem (...) aufgebaute Shortposition. Die Beschwerdeführerinnen legen im Übrigen auch nicht dar, dass im Vorfeld des Kursanstiegs getätigte Transaktionen mit M._____ -Titeln keinen Bezug zu diesem haben beziehungsweise haben können.

5.5.2 Bei der börsengesetzlichen Amtshilfe bleibt grundsätzlich kein Raum für eine eigenständige Anwendung des Art. 6 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1). Art. 38 BEHG enthält vielmehr eine eigene, spezifische Datenschutzregelung, welche dem Datenschutzgesetz vorgeht (vgl. Urteil des BVGer B-5297/2008 vom 5. November 2008 E. 5.2 mit weiteren Hinweisen).

Wer in der kritischen Zeitspanne M._____ -Aktien gekauft beziehungsweise verkauft hat, unterliegt dem dargelegten Verdacht und kann nicht als unbeteiligter Dritter gelten. Dies ist mit Bezug auf die Beschwerdeführerinnen grundsätzlich unbestritten und aktenkundig; K._____ und L._____ – die im Ersuchen der BCSC auf Grund ihrer Beziehungen zum Hauptaktionär der M._____ namentlich aufgeführt sind – haben als wirtschaftlich Berechtigte Transaktionen mit M._____ -Titeln über die Konten der Beschwerdeführerinnen getätigt, womit diese wiederum nicht als unbeteiligte Dritte gelten.

Was die stornierten Aufträge und die von den Beschwerdeführerinnen exemplarisch aufgeführten Kreditkartenbelastungen, Währungskäufe, Rechnungsbegleichungen und dergleichen angeht, so ist es nicht Sache der Vorinstanz, darüber zu befinden, ob und welche der darin enthaltenen Informationen zur Abklärung des Verdachts dienlich sind. Es genügt, wenn die Informationen zur Abwicklung des ausländischen Aufsichtsverfahrens potentiell geeignet erscheinen, also nicht ohne jeden Bezug zu den vermuteten Unregelmässigkeiten stehen. Gleiches gilt für die zwei Transaktionen im (...), bezüglich derer die Beschwerdeführerinnen geltend machen, die Bank hätte diese ohne ihren Auftrag durchgeführt und wieder storniert. Wie bereits dargelegt, lassen sich die verschiedenen, über die Konten der Beschwerdeführerinnen getätigten Transaktionen von den schweizerischen Vollzugsbehörden nicht in verdächtige und unverdächtige aufteilen. Kontobewegungen, die in einem hinreichend nahen zeitlichen Zusammenhang zu den vermuteten Unregelmässigkeiten stehen, können vielmehr bei der Abklärung des Verdachts dienen und sind damit als potentiell erheblich einzustufen. Im Übrigen ist es gerade Sinn eines Amtshilfeverfahrens, den ersuchenden Behörden zu ermöglichen, generell Unregelmässigkeiten im fraglichen Marktzusammenhang abzuklären, also auch allfällige Verfehlungen Dritter, wozu die ersuchten Informationen ohne weiteres dienen können.

Es ist somit kein Grund ersichtlich, die an die BCSC und SEC zu überliefernden Unterlagen auf einen bestimmten Zeitraum zu begrenzen, einzelne Textstellen integral unleserlich zu machen oder nicht zu übermitteln. Die Eventualbegehren der Beschwerdeführerinnen sind unbegründet und abzuweisen.

5.6 Mit der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz angeordnet, der SEC die gleichen Informationen zu übermitteln wie der BCSC, deren Ersuchen umfassender ist, was auf eine spontane Amtshilfe hinausläuft.

