

TRADUCTION LIBRE
Tribunal administratif fédéral
25 novembre 2019

B-3930/2015

BSI SA c. Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA

FAITS

A.....

B.a. Le 28 octobre 2013, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA ou l'autorité inférieure) a informé la recourante qu'elle considérait que sa stratégie de croissance sur le marché asiatique en 2012, en particulier en ce qui concerne les *Large Transactions* (LT), était agressive et qu'elle attendait de la recourante qu'elle prenne toutes les mesures nécessaires pour maintenir son système de contrôle interne et éviter la création d'une "banque dans la banque". Par conséquent, l'autorité inférieure moindre exigeait que la recourante demande à sa société d'audit, A._____, d'effectuer un audit supplémentaire afin de vérifier si la banque avait fait preuve d'une *due diligence* raisonnable adéquate à l'égard des LTs en 2012.

B.b Dans une lettre d'appréciation du 29 novembre 2013, la FINMA a informé la recourante qu'elle soumettait le groupe BSI à une surveillance intensive.

B.c Le 20 décembre 2013, A._____ a remis à la FINMA le rapport d'audit supplémentaire "*BSI AG - Supplementary Audit Large Transactions*" (ci-après : rapport A._____) demandé par la FINMA au terme duquel, afin d'améliorer dans son ensemble l'exécution des LT, elle a formulé six recommandations, à savoir, en résumé (1) qu'il existe une correspondance entre l'activité exercée par BSI SA et la rémunération reçue ; (2) d'effectuer, pour les nouvelles transactions, une évaluation des risques comprenant des informations sur les investissements finaux décidés par le client afin de comprendre l'arrière-plan économique dans son ensemble ; (3) de soumettre les rapports avec les SWF (*Sovereign Wealth Funds*) au même processus d'autorégulation annuelle que les personnes politiquement exposées (ci-après : fonds souverains) malgré le fait que les bénéficiaires économiques (ADE) sont des organismes gouvernementaux et non des personnes physiques ; (4) de mentionner dans la *due diligence* les motifs d'ouverture des relations et une description des transactions attendues et de mettre à jour le dossier compte tenu des transactions effectuées ; (5) qu'en cas de nouvelles transactions, le Directoire du Groupe (ci-après : PEP) soit informé des raisons de l'ouverture des rapports et de la description des transactions effectuées ; (5) qu'en cas de nouvelles transactions, le *Group Executive Board* (ci-après : GEB) intervienne dans le processus décisionnel en définissant un seuil au-dessus duquel il devra examiner en détail et approuver les transactions individuelles ; et (6) d'envisager l'introduction de mesures d'atténuation supplémentaires, dans le cas de nouvelles transactions, afin de minimiser davantage le risque d'un éventuel dépassement des exigences minimales en capital.

B.d.....17 JANVIER 2014 DEMANDE DE LA FINMA A BSI D'UN PLAN D'ACTION.

B.e.....14 FEVRIER 2014 PRESENTATION DU PLAN D'ACTION DE LA BSI A LA FINMA.

B.f Du 3 octobre 2014 au 19 décembre 2014, la FINMA, A._____ et la recourante ont échangé divers écrits concernant la mise en œuvre des recommandations contenues dans le rapport A._____. Par lettre du 19 décembre 2014, la recourante a informé la FINMA qu'elle mettrait fin immédiatement aux LTs, en particulier avec le fonds souverain du gouvernement malaisien 1Malaysia Development Berhad (ci-après : 1MDB SWF), si elle n'avait pas obtenu les informations nécessaires concernant les investissements finaux avant le 31 janvier 2015 (fichier FINMA, registre 1, p. 133).

Après plusieurs échanges d'écrits entre BSIS et les sociétés B._____ et C., directement ou indirectement détenues par 1 MDB SWF et domiciliées aux British Virgin Islands . le [...] janvier 2015, lors d'une réunion extraordinaire à laquelle ont participé le GEB et le conseil d'administration de BSI (ci-après GBoD), la recourante a décidé de cesser l'activité LT le plus rapidement possible et sans hésitation, en déclarant que "*[...] for a comprehensive review and analysis of the potential risks more information would be needed [...] the additional information gathered did not lead to the requested transparency and comfort on the underlying investments*"

Dans sa communication du 5 février 2015 à la FINMA, la recourante a toutefois réitéré que "*due to the fact that we are dealing with government-owned SWFs in our Bank's strategic markets (including Malaysia and Middle East), the exit strategy requires to be wisely planned and carefully managed in order not to jeopardize the Private Banking activities of BSI in these markets and to minimize the reputational impacts [...]*" (dossier de la FINMA, registre 1, p. 134), affirmant que le Chief Executive Officer (ci-après : CEO) Asie a été chargé de développer et de mettre en œuvre une stratégie adéquate afin de pouvoir se retirer de cette activité, permettant toutefois au client d'organiser et d'exécuter de manière ordonnée le transfert des capitaux...

Dans les mois qui ont suivi, la FINMA a mené des enquêtes sur cette stratégie de sortie, en demandant à la recourante d'actualiser en permanence les progrès réalisés et l'état d'avancement du processus de sortie.

B.g Parallèlement aux enquêtes sur les relations commerciales asiatiques, la FINMA s'est également penchée sur les relations brésiliennes du groupe BSI. En effet, à la lumière du scandale impliquant le consortium pétrolier semi-étatique-brésilien Petróleo Brasileiro SA (ci-après dénommé Petrobra) le 21 mai 2015, l'autorité inférieure a chargé la société d'audit D._____ de procéder à une vérification de ces rapports à compter du 1er janvier 2012...

.....

Après avoir constaté l'absence de documents prouvant qu'une enquête interne avait été menée dans l'affaire Petrobras, contrairement à ce que prétend la recourante, et sa pratique consistant à ne pas communiquer au Bureau de communication les relations visées par une enquête du Ministère Public de la Confédération (ci-après : MPC), D._____ fait deux recommandations : l'amélioration du suivi des transactions courantes à fort risque de blanchiment de capitaux et l'évaluation des opérations susceptibles d'être communiquées au MROS

B.h

....

C.

En date du 23 mai 2016, la FINMA a rendu deux décisions qui concernent la recourante.

C.a. Dans la première des deux décisions, l'autorité inférieure (Division Enforcement) a communiqué à la recourante que :

1. Il a été constaté que BSI AG avait gravement enfreint les dispositions légales en matière de surveillance au sens des considérants.
2. Le bénéfice réalisé par BSI AG en violation grave des dispositions légales en matière de surveillance, estimé à CHF 95'000'000, est confisqué..... L'art. 35 al. 5 LFINMA est expressément réservé.
3. La Banque est formellement informée que si elle ne rétablit pas l'ordre juridique conformément aux considérants, la FINMA examinera la possibilité de retirer l'agrément.
4. Cette décision ne peut être rendue ou rendue accessible à des tiers qu'avec l'accord préalable de l'autorité soussignée.