Unter spontaner Amtshilfe versteht man diejenige Informationsübermittlung an ausländische Behörden, welche ohne oder ohne konkretes

Ersuchen erfolgt. Im Bereich der internationalen Amtshilfe in Börsensachen hat das BGer wiederholt entschieden, dass die FINMA grundsätzlich befugt ist, Informationen spontan und sogar ohne konkrete Anfrage zu liefern, wenn diese aufsichtsrechtlich relevant sind. Nach dieser Praxis setzt Art. 38 BEHG gerade nicht ein ausdrückliches Amtshilfeersuchen voraus (vgl. BGE 126 II 409 E. 6c/aa, BGE 125 II 65 E. 7; Urteil des BGer 2A.170/2006 vom 8. Mai 2006 E. 2.3.1; Urteil des BVGer B-6040/2008 vom 8. Dezember 2008 E. 6 mit weiteren Hinweisen). Die selbstständige oder antizipierte spontane Amtshilfe bezeichnet die spontane Übermittlung von Informationen ohne vorgängiges Amtshilfeersuchen, während die ergänzende spontane Amtshilfe die zusätzliche Amtshilfeleistung im Rahmen eines bereits gestellten Amtshilfesuchs darstellt (vgl. Schaad, a. a. O., N 94 ff.). Gegenstand der selbstständigen spontanen Amtshilfe können jedoch nur öffentlich zugängliche Informationen sein. Für die Zulässigkeit der ergänzenden spontanen Amtshilfe ist einerseits zwischen nicht-kundenbezogenen Informationen, namentlich solchen Informationen, welche den Effektenhändler selber und nicht seine Kunden betreffen, und andererseits kundenbezogenen Informationen zu unterscheiden. Mit Bezug auf die Ergänzung der Informationsübermittlung mittels nicht-kundenbezogener Daten hat das BGer in ständiger Rechtsprechung die Zulässigkeit der spontanen Amtshilfe bejaht (vgl. BGE 126 II 409 E. 6c/aa, BGE 125 II 65 E. 7). Bezieht sich diese ergänzende spontane Amtshilfe auf kundenbezogene Informationen und stimmt ihr der betroffene Kunde nicht zu, so ist sie hingegen nur zulässig, wenn zur Ermöglichung des Kundenschutzverfahrens eine entsprechende Verfügung erlassen wird (vgl. Schaad, a. a. O., N 95 f.).

Die Vorinstanz hat vorliegend die Informationsübermittlung im Sinne der ergänzenden spontanen Amtshilfe angeordnet. Bei den weiteren gegenüber dem Ersuchen der SEC zusätzlichen Unterlagen handelt es sich um solche, die Transaktionen mit M._____ -Titeln betreffen, die über die X._____, die Y._____ sowie die Z._____ durchgeführt wurden. Da den Untersuchungen der SEC und der BCSC im Wesentlichen der gleiche Sachverhalt zu Grunde liegt, rechtfertigt es sich, den beiden

Behörden auch die gleichen Unterlagen zu übermitteln. Die zusätzlichen Informationen sind aufsichtsrechtlich von Bedeutung, weil es sich dabei um Informationen zum Handel mit M._____Aktien in dem von den Amtshilfesuchen abgedeckten Zeitraum handelt. Deshalb können diese Daten auch im Verfahren der SEC zu einem sachgerechten Entscheid beitragen (vgl. Urteil des BGer 2A.50/2005 vom 16. März 2005 E. 2.3 und Urteil des BGer 2A.170/2006 vom 8. Mai 2006 E. 2.3.2).

Abgesehen von der grundsätzlich ablehnenden Haltung gegenüber der verfügbaren Amtshilfe widersetzen sich die Beschwerdeführerinnen der Übermittlung zusätzlicher Informationen an die SEC, wie dies die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung angeordnet hat, denn auch nicht.

7

Qualité pour recourir et transmission d'informations et de documents à d'autres autorités dans le cadre de l'entraide administrative internationale

**ARRÊT du Tribunal administratif fédéral B-5053/2010
du 29 septembre 2010**

Qualité pour recourir d'un gérant de fortune indépendant ainsi que de son employé contre une décision d'entraide rendue par la FINMA (art. 48 al. 1 PA); principe de spécialité (art. 38 al. 2 LBVM); transmission à une autorité tierce.

1. Un gérant de fortune indépendant peut recourir en son propre nom contre une décision d'entraide rendue par la FINMA; en revanche, ni la procuration qu'il détient, ni son statut d'ayant droit économique ne lui confèrent la qualité pour recourir (consid. 2.3).
2. L'employé d'un gérant de fortune indépendant dont l'identité est également révélée à l'autorité requérante n'a pas qualité de partie dans la procédure d'entraide. Il n'a de ce fait pas la qualité pour recourir (consid. 2.4).
3. Dans le cadre de l'exécution de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, la United States Securities and Exchange Commission (SEC) peut transmettre les informations et documents reçus de la FINMA à d'autres autorités, tribunaux ou organes. Sont considérées comme de telles autorités la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB) et la Banca d'Italia (consid. 7).

Beschwerdelegitimation eines unabhängigen Vermögensverwalters sowie einer bei diesem angestellten Person gegen eine Amtshilfeverfügung der FINMA (Art. 48 Abs. 1 VwVG); Spezialitätsprinzip (Art. 38 Abs. 2 BEHG); Übermittlung an eine dritte Behörde.

1. Ein unabhängiger Vermögensverwalter kann im eigenen Namen Beschwerde gegen eine Amtshilfeverfügung der FINMA erheben, als Prokurist oder wirtschaftlich Berechtigter hingegen nicht (E. 2.3).
2. Ein Angestellter eines unabhängigen Vermögensverwalters, dessen Identität ebenfalls der ersuchenden Behörde offengelegt wird, hat im Amtshilfverfahren keine Parteistellung, weshalb er auch nicht beschwerdelegitimiert ist (E. 2.4).
3. Der United States Securities and Exchange Commission (SEC) ist es gestattet, die von der FINMA erhaltenen Informationen und Unterlagen zur Durchsetzung der Regulierung von Börsen, Effektenhandel und Effekthändler an andere Behörden, Gerichte oder Organe weiterzuleiten. Als solche Behörden sind die italienische Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB) und die Banca d'Italia anzusehen (E. 7).

Diritto di ricorrere di un gestore patrimoniale indipendente e di un impiegato di quest'ultimo contro una decisione di assistenza amministrativa della FINMA (art. 48 cpv. 1 PA); principio di specialità (art. 38 cpv. 2 LBVM); trasmissione delle informazioni a un'autorità terza.

1. Un gestore patrimoniale indipendente può presentare ricorso in proprio nome contro una decisione di assistenza amministrativa della FINMA ma non può farlo in veste di procuratore o di avente diritto economico (consid. 2.3).
2. L'impiegato di un gestore patrimoniale indipendente, la cui identità è stata trasmessa all'autorità richiedente, non ha qualità di parte nella procedura di assistenza amministrativa, per cui non ha neanche diritto di ricorrere (consid. 2.4).
3. La United States Securities and Exchange Commission (SEC) è autorizzata a trasmettere le informazioni e i documenti ottenuti dalla FINMA per l'attuazione della regolamentazione in materia di borse, commercio e commercianti di valori mobiliari ad altre autorità, tribunali o organi. Fra tali autorità rientrano anche la Commissione Nazionale italiana per le Società e la Borsa (CONSOB) e la Banca d'Italia (consid. 7).

Résumé des faits

Le citoyen X. _____, de nationalité italienne, exerce l'activité de gérant de fortune indépendant pour plusieurs clients. Il est également fondé de pouvoir et ayant droit économique de la société panaméenne A. _____. Pour ses clients et pour la société A. _____, X. _____ a acheté les titres d'une société B. _____ cotée aux bourses de Chicago, Philadelphie et New York. Y. _____ est employé de X. _____ et a donné différents ordres d'achat pour les titres de la société B. _____. Enquêtant sur le négoce des titres de la société B. _____, la SEC a saisi la FINMA d'une demande d'entraide administrative et requis la transmission d'informations et de documents.