.....

C.b Par la deuxième décision, l'autorité inférieure (Bank Division) a accordé à EFGB, à la recourante et à Patrimony 1873 SA (CHE-472.669.032, enregistrée le 12 janvier 2012 à Lugano), suite à leur demande du 22 mars 2016, les autorisations nécessaires à la mise en œuvre de la vente des actions de BSIH, qui détient la totalité du capital social de la recourante, à EFGB (voir Faits A),

Ces autorisations ont été accordées à condition que les structures du Groupe BSI soient intégrées dans le Groupe EFG dans les douze mois suivant l'autorité de la chose jugée de la mesure et que les dirigeants en charge de la recourante lors des événements liés aux événements 1MDB SWF et Petrobras dans EFGI et ses filiales soient exclus de l'exercice de leurs fonctions de direction (voir, pour plus de détails, la partie opérationnelle de la décision).

Cette deuxième décision est devenue définitive et incontestée.

.....

G.a Dans une lettre datée du 30 septembre 2016, la recourante a demandé la consultation de certains documents, indépendamment de leur importance dans le processus décisionnel, faisant valoir que l'autorité inférieure ne mettrait pas à sa disposition la documentation complète de l'affaire.

G.b Par lettre du 11 novembre 2016, la FINMA a répondu à la demande de la recourante en faisant valoir que celui-ci avait déjà eu pleinement accès à tous les documents de la procédure. A cet égard, l'autorité inférieure a contesté les allégations de la recourante et les vagues spéculations selon lesquelles les pièces de procédure transmises au Tribunal étaient incomplètes et non étayées. Par conséquent, l'autorité inférieure a considéré qu'elle n'avait pas à fournir de documents supplémentaires à la recourante et a demandé que la correspondance avec le MAS relative à la procédure d'exécution, transmise au Tribunal, soit examinée par ce dernier, car elle était de nature purement administrative et ne pouvait en aucun cas influencer sensiblement le résultat.

....

H.

H.a Le 23 janvier 2017, la recourante soumet un complément à son recours, dans lequel elle renvoie aux conclusions non modifiées de ce dernier et complète ses motifs. A cet égard, elle réitère la grave irrégularité de la procédure de la FINMA, qui culmine dans le fait que la décision attaquée est également fondée sur des documents "*tenus secrets et non accessibles à la recourante, ce qui l'empêche de prendre position sur les affirmations de la FINMA*". Le refus de l'autorité inférieure d'accorder l'accès à cette documentation est particulièrement grave et d'autant plus incompréhensible que la FINMA elle-même a admis avoir reçu des informations concernant la recourante et avoir été influencée par ces informations. En outre, la recourante soutient que la FINMA s'en est servie pour donner l'exemple et créer un précédent en exploitant l'acquisition d'EFG et la stabilité qu'une telle opération apporterait en ce qui concerne les scénarios futurs, pour sanctionner la recourante, ou du moins pour la sanctionner plus sévèrement que ce qui aurait été approprié. Outre les griefs formulés dans la requête, la recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir violé le principe de bonne foi. Enfin, étant donné que BSI a cessé d'exister dans un avenir proche, la recourante fait valoir que le risque d'infractions futures ne se présente pas et que, par conséquent, la sanction ne revêt pas un caractère préventif, mais plutôt punitif.

La recourante demande donc que, dans l'hypothèse où le Tribunal n'accepterait pas l'annulation de la décision attaquée, la qualification des mesures adoptées par la FINMA soit revue....

....

DROIT

....

1.1.2 La recourante qui existe toujours en tant que personne morale, a pour but *"d'entreprendre toutes les activités nécessaires à la cessation progressive et ordonnée de toutes les activités soumises à la surveillance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) et d'autres autorités de surveillance, en particulier l'administration et la gestion des droits et obligations découlant de ses activités antérieures d'établissement financier, notamment la gestion de toutes procédures administratives et réglementaires, ainsi que des enquêtes en Suisse et à l'étranger"*. [...]"

1.4 La recourante fait valoir que l' "*avertissement formel de rétablir l'ordre juridique*", ordonné au point 3 du dispositif de la décision attaquée, n'est pas l'un des instruments dont dispose la FINMA en vertu de la LFINMA. Il ne constitue pas un avertissement ou une décision de constatation au sens de l'article 32 LFINMA. Cet avertissement n'a donc pas de base légale, ce qui est nécessaire pour toute mesure prise par les autorités administratives en vertu de l'article 5 Constitution. En outre, l'autorité inférieure ne précise pas quelles mesures la recourante doit prendre et dans quel délai pour rétablir l'ordre juridique.

1.4.1 L'avertissement formel se fonde sur l'art. 31 LFINMA en tant que base juridique. Il s'agit d'une clause générale qui permet à la FINMA, dans le respect des principes généraux du droit administratif, de prendre des mesures complémentaires à celles prévues explicitement, mais non exhaustivement, par la LFINMA ou par les lois sur les marchés financiers visées à l'art. 1, al. 1, LFINMA.... Il ne prévoit donc pas un *numerus clausus* des mesures de surveillance disponibles. Selon son libellé, il n'a pas de valeur

juridique contraignante et, en tant que tel, n'affecte en rien les droits de la recourante et/ou ne lui impose aucune obligation. Il se borne à indiquer à la recourante que la FINMA, en cas d'absence de rétablissement de l'ordre juridique au sens de la décision attaquée, "examinera un éventuel retrait d'agrément"

2.2 Selon les règles générales du droit intertemporel, les dispositions en vigueur au moment de l'établissement de l'état de fait doivent être appliquées juridiquement ou qui ont des conséquences juridiques... En ce qui concerne les dispositions formelles, le principe général veut qu'en règle générale, elles entrent en vigueur immédiatement

2.3 En l'espèce, la période au cours de laquelle les faits reprochés à la recourante ont eu lieu, ou au cours de laquelle les faits qui doivent être évalués légalement ou qui ont des conséquences juridiques ont eu lieu, est de 2010 à 2016 (voir faits A).

....

3.1 La recourante invoque la violation des garanties de procédure pénale prévues à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) dans le cadre de la procédure d'enforcement. En particulier, la doctrine soutient que la confiscation ne peut pas être une " amende administrative ", mais que l'article 6 de la CEDH devrait être appliqué strictement. Une telle circonstance nécessiterait également l'application du principe *nemo tenetur*, selon lequel tout document fourni à la FINMA par BSI ne pourrait être pris en considération par l'autorité inférieure dans sa propre procédure de confiscation.

...