La FINMA a décidé d'accorder l'entraide administrative à la SEC et expressément confirmé que celle-ci pouvait transmettre les informations et documents reçus à la CONSOB et à la Banca d'Italia. A. _____, X. _____ et Y. _____ (recourants) ont formé un recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Y. _____ a en outre demandé le droit de consulter les dossiers de la FINMA et, moyennant la fixation d'un nouveau délai, l'octroi du droit d'être entendu. La FINMA a écarté la qualité pour recourir de Y. _____ et émis des doutes à propos de celle de X.

Les recourants considèrent en outre que le principe de spécialité est violé dans la mesure où le droit de transmettre les informations et documents reçus à la CONSOB et, surtout, à la Banca d'Italia a été octroyé à la SEC.

Le Tribunal administratif fédéral rejette le recours de A. _____, rejette celui de X. _____ dans la mesure du recevable, et n'entre pas en matière sur celui de Y. _____.

2.

Si un recours devant le Tribunal administratif fédéral est en principe ouvert à rencontre des décisions rendues par la FINMA et si les écritures déposées satisfont effectivement aux autres conditions de recevabilité, il convient encore d'examiner dans quelle mesure les recourants disposent de la qualité pour recourir. En l'espèce, il sied de procéder de manière séparée pour chacun des recourants puisque seuls A._____ et X._____ constituent les destinataires de la décision entreprise. De plus, dans sa réponse, l'autorité inférieure a dénié la qualité pour recourir à Y._____ et a remis en cause celle du gérant de fortune, X._____.

2.1 À teneur de l'art. 48 al. 1 PA, 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 (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).

Selon la jurisprudence, le recourant doit être touché dans une mesure ainsi qu'avec une intensité plus grande que la généralité des administrés et 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; il faut donc que l'admission du recours procure au recourant un avantage de nature économique, matérielle ou idéale. Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt de la loi ou d'un tiers est en revanche irrecevable (ATF 131 II 649 consid. 3.1 et les réf. cit.).

2.2 A._____, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteinte par la décision et a incontestablement un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité

pour recourir doit dès lors lui être reconnue et son recours se révèle par conséquent recevable.

2.3 X._____, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, fait dépendre la recevabilité de son recours de sa qualité d'ayant droit économique du compte concerné dont la titularité appartient à A._____.

Or, selon une jurisprudence bien établie, la qualité pour recourir n'est en principe pas reconnue, en matière d'entraide administrative ou pénale internationale, au détenteur économique d'un compte bancaire même si la transmission des renseignements requis entraîne la révélation de son identité (ATF 127 II 323 consid. 3b/cc, ATF 125 II 65 consid. 1 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-2921/2008 du 17 juillet 2008 consid. 1.4.3). Exceptionnellement, l'ayant droit économique d'une personne morale a qualité pour recourir lorsqu'il est établi que la société a été dissoute et qu'elle n'est plus à même d'agir (arrêt du TF 1 A.10/2000 du 18 mai 2000 consid. 1e). Tel n'est toutefois pas le cas en l'espèce dès lors que précisément A._____ a entrepris la décision du 28 juin 2008 rendue par la FINMA. Partant, dans la mesure où X._____ entend recourir contre la décision entreprise en sa qualité d'ayant droit économique du compte concerné, son recours est irrecevable.

Cela étant, il convient de relever que X._____ est également le gérant de fortune indépendant des avoirs des clients 1 à 7 ayant exécuté, sur la base de mandats de gestion discrétionnaire, les opérations litigieuses. Reste alors à examiner s'il peut fonder la recevabilité de son recours sur sa qualité de gérant de fortune. On notera à cet égard que, dans son mémoire de réponse, l'autorité inférieure met en doute la qualité de partie du gérant de fortune indépendant bien qu'elle lui ait notifié la décision entreprise.