3.2.2 Le droit de ne pas s'accuser permet à l'accusé d'une accusation pénale en vertu de l'article 6(1) de la CEDH de ne pas répondre. Le droit de l'accusé de ne pas avoir à contribuer à sa propre condamnation entraîne avant tout l'obligation pour l'autorité inférieure de mener sa propre enquête, sans s'appuyer sur des preuves obtenues par la force ou sous pression, en violation de la volonté de l'accusé. Selon la pratique du Tribunal fédéral, toutes les obligations relatives à la fourniture d'informations qui, à leur tour, nécessiteraient une sanction, ne sont pas illégales. Plus généralement, la prétendue "improper compulsion" est interdite, c'est-à-dire une forme de contrainte abusive ou disproportionnée.

....

3.3.1 Contrairement au droit pénal, le droit de la surveillance ne vise pas à sanctionner un comportement illégal. Conformément à l'article 4 LFINMA, la surveillance des marchés financiers a pour but de protéger les créanciers, les investisseurs et les assurés ainsi que le fonctionnement des marchés financiers. Elle contribue ainsi à renforcer la réputation et la compétitivité de la place financière suisse ainsi que sa capacité à relever les défis futurs (cf. art. 1 LFINMA).....

Le caractère purement administratif de la confiscation au sens de l'art. 35 LFINMA est confirmé par la jurisprudence et par la doctrine selon laquelle, lors de l'examen de l'affaire individuelle, il n'est pas nécessaire de se demander si la confiscation ait nature de garantie, compensatoire ou punitive, de sorte que l'application, en particulier, de l'article 6 CEDH déjà au stade de la procédure d'enforcement est exclue.....

3.4 Compte tenu de ce qui précède, la confiscation au sens de l'article 35 FINMA ne constitue pas une sanction pénale au sens de l'article 6 CEDH. La recourante fait donc un usage inutile de ces dernières et des garanties y afférentes, qui ne s'appliquent pas dans les procédures d'enforcement....

4.1 La recourante invoque une violation du droit d'être entendue en faisant valoir que la FINMA a agi prématurément et uniquement sur la base de documents sur lesquels elle n'a pas eu la possibilité de se prononcer. En outre, l'autorité inférieure conclut qu'il y a eu des infractions graves de la part de la recourante, sans motivation suffisamment détaillée, en se limitant à "une référence vague et générale aux infractions alléguées au droit de surveillance, sans que BSI soit informée en détail[par] les actes et omissions qu'elle a commis". Un tel comportement n'est pas acceptable et ne constitue pas une base suffisante pour imposer des sanctions graves. C'est précisément sur la base de ces dernières que la FINMA aurait dû adopter une approche plus approfondie et de meilleure qualité pour étayer les infractions et les mesures ordonnées, notamment compte tenu de la gravité de ces dernières.

En outre, l'autorité inférieure aurait fourni peu d'explications succinctes sur les raisons pour lesquelles les violations alléguées devraient être qualifiées de graves, sans expliquer les critères qui ont conduit à qualifier une violation de grave, et sans faire de distinctions avec des cas de violations moins graves. Un tel défaut d'étayer ses arguments entraînerait une violation grave du droit de BSI d'être entendue, ce qui constituerait une violation formelle grave de la part de l'autorité inférieure.

Enfin, la FINMA serait tenue d'apprécier les arguments des parties, lorsqu'ils apparaissent décisifs, même s'ils ont été avancés tardivement, de les examiner attentivement, sans préjudice, et de les prendre en compte dans le processus décisionnel. Cela n'aurait pas été le cas en l'espèce.

4.3 Le Tribunal considère que les motifs invoqués par l'autorité inférieure (considérants 8.1.1, 9.1.1, 10.1.1, 10.1.1 et 11.1.1), en particulier les informations détaillées sur la question de la disposition prudentielle ayant donné lieu à l'obligation d'agir et dans quelle mesure la recourante aurait violé ces dispositions, malgré son obligation légale d'agir ...permettent à la recourante d'apprécier la portée de la décision et de la faire revoir par l'autorité supérieure, à savoir le Tribunal , et expliquent suffisamment sur quels éléments elle a fondé sa décision....

.....

5.2.2 Dans certains cas, il peut s'avérer judicieux que la FINMA renonce temporairement, voire, sur la base des résultats d'enquêtes internes, à établir définitivement les faits. Dans le cadre de ses procédures de surveillance et d'enforcement, la FINMA peut utiliser les documents pertinents issus d'enquêtes internes. Si l'entité contrôlée elle-même produit et assume la responsabilité d'un élément de preuve présenté, il doit être classé comme "information des parties" au sens de l'art. 12 lit. b PA. Si, en revanche, ces documents ont été établis en toute indépendance par un prestataire de services extérieur, par exemple par des cabinets d'avocats ou des auditeurs, ils peuvent être considérés comme des expertises au sens de l'article 12 lit. e PA. Ces qualifications ne sont toutefois pas déterminantes, car tous les documents sont soumis à la libre appréciation des preuves par la FINMA et le tribunal.

En ce qui concerne le degré de preuve, la FINMA doit apprécier les faits en tenant compte de toutes les preuves dont elle dispose. A cet égard, la PA ne fixe pas de règles strictes et ne présuppose une certitude au-delà de tout doute. Le seul facteur déterminant est la croyance de l'autorité dans l'existence ou l'inexistence d'un fait donné, selon un degré de probabilité si élevé à dissiper qu'il élimine tout doute raisonnable.

5.3 L'affirmation de la recourante selon laquelle la FINMA s'est appuyée presque exclusivement sur les rapports G._____ et H._____, sans tenir suffisamment compte de la documentation fournie par la recourante, est inexacte puisque la recourante elle-même a soumis à la FINMA, le 29 janvier 2016, le CD "*FINMA proceedings against BSI SA - Large Transactions & LTJ*", avec une liste des documents disponibles, lequel contient, en particulier, une liste de tous les comptes concernés par les LT et ceux relatifs à la LTJ avec les informations de base correspondantes (titulaires, ADE, signataires autorisés, date d'ouverture, "motif spécifique d'ouverture de compte",), profils et dossiers KYC, procès-verbaux A&RC, BoD et GEB et autres documents..... La recourante a également envoyé à la FINMA, le 15 mars 2016, un CD supplémentaire au premier, contenant "*the missing documentation related to the seizure orders issued by the Commercial Affairs Department of the Singapore Police Force*"

La FINMA avait donc connaissance de la documentation pertinente et il n'y a aucune raison de croire qu'elle ne l'a pas consultée en même temps que les rapports G._____ et H._____.

5.4 Sur la base de ce qui précède et de la libre appréciation des preuves par la FINMA, la FINMA pouvait légitimement utiliser les rapports G._____ et H._____ comme preuves dans la rédaction de sa décision. A cet égard, la recourante fait simplement valoir que ces rapports ne sont pas fiables, sans toutefois prendre position sur les faits individuels qui y sont exposés et sans présenter les faits qui auraient plutôt dû être pris en compte. En outre, le document "*BSI Comments on Reports - Working Draft 17 May 2016*"

(Commentaires de la BSI sur les nouveaux rapports - Working Draft 17 mai 2016)....., comprenant 38 brèves clarifications apportées au rapport H._____ et trois brèves clarifications apportées au rapport G._____, produites par la recourante, ne change pas la substance de ces derniers. Par conséquent, leur valeur probante est suffisante aux fins de la présente affaire....

.....

6.2 En ce qui concerne le point 1 du dispositif de la décision attaquée (voir Faits et chiffres C.a), le Tribunal fédéral a, dans plusieurs arrêts récents, traité en détail et en profondeur de l'article 32 de la LFINMA, qu'il a qualifié comme *lex specialis* par rapport à l'article 25 PA. A cet égard, le Tribunal fédéral a constaté que, dans les cas où la FINMA est tenue de prendre une décision d'exécution d'une prestation et/ou d'une mesure punitive pour rétablir l'ordre juridique, la constatation d'une violation grave des dispositions prudentielles n'est pas de nature dispositive, mais fait partie des éléments relatifs aux raisons qui ont conduit la FINMA à ordonner ces mesures, ayant ainsi un caractère de motivation. Sur la base de ce qui précède, le Tribunal fédéral a conclu à la non possibilité de formuler des contestations indépendamment des constatations faites et, en l'absence d'un intérêt digne de protection, a déclaré les recours irrecevables.

Le Tribunal fédéral a fondé son appréciation sur la subsidiarité, exposée par la doctrine et découlant de l'art. 32 LFINMA, de la décision de constatation selon la LFINMA, en ce qui concerne les décisions relatives à l'exécution d'une prestation ou constitutives. Par conséquent, la portée de la constatation en question ne peut être contestée indépendamment que sur la base des conditions cumulatives selon lesquelles les dispositions du droit de la surveillance ont été gravement violées et qu'il n'est plus nécessaire de prendre des mesures pour rétablir la situation conformément à la loi.

6.3 Dans le cas d'espèce, le même raisonnement s'applique *mutatis mutandis* à la confiscation selon l'art. 35 LFINMA. Par conséquent, le point 1 du dispositif de la décision attaquée ne peut pas être attaqué de manière indépendante devant le Tribunal fédéral, car il ne sert qu'à expliquer la question préjudicielle et n'est pas de nature dispositive. Cela ne dispense toutefois pas le Tribunal de la nécessité d'analyser si la recourante a gravement enfreint les dispositions légales en matière de surveillance, puisqu'elle considère qu'il s'agit d'une question préalable pour pouvoir procéder à une éventuelle confiscation en vertu de l'article 35 FINMA.

.....

7.2.1 Premièrement, le gain doit avoir été réalisé par une personne supervisée ou un dirigeant. Selon l'art. 3 lit. a LFINMA, sont soumises à la surveillance les personnes qui, en vertu de la législation sur les marchés financiers, exigent l'agrément, la reconnaissance, l'agrément ou l'enregistrement de l'autorité de surveillance des marchés financiers. Les dirigeants sont, d'autre part, les garants (toute personne qui, en vertu de son autorité au sein de la Banque, pourrait compromettre la continuité de l'existence de la Banque) et les autres personnes qui exercent des fonctions de direction et ont un certain degré de responsabilité dans l'organisation.

En l'espèce, la recourante avait besoin de l'autorisation de la FINMA en vertu de l'article 3 LB pour exercer ses activités entre 2010 et 2016.

7.2.2 Deuxièmement, le gain doit avoir été réalisé en violation grave des dispositions légales en matière de surveillance. L'expression violation grave est une notion juridique indéterminée. Selon la jurisprudence, la gravité d'une violation doit être mesurée proportionnellement à ce qui est requis par la règle violée ou non respectée (par exemple, le degré de diligence raisonnable, l'intensité du comportement demandé, etc.) Selon le principe de proportionnalité, l'intensité du comportement déviant (infraction unique ou répétée, voire continue) et sa raison d'être doivent être évaluées. Le montant du gain réalisé peut être un indicateur de l'existence d'une infraction grave. Toutefois, un gain élevé ne rend pas automatiquement grave la violation du droit de surveillance dont il découle. Si le reproche central formulé à l'une des parties, comme en l'espèce, est une omission, il convient de noter que, pour les mesures éventuelles prises par la FINMA, seules les omissions d'actions en violation des obligations découlant des dispositions de surveillance sont pertinentes. Par conséquent, une omission ne peut constituer une violation grave d'une obligation de surveillance que si une personne contrôlée n'agit pas de la manière requise par le droit de la surveillance.

7.2.3 Enfin, il doit exister un lien de causalité entre le gain réalisé et les violations graves des dispositions légales en matière de surveillance.

8.1

8.1.1 Tout d'abord, selon la FINMA, *"la BSI n'a pas reconnu toutes les relations d'affaires présentant un risque accru (art. 7 OBA-FINMA 2002), n'a pas procédé à des clarifications complémentaires adéquates et suffisantes concernant les relations et transactions commerciales présentant un risque plus élevé (art. 13, 14 et 16 OBA-FINMA 2010 ; articles 8, 17 et 20 OBA-FINMA 2002), n'a pas surveillé de manière adéquate les relations d'affaires et les transactions effectuées au niveau du Groupe BSI (article 19 OBA-FINMA 2010 et article 12 OBA-FINMA 2002) "*.

A titre d'exemple de ces violations graves, l'autorité inférieure déclare que BSI aurait dû qualifier M. _____ de PEP déjà au début du rapport. En ne le faisant pas, elle a violé son obligation de reconnaître un rapport PEP comme un rapport à risque accru en vertu de l'article 7 al. 3 et 4 OBA-FINMA 2002 ; à cet égard, il convient de noter que l'absence ou l'insuffisance de clarifications constitue une violation du devoir de diligence de la recourante au titre de l'article 7 al. 3 et 4 OBA-FINMA 2002.En outre, le contrôle par la recourante des relations à risque accru n'a pas été effectué de manière efficace, en violation de l'article 19 al. 1 OBA-FINMA 2010 et de l'article 12 al. 1 OBA-FINMA 2002.

En outre, en ce qui concerne les obligations de reconnaître et d'effectuer des clarifications complémentaires, dans le cas de transactions impliquant un risque accru, une analyse des BSIS Compliance Reports (Legal & Compliance Report) indiquerait une vérification insuffisante de la clientèle en question, car elle est associée à des risques élevés et à d'éventuelles indications de blanchiment de capitaux. En particulier, la recourante n'a pas identifié les risques éventuels liés à des transactions internes entre parties liées qui, en outre, n'avaient pas un objectif économique apparent. Ainsi, le devoir d'accorder une attention particulière à tous les complexes de transactions d'une certaine importance ou présentant des particularités atypiques a été ignoré à plusieurs reprises. Limiter les éclaircissements aux déclarations orales, aux documents sans importance, voire manquants, en dépit de diverses indications défavorables, est clairement insuffisant au regard de l'obligation de fournir des éclaircissements

supplémentaires pour les transactions à haut risque et viole gravement l'article 14 OBA-FINMA et l'article 17 OBA-FINMA 2002.