2.3.1 Selon la jurisprudence, les informations concernant un gérant de fortune indépendant qui, au nom du client d'une banque, gère librement son portefeuille (« mandat de gestion discrétionnaire ») constituent des informations relatives à des clients dès lors qu'elles sont soumises au secret

bancaire ou au secret des négociants en valeurs mobilières et ont trait à une autre personne que celle physique ou morale assujettie à surveillance. Le devoir de garder le secret couvre toutes les informations qui résultent de la relation d'affaires directe existant entre le client et sa banque, ainsi que le point de savoir si et en faveur de qui existe un mandat de gestion de fortune. Le gérant de fortune indépendant agit, en tant que conseiller ou représentant, dans le cadre des pouvoirs qui lui ont été conférés par son client. Si son identité se trouve révélée à l'étranger par le biais d'une entraide administrative, la relation particulière existant avec le client est touchée, que le gérant ait agi comme collaborateur d'un organe d'une banque ou d'un négociant en valeurs mobilières soumis à la surveillance, ou du client lui-même. Au contraire du simple fondé de pouvoirs qui ne gère pas le compte de manière autonome et qui ne supporte pas la responsabilité de chaque décision prise en matière d'investissement, le gérant de fortune indépendant – tout comme le client – possède un intérêt digne de protection à participer à une « procédure formelle de transmission d'informations ». L'entraide administrative risque, en effet, de mettre en péril la relation de confiance existant entre le client et le gérant de fortune si bien que ce dernier se trouve dans un rapport plus étroit avec l'objet de la contestation que n'importe quel autre tiers. Il détient un droit propre – découlant de la qualité de client dans l'affaire concrète – à être protégé juridiquement même si la transaction a lieu économiquement en faveur du détenteur du compte, en particulier lorsque l'identité de ce dernier n'est justement pas dévoilée. En effet, dans de tels cas, la mesure d'entraide administrative est dirigée directement contre le gérant; elle le touche plus intensément que n'importe quel autre fondé de pouvoirs sur un compte (ATF 127 II 323 consid. 3b/bb).

Cette jurisprudence a été arrêtée à l'occasion d'une affaire portant sur un gérant de fortune indépendant qui s'opposait à la transmission de son identité; celle des titulaires et des ayants droit économiques des comptes idoines n'avait en revanche pas été transmise; en outre, l'autorité inférieure avait habilité l'État requérant à retransmettre les indications reçues aux autorités de poursuite pénale. Dans un arrêt du 19 mai 2004, le

Tribunal fédéral a précisé que le gérant devait disposer d'un mandat écrit, clair et sans équivoque pour se voir reconnaître la qualité de partie (arrêt du TF 2A.3/2004 du 19 mai 2004 consid. 5.3.3). Le Tribunal administratif fédéral a quant à lui, sans autre formalité, concédé la qualité pour recourir à un gérant de fortune indépendant s'opposant à la divulgation de l'identité de l'ayant droit économique du compte en faveur duquel il avait procédé aux transactions litigieuses. La décision entreprise le désignait, en plus du titulaire du compte, comme destinataire en application de la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée (arrêt du TAF B-168/2008 du 28 mars 2008 consid. 1.3).

Dans un arrêt plus récent, le Tribunal administratif fédéral a en revanche dénié la qualité pour recourir à un gérant de fortune qui s'opposait à ce que l'identité de son client – titulaire du compte et également partie à la procédure – soit révélée à l'autorité requérante tout en consentant à la transmission de sa propre identité ainsi que d'informations concernant la relation contractuelle le liant à son client. Le Tribunal de céans a considéré que le gérant de fortune ne saurait se prévaloir d'un intérêt direct suffisamment propre à l'annulation ou à la modification de la décision entreprise. Ce dernier, non directement atteint dans sa situation juridique, avait simplement agi en faveur de son client, destinataire de la décision de la FINMA, lequel avait également interjeté recours (ATAF 2009/16 consid. 2.3 et les réf. cit. ; cf. également Jean-Louis Tsimaratos/Frédéric Sutter, *Entraide administrative internationale en matière boursière: état de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral* au 30 juin 2009, in: SZW 2009 p. 294 ss, spec. 301 s.).