Enfin, il est ressorti de la procédure qu'en l'espace de deux ans, 192 alertes avaient été générées par le système Siron@AML et que la recourante n'avait fait rapport au MROS que récemment lorsque le scandale du 1MDB SWF a éclaté au printemps 2015. A cet égard, il est essentiel de noter qu'aucune documentation n'a été fournie pour prouver qu'une communication au MROS a été effectuée ou qu'une décision a été prise sur le maintien de relations douteuses en vertu de l'article 29 OBA-FINMA, ce qui témoigne du manque de sensibilité de la BSI au risque dans la gestion et le maintien des LT.

8.1.2 La recourante affirme qu'elle n'était pas en mesure de se protéger contre la conduite criminelle de certains de ses employés. Comme les accusations portées par le Département des affaires commerciales de Singapour l'ont montré, l'employé concerné a non seulement dissimulé des informations à la direction du BSIS et à BSI, mais a également été accusé d'avoir frauduleusement trompé BSI, ainsi que d'avoir falsifié des signatures dans l'intention de faire croire que la documentation avait été signée au nom du BSIS.

En ce qui concerne la classification de M._____ comme PEP, la recourante reconnaît qu'elle a manqué à ses obligations en ce qui concerne le compte "N._____". (voir considérant 8.3.1.2), précisant toutefois qu'elle avait remédié à cette lacune dès qu'elle a été connue. La raison de cette classification temporaire comme non-PEP serait qu'il n'y avait aucune indication que M._____ était politiquement impliqué ou qu'il était associé à des figures politiques importantes.

8.4.2.1 Par écrits du 19 décembre 2014 à C._____ et B._____, la recourante a communiqué la nécessité d'avoir tous les détails concernant les placements sous-jacents, notamment AA._____, T._____ et U._____, afin de pouvoir identifier les parties impliquées dans les transactions, ainsi que leur but ou objectif ... Le 29 janvier 2015, la recourante elle-même a reconnu qu'elle n'avait pas été en mesure d'obtenir ces informations essentielles (voir considérant B.f). Compte tenu de la nécessité de disposer de ces informations avant d'approuver l'ouverture des comptes LT ou du moins avant d'effectuer les transactions y afférentes, il est peu probable que la recourante, en tant que banque agréée active au niveau international, n'ait pas pris conscience de ces lacunes et il est inacceptable qu'elle ait attendu les informations reçues de la FINMA dans le cadre du contrôle prudentiel intensif auquel elle a été soumise depuis décembre 2013.

En tout état de cause, c'est précisément au cours de cette surveillance, notamment après l'obtention du rapport A._____ et des mises à jour "*Large transactions - Status Update*" ..., que la FINMA a pu se faire une idée suffisamment précise de la manière dont les LT ont été mises en œuvre et de leur nature problématique au regard du droit prudentiel, ce qui a conduit à l'ouverture de la procédure d'enforcement, qui a conduit à la décision dont est recours.. Il est donc incompréhensible que la recourante puisse définir l'ouverture de la procédure d'enforcement comme "inattendue" et en violation du principe de bonne foi..... En effet, la surveillance et la procédure d'enforcement sont deux phases différentes dans la mise en œuvre du droit de la surveillance, qui relèverait en premier lieu de la responsabilité de l'intermédiaire financier, de façon autonome

c'est-à-dire sans l'assistance ou le conseil de la FINMA (voir considérant 8.2.1). En outre, au début de la surveillance prudentielle intensive, la recourante n'a pas été en mesure de fournir à la FINMA les informations nécessaires sur l'objet, l'objet et les antécédents des LT, car elle ne les avait pas.

En outre, au cours du suivi de la surveillance, la recourante aurait pu, de sa propre initiative, suspendre l'exécution d'autres LT jusqu'à ce qu'elle ait obtenu les informations qui lui étaient dues et proposer à ses clients LT de fermer leurs comptes en cas de défaillance de leur part, comme ce fut le cas en 2015. Sur la base de ces éléments, il est apparu nécessaire d'effectuer la surveillance pendant une certaine période, c'est-à-dire de décembre 2013 à juillet 2015.

8.4.3 Enfin, en ce qui concerne le comportement de certains employés du BSIS, les accusations portées contre l'employé BB._____, mentionnée par la recourante, il est important de souligner que la FINMA ne les attribue pas à la recourante, mais lui reproche de ne pas avoir effectivement contrôlé, sur la période allant de novembre 2011 à avril 2015, la gestion des LT, qui a été assurée, de manière indissociable, par Lugano et Singapour, impliquant ainsi la structure du groupe de la recourante (voir considérant 8.3.2.2 et 8.3.2.3). Le comportement des employés individuels ne dispense pas BSI de ses obligations de surveillance. En effet, il n'est pas tant question de l'action concrète de ces salariés que le système de contrôle interne, tel que décrit dans la circulaire 08/24 (voir considérant 8.2.3), et son efficacité en termes de gestion proactive et préventive des risques, ainsi que l'obligation, imposée par l'article 25 OBA-FINMA 2010, de sélectionner du personnel intact et adéquatement formé (voir considérant 8.2.2.8).

8.5 Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal conclut que la recourante a agi trop tard en ce qui concerne l'obligation légale d'identifier immédiatement l'objet, le but et l'arrière-plan des comptes et opérations relatifs aux LT, ne démontrant ainsi pas l'attitude proactive et critique requise dans la lutte contre le blanchiment de capitaux (voir considérant 8.2). La recourante a donc commis une omission prolongée pendant plusieurs années, en violation d'une obligation légale claire..

10.1.1

.....

En ce sens, bien qu'il puisse apparaître que la recourante a rempli ses obligations formelles en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, en mettant en place un service de conformité dédié, en promulguant des directives internes dans ce domaine et en mettant en place d'un système de détection des opérations comportant des risques accrus, compte tenu des violations de grande ampleur, systématiques et avérées détectées sur une longue période, il en découlerait un déficit manifeste d'organisation et de contrôle, tant dans les processus de gestion que dans le contrôle des risques découlant des LT.

En outre, la détection des risques devrait être jugée insuffisante, étant donné que, jusqu'en 2014, BSI ne disposerait pas d'une structure de contrôle institutionnalisée, d'une approbation et d'un suivi spécifiques capables de vérifier, gérer et identifier de manière adéquate les risques liés aux travaux réalisés dans le cadre des LT. Ce n'est que des années après le début de l'activité, notamment à la suite de demandes

extraordinaires et d'audits commandés par la FINMA, que la recourante a progressivement mis en œuvre les procédures et contrôles internes appropriés. Cela signifie que la recourante et les organes responsables de la gestion de BSI (GEB et BoD) n'étaient pas conscients des risques juridiques et de réputation importants qu'ils avaient encourus, sauf à partir de fin 2014.