2.3.2 En l'espèce, ainsi que cela ressort des pièces versées au dossier, X._____ dispose d'un mandat de gestion discrétionnaire clair, écrit et sans équivoque tel que l'exige la jurisprudence. Il s'est par ailleurs expressément opposé à la transmission de toute information le concernant. Enfin, il sied de noter que l'identité des clients du gérant de fortune ne se trouve pas dévoilée aux autorités américaines, ces derniers ayant été qualifiés de tiers non impliqués.

Dans ces circonstances et vu la jurisprudence précitée, en particulier l'ATF 127 II 323, force est de constater que X._____ jouit d'un droit propre à être protégé juridiquement même si les transactions litigieuses ont été effectuées, d'un point de vue économique, en faveur des détenteurs des comptes (clients 1 à 7). L'entraide administrative est en effet directement dirigée contre lui dès lors que sa propre identité doit être révélée à la SEC et que ses clients ont été qualifiés de tiers non impliqués; les informations requises touchent en première ligne le gérant de fortune et non pas ses clients. Par ailleurs, contrairement à l'état de fait exposé dans l'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1023/2009 déniant au gérant de fortune indépendant la qualité pour recourir, X._____ s'oppose clairement à la communication de sa propre identité ainsi que d'informations concernant les relations contractuelles le liant à ses clients lesquels ne sont de surcroît pas parties à la procédure.

On ne saurait dès lors tirer argument de cet arrêt pour refuser à X._____ la qualité pour recourir. Il convient ainsi d'admettre que ce dernier, en tant que gérant de fortune indépendant, se révèle directement atteint par la mesure d'entraide et peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision entreprise.

2.3.3 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il sied de constater que le recours de X._____ en qualité de gérant de fortune indépendant est recevable. Il ne l'est en revanche pas en tant qu'il agit comme fondé de procuration ou ayant droit économique de la société A._____.

2.4 Y._____ se présente comme l'employé ayant procédé aux transactions objets de la demande d'entraide administrative sur instruction de son employeur, X._____. Il est prévu que son nom soit transmis aux autorités américaines; en effet, le chiffre 2.5 du dispositif de la décision entreprise indique que «les ordres ont été passés directement à la salle des marchés de Banque Safdié SA par M. Y._____, un employé de X._____». La décision litigieuse ne lui a toutefois pas été notifiée,

l'autorité inférieure refusant de lui reconnaître la qualité de partie à la procédure.

Selon l'art. 6 PA, dans une procédure administrative de première instance, ont qualité de parties les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision, de même que toutes celles qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision, c'est-à-dire les personnes qui sont spécialement atteintes par la décision attaquée et ont un intérêt digne de protection (art. 48 PA). Pour se voir accorder la qualité de partie, Y._____ doit donc se trouver dans un rapport suffisamment étroit et digne d'être pris en considération avec l'objet de la contestation (ATF 127 II 323 consid. 3b/bb). Or, Y._____ n'est touché que de manière indirecte par la mesure d'entraide. En effet, celui-ci n'a fait que exécuter les ordres donnés par le gérant de fortune indépendant X._____, son employeur. Uniquement ce dernier – qui gère les comptes concernés de manière autonome et qui supporte la responsabilité de chaque décision d'investissement – dispose d'un intérêt légitime à prendre part à la procédure d'entraide en qualité de partie (cf. consid. 2.3). Le seul fait que la décision entreprise laisse apparaître que Y._____ ait passé certains ordres d'achat et de vente ne s'avère pas suffisant pour lui reconnaître la qualité de partie. A cet égard, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que même si la transmission des renseignements requis entraîne la révélation de l'identité d'un tiers titulaire d'une procuration (de fait) sur le compte bancaire, ce dernier n'est pas légitimé, tout comme l'ayant droit économique, à recourir contre la mesure d'entraide (arrêt du TF 2A.3/2004 du 19 mai 2004 consid. 5.3.3; cf. également ATF 122 II 130 consid. 2c). Une solution contraire conduirait à un élargissement excessif du cercle des personnes habilitées à s'opposer à l'octroi de l'entraide et entraînerait dans de nombreux cas l'entrave, voire la paralysie de la collaboration internationale, en contradiction avec le but de la loi et des traités internationaux souscrits par la Suisse dans ce domaine.

Dans la mesure où Y._____ ne possède pas la qualité de partie, il ne bénéficie pas non plus et a fortiori des garanties de procédure étendues

telles que l'accès au dossier. Il n'y a donc pas lieu, pour cette raison, d'entrer en matière sur sa demande de consultation des pièces du dossier ainsi que sur son grief relatif à la violation du droit d'être entendu.

3.-6. (...)

7.

Enfin, les recourants font grief à la FINMA d'avoir violé le principe de la spécialité ancré à l'art. 38 al. 2 LBVM en autorisant d'ores et déjà la SEC à transmettre à la Banca d'Italia les informations et documents remis (cf. ch. 3 du dispositif de la décision entreprise). A leurs yeux, la Banca d'Italia n'exerce aucun pouvoir en matière de mise en œuvre de régulation boursière qui ressort à la compétence exclusive de la CONSOB.

En l'espèce, le dispositif de la décision litigieuse indique, à son chiffre 3, que « la FINMA confirme expressément la possibilité de transférer les informations et les documents à la CONSOB ou à la Banca d'Italia ». Quant au chiffre 4, il dispose que « la FINMA rappelle expressément à la SEC que les informations transmises doivent être utilisées exclusivement pour la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières et ne peuvent être retransmises à d'autres autorités, tribunaux ou organes qu'à cet effet ».

Comme mentionné ci-dessus (cf. consid. 4.2 [non publiée ici, ndlr]), le nouveau droit soumet la retransmission des informations obtenues par l'autorité requérante à une autorité tierce au respect du seul principe de la spécialité, celui dit du « long bras » ayant été abandonné (FF 2004 6357 s.); la retransmission par la SEC à une autre autorité ne présuppose donc plus l'assentiment préalable de la FINMA pour autant qu'elle serve elle-même à la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières. Par les chiffres 3 et 4 du dispositif de la décision accordant l'entraide administrative, la

FINMA ne fait que rappeler expressément à l'autorité requérante que les informations communiquées ne peuvent être transmises à des autorités tierces, notamment à la CONSOB et à la Banca d'Italia, que dans le strict respect du principe de la spécialité. En outre, il sied de relever que, contrairement à ce que soutiennent les recourants, la surveillance des marchés financiers se trouve en Italie essentiellement exercée par la CONSOB et la Banca d'Italia (arrêt du TF 2A.83/2000 du 28 juin 2000 consid. 7 d/cc publié in: Bulletin CFB 41 p. 94; cf. Thierry Amy, *Entraide administrative internationale en matière bancaire, boursière et financière*, thèse Lausanne 1998, p. 169-171; voir également le décret-loi italien n° 58 du 24 février 1998 intitulé *Testa unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* au sens des art. 8 et 21 de la loi n° 52 du 6 février 1996). Cette dernière constitue au demeurant également une autorité de surveillance des marchés financiers à laquelle la FINMA accorde l'entraide administrative internationale.

Ce grief doit par conséquent aussi être rejeté.

(...)

Dispositif