Aussi en ce qui concerne les obligations en matière de surveillance globale des risques juridiques et de réputation, la FINMA note qu'il n'y a pas d'échange systématique et régulier entre le BSIS et BSI sur les LT. Elle rappelle également que la question des fonds souverains devait être présentée au GEB en mars 2013. Toutefois, des rapports plus cohérents ne seront soumis à l'organe exécutif suprême du groupe qu'à partir d'avril 2014. La recourante n'a donc pas fourni en temps utile aux organes de contrôle interne des informations sur la relation d'affaires LT.

Du point de vue de la gestion de l'entreprise et de la surveillance des relations entre la société mère et la filiale étrangère, le tableau général serait un état aussi dégénéré que possible. Il y aurait en fait une double culture claire d'entreprise, qui pourrait être définie comme l'existence d'une "banque au sein d'une banque". En raison de divers événements, il y aurait eu des infractions graves au droit de la surveillance, ce qui démontre l'incapacité effective de la société mère et de sa direction à surveiller la filiale. La vue d'ensemble de l'activité LT aurait également mis en lumière un tableau dans lequel BSI, poussée par les exigences et les attentes élevées de ses clients, aurait été tenue en échec et mise dans une situation de réelle impasse. A cet égard, il serait incontestable que la surveillance et le contrôle des risques ne puissent en aucun cas être faussés par l'urgence d'une transaction ou par l'importance d'un client.

En outre, l'autorité inférieure conclut que la politique de rémunération n'est pas appropriée. La procédure a montré que le montant et le système de rémunération du gestionnaire et de la direction locale de BSIS constituaient une incitation à prendre des risques excessifs, à enfreindre la loi et les directives en vigueur et à poursuivre le seul objectif d'augmenter les revenus générés par les clients, sur la base desquels leur rémunération serait alors calculée. A cet égard, il convient de noter que les organes responsables de la direction générale, de la supervision et du contrôle avaient proposé, approuvé et toléré un tel système de rémunération. L'appétit accru pour le risque de BSI sur le marché transfrontalier aurait également résulté de la situation et des événements survenus sur la place financière suisse et internationale à l'époque et dans un passé récent, lorsque ces événements se sont produits. Comme preuve de l'incapacité de la direction à superviser les activités de son personnel, il y aurait le rôle actif de BSI pour aider ses clients à atteindre leurs objectifs. Le comportement de BSI, combiné à l'absence d'un système adéquat de surveillance et de sanctions, a exposé la recourante à des risques juridiques et de réputation considérables et a finalement confirmé l'existence d'une attitude intolérable, axée sur les opportunités commerciales et sur le profit, sans se soucier des risques.

Enfin, la recourante a gravement enfreint le droit de la surveillance, notamment en ne procédant pas à des contrôles adéquats et en n'assurant pas le suivi des points critiques correctement identifiés par le GEB et le conseil d'administration, mais qui n'ont pas été correctement résolus et contrôlés.

10.1.2 Dans son recours, la recourante fait valoir que la présentation, faite par la FINMA comme étant celle d'un établissement essentiellement dysfonctionnel dont les organes de gestion et de contrôle ont donné la priorité à tout prix à l'activité économique par rapport au respect de la compliance, en violation flagrante du principe d'organisation adéquate et de bonne gestion des risques, ne se justifie en rien et doit être mise en perspective sous plusieurs aspects. Elle n'a pas toléré passivement, ni fermé les yeux sur la conduite de ses employés. Au contraire, les organes directeurs de BSI ont toujours été guidés et persuadés de manière plausible par les réponses claires des responsables, tant du côté business que de la conformité. En outre, les LT auraient été évalués plusieurs fois avec l'aide de consultants externes, notamment des cabinets d'audit tels que A.____, D.____ et F.____, des cabinets d'avocats tels que G.____ et des sociétés actives dans le domaine de la communication, ainsi que le GIA.

Ces appréciations n'auraient jamais soulevé de questions spécifiques indiquant des infractions graves au droit administratif et réglementaire, ou à d'autres règles. Sur la base de ces évaluations, la direction de BSI n'a jamais eu ou n'aurait jamais pu avoir l'impression que des infractions graves aux règles anti-blanchiment avaient été commises. Si les organes de contrôle avaient fait des recommandations à BSI, BSI les aurait traitées et mises en œuvre. Par conséquent, l'affirmation de la FINMA selon laquelle la recourante a agi passivement et n'a pas procédé aux évaluations nécessaires montre à quel point l'autorité inférieure n'a pas tenu compte des différentes mesures correctives prises par BSI. A cet égard, la recourante mentionne le rapport A.____, indiquant qu'elle a mis en œuvre presque toutes les mesures correctives recommandées par A.____. Cette mise en œuvre de toutes les recommandations, à l'exception de celle concernant l'évaluation des risques, a été confirmée par A. ____ à la FINMA le 10 novembre 2014.

Par ailleurs, la recourante indique qu'en 2014, elle a chargé D.____ de vérifier la conformité de l'ouverture des comptes intervenues en cours d'année avec ses directives internes. Dans son rapport "*Projet Bravo 2 - Factual Findings Reports*" du 23 juin 2014 (ci-après : rapport D.____ 2014 ; voir appel, annexe 11), D.____ a confirmé la conformité de l'ouverture des comptes relatifs aux LT aux directives de la Banque (voir paragraphe 8.2.4) et n'a soulevé aucune question à cet égard. Par conséquent, la recourante et sa direction, n'ayant aucune indication de déficiences alléguées dans l'organisation et la gestion appropriées des risques, auraient toujours été de bonne foi convaincus qu'ils agissaient conformément au droit suisse. En outre, en ce qui concerne les LT, la recourante a été en contact permanent avec la FINMA sur l'évolution de l'affaire, ainsi que sur les mesures correctives qui lui ont été demandées. Il n'est donc pas compréhensible que l'autorité inférieure ait évalué la situation comme si la recourante n'avait eu connaissance des méfaits présumés de certains clients à l'égard des LT que lorsque cette information a été rendue publique.

La recourante fait également valoir que la FINMA n'a pas exigé que A.____ apporte des modifications importantes au plan d'audit annuel entre 2013 et 2015, ne soulevant ainsi pas de questions spécifiques et graves concernant la gestion des risques de BSI et le respect des LTs. Il s'agit plutôt d'un changement d'opinion soudain, qui n'a pas donné à la recourante la possibilité de penser que l'autorité inférieure prononcerait une sanction, qui était également si sévère.

Enfin, la recourante souligne qu'à l'époque des faits, le BSI et ses organes dirigeants n'avaient pas, et ne pouvaient pas avoir, connaissance de l'ensemble de la situation relative aux LT. Les circonstances se sont aggravées et ce n'est que plus tard qu'elles sont apparues. C'est pourquoi la FINMA a fondé sa décision sur un examen ex post, sans tenir compte des circonstances à chaque moment donné.

10.3.1 Le Tribunal considère que le rapport A._____ analyse la structure organisationnelle de l'appelante en ce qui concerne la gestion des LT, notant que, bien que l'appelante ne disposait pas d'une structure organisationnelle spécifique dédiée aux LT, ces dernières pouvaient être considérées comme adéquates à condition que le nombre de LT reste plus ou moins le même que le nombre qui pouvait être mesuré en novembre 2013 (voir IP/09/1505). A._____ pages 15 et 16), soit environ 2,4 milliards d'USD (voir considérant 10.2.3.4). Concrètement, par rapport à ce dernier, le capital géré par le biais des comptes LT ouverts auprès de la BCU (Booking Centre Unit) de Lugano n'a pas subi de modifications majeures, ni à la fin de 2014 ni à la fin de mars 2015.

Toutefois, comme l'a souligné à juste titre la FINMA, il convient de faire la distinction entre la compliance, en tant que structure organisationnelle au sens large, comprenant le service de surveillance interne (en particulier le CCC, le ORCC et le CAC), les règlements internes (en particulier la directive MLA) et le système Siron@AML, et la *due diligence* concrète, c'est-à-dire obtenir les informations nécessaires pour l'ouverture des comptes LT et pour la réalisation des opérations correspondantes, conformément à la loi.

Compte tenu de cette distinction fondamentale, le fait de ne pas demander et d'obtenir à temps les informations nécessaires sur les investissements sous-jacents représente en fait un problème de due diligence dans les relations avec les sociétés B._____, S._____ et C._____, détenues par les fonds souverains 1MDB SWF et Abu Dhabi SWF. Par conséquent, la recourante ne disposait pas de la structure de contrôle interne, qui fait partie de la structure organisationnelle au sens large, imposée par la LB, l'OB et la circulaire 08/24. En effet, les défaillances du travail quotidien de due diligence avec ces sociétés, et donc avec les fonds souverains, sont la conséquence de défaillances structurelles, fonctionnelles et/ou organisationnelles au sein du Groupe BSI.

10.3.2 Par ailleurs, compte tenu du type de relation d'affaires, de la durée des LT (de novembre 2011 à avril 2015), du caractère public des fonds déposés et transférés (fonds souverains), de l'ordre de grandeur des sommes déposées et transférées (centaines de millions USD, voire milliards), de l'implication des PEP (LTJ, TKL et M._____), de la participation des entreprises situées dans des juridictions offshore (BVI et Curaçao) ainsi que de l'augmentation des informations négatives circulant notamment sur 1MDB SWF et LTJ pour la première fois depuis début 2013 (BSI GIA 15 005 p. 15 à la fin), et de l'incapacité de la recourante à détecter de manière autonome et à remédier rapidement aux lacunes (constatées ultérieurement par la FINMA) dans le cadre de la due diligence, il y avait pour la recourante, comme groupe, des problèmes organisationnels et structurels qui entravaient le bon fonctionnement du due diligence au regard de la gestion des LT.

10.3.3 En outre, en ce qui concerne la clôture des comptes LT et SWF, il est important de garder à l'esprit que la recourante elle-même reconnaît la problématique, en signalant à

la FINMA dans une lettre datée du 14 février 2014, que ultérieurement sur la base des "informations complètes" fournies par le GEB et A. _____, et du plan d'action et de l'évaluation des risques soumis, le conseil d'administration a décidé à l'unanimité de maintenir les relations appelées LT (recours, annexe 14). Par la suite, toutefois, dans une lettre datée du 19 décembre 2014, la recourante a communiqué la décision du conseil d'administration du 16 décembre 2014 de clore définitivement les relations LT et les relations avec 1MDB SWF si les informations complémentaires demandées aux clients ne sont pas satisfaisantes et complètes En conclusion, le conseil d'administration du 29 janvier 2015 a décidé de mettre fin à la relation avec le fonds souverain 1MDB et non, comme l'indique la recourante à tous les comptes et à tout type de relation liée aux LTs (appel, point 23).

Par conséquent, le fait que la recourante communique qu'en l'absence des informations demandées, elle clôturerait définitivement les rapports LT indique l'importance de ces informations, sans lesquelles ces rapports n'auraient pas dû être établis ou les opérations susmentionnées effectuées. Toutefois, l'argument de la recourante selon lequel elle aurait réagi dès que l'absence d'informations de base aurait été constatée ne justifie pas les manquements graves à la collecte de ces informations en temps utile, c'est-à-dire à l'ouverture de comptes, et les violations graves des obligations de diligence raisonnable et du principe de la bonne gestion des risques qui en découlent.

10.3.4 Enfin, en ce qui concerne le rapport D._____ 2014, le Tribunal relève que la conformité de l'ouverture des comptes avec les directives internes, tout comme la non conformité, ne constitue pas le fondement juridique permettant d'apprécier l'existence de violations graves du contrôle. Par conséquent, l'argument selon lequel D._____ a confirmé la conformité de l'ouverture des comptes LT avec les directives de la Banque ne permet pas de démontrer une gestion adéquate des risques, ni la violation imputée.

10.4 Compte tenu des caractéristiques des LT décrites ci-dessus, qui indiquent clairement leur niveau élevé de risque du point de vue du blanchiment de capitaux, ces problèmes organisationnels et structurels peuvent être qualifiés de graves. La Cour constate donc que le système de contrôle interne du groupe BSI est inadéquat en termes de conformité et de diligence raisonnable dans la mise en œuvre des LT, ce qui conduit à une violation grave du principe d'une gestion adéquate des risques.

11.1.1 Quatrièmement, dans la décision attaquée, la FINMA fait valoir qu'en raison des manquements susmentionnés dans l'identification, la limitation et le contrôle des risques ainsi que le respect des obligations de diligence dans la conduite des affaires avec les clients LT à partir de 2010, la recourante et ses collaborateurs ont été exposés à des risques juridiques et de réputation élevés et répétés. Ces manquements indiquent un manquement à l'obligation de garantie de l'activité irréprochable prévue à l'article 3 al. 2 lit. c LB et, par conséquent, une violation grave des dispositions prudentielles pendant la période en question.... En outre, il convient de noter qu'au terme de son inspection de la filiale en 2015, le MAS a constaté de très graves déficiences en attribuant la note la plus basse disponible et a constaté que les organes du BSIS n'étaient pas irréprochables pendant la période sous revue.

11.1.2 Selon la recourante, prétendre qu'une violation des dispositions légales entraîne une violation de l'exigence d'activité irréprochable priverait cette disposition de tout

sens et de toute valeur. En outre, la FINMA ne prétend à aucun moment que l'infraction à l'article 3 al. 2 lit. c LB doit être qualifiée de grave ou que tel est le cas.

...

11.3 Compte tenu de ce qui a été exposé, en ce qui concerne les manquements graves aux obligations de diligence (considérants 8.5 et 9.3) et au principe de bonne gestion des risques (considérants 10.4) les activités de la recourante sont contraires à la garantie de l'activité irréprochable.....

12. Au vu de ce qui précède, la Cour conclut que la recourante a gravement violé son devoir de diligence dans la lutte contre le blanchiment de capitaux, en particulier l'obligation de clarifier et de documenter le principe de bonne gestion des risques et la garantie de l'activité irréprochable. Contrairement à ce qu'affirme la recourante, l'autorité inférieure a établi les faits de manière exacte et complète en ce qui concerne la question préjudicielle relative aux violations graves des obligations de contrôle susmentionnées.

...

13.1.1 En l'espèce, la FINMA a estimé le bénéfice à confisquer à CHF 95'000'000. A cet égard, elle indique que la recourante a été invitée à présenter ses observations sur une éventuelle confiscation du bénéfice réalisé au cours de la période 2011-2015 au niveau du groupe, à quantifier en détail les revenus et à indiquer les coûts de production qui y sont associés. Toutefois, ces derniers auraient été énumérés de façon absolument générique. Cela ne permettrait pas à l'autorité inférieure d'examiner précisément le fondement de ces derniers, en particulier s'ils sont directement liés à la réalisation des bénéfices découlant des violations auxquelles elles sont liées. Étant donné que la charge de la preuve incombe à la partie qui réclame les frais à déduire, la FINMA conclut qu'ils ne peuvent être reconnus comme frais déductibles.

Sur la base de ce qui précède, la FINMA déclare qu'elle peut confisquer la totalité du bénéfice brut de CHF [...] millions. Toutefois, si les déductions insuffisamment justifiées devaient être prises en compte en partie, le montant à confisquer serait de CHF [...] millions. Par conséquent, l'autorité inférieure estime qu'il est juste d'estimer le montant de la confiscation à CHF 95'000'000.

En outre, compte tenu de la gravité du non-respect constaté dans le cadre des relations commerciales avec les clients brésiliens, l'autorité inférieure disposerait de preuves suffisantes pour confisquer les bénéfices réalisés à cet égard. La FINMA annonce toutefois qu'elle y renonce, en application du principe de proportionnalité et compte tenu du montant déjà confisqué au titre des LT.

Dans sa réponse au recours, l'autorité inférieure indique que, sur la base des informations fournies par la recourante dans sa lettre du 6 mai 2016 ..., il aurait inévitablement été clair pour la recourante que le montant qui pourrait être confisqué pourrait théoriquement varier entre CHF [...] millions ("net result") et CHF [...] millions ("revenues"). L'autorité inférieure ne voit pas en quoi les coûts liés à un choix stratégique de BSI et ses conséquences, ainsi qu'à l'intégration dans EFG ou à des échanges de correspondance entre BSI et la FINMA concernant les LT, pourraient modifier le fait que, pendant cette période, la recourante a provoqué une grave distorsion de concurrence, qui doit être compensée.

13.1.2 Selon la recourante, la FINMA a commis une erreur en affirmant que, compte tenu des actifs librement disponibles de CHF] millions au 31 décembre 2015, le montant à confisquer, d'un point de vue opérationnel, serait soutenable pour BSI. L'autorité inférieure n'a pas tenu compte du fait que, dans les jours qui ont suivi son annonce et la conférence de presse du 24 mai 2016, de nombreux clients de BSI avaient retiré des capitaux de l'ordre de milliards de CHF. Cela aurait non seulement nui à cette dernière, mais l'aurait également exposée à de graves problèmes de liquidité. Il suffit de dire qu'entre le 24 mai 2016 et le 16 juin 2016, la recourante a subi un "Net New Money (NNM)" négatif de CHF [...] millions en raison des retraits et résiliations de clients.

La recourante n'a pas eu la possibilité de présenter ses observations sur l'estimation établie par la FINMA avant que le montant de la confiscation ait été fixé par la FINMA. En outre, la FINMA n'a pas précisé de manière suffisamment détaillée comment elle avait déterminé le montant à confisquer et n'a pas étayé et prouvé les raisons pour lesquelles il était objectivement impossible ou déraisonnable de déterminer le bénéfice avec précision.

En ce qui concerne les recettes déterminantes de la recourante, la recourante fait valoir que l'autorité inférieure n'a pas fait de distinction entre les recettes provenant d'opérations bancaires normales et légales et les recettes éventuelles provenant de la violation grave des obligations prudentielles. En outre, il n'y a pas de lien de causalité entre le total des recettes au cours de la période considérée et les violations alléguées des dispositions légales. Même si l'autorité inférieure avait pu établir un tel lien, celui-ci aurait dû être nié pour les revenus générés par l'activité bancaire habituelle. Les coûts de CHF [...] millions réclamés par la recourante comme déductibles du bénéfice correspondant sont décrits plus en détail dans le recours...

13.2

13.2.1 En ce qui concerne la définition du bénéfice au sens de l'art. 35 al. 1 LFINMA, le Tribunal fédéral a précisé qu'il n'est pas fondé sur une définition de bénéfice comme différence entre les revenus et les coûts, telle que développée dans le cadre de la limitation des droits en matière d'enrichissement injustifié (art. 62 ss CO) ou d'usurpations dans le cadre de la "unechten Geschäftsführung ohne Auftrag" conformément à l'art. 423 CO..... Le bénéfice à confisquer en vertu de l'article 423 CO est la différence entre les actifs réels de l'auteur de la violation et la valeur qu'ils auraient eue en l'absence de cette dernière. Il peut s'agir d'une augmentation de l'actif ou d'une réduction du passif, ou plutôt d'une réduction des pertes. Ce qui est décisif est le "bénéfice net". Il convient de déduire du bénéfice illégalement généré les coûts directement imputables à la transaction ou à l'omission sur laquelle la violation en question est fondée et effectivement encourus par l'auteur de la violation pour obtenir le résultat. Les frais fixes ne sont toutefois pas déductibles, car l'auteur de la violation aurait dû les soutenir, indépendamment de l'infraction (voir TF 2C_422/2018 du 20 mars 2019, considérant 2.4, avec références). Pour la confiscation des bénéfices conformément à l'art. 35 al. 1 LFINMA, seules les exigences de la disposition doivent être remplies. Toutefois, selon une interprétation systématique et historique du libellé de l'art. 35 al. 1 LFINMA, le Tribunal fédéral conclut que la détermination du bénéfice généré illégalement doit être effectuée sur la base des principes développés pour la "unechten Geschäftsführung ohne Auftrag" conformément à l'art. 423 CO...

Lors du calcul du bénéfice, la FINMA doit démontrer le calcul. Elle doit indiquer de manière transparente sur quelle croissance du patrimoine elle prend en compte et se fonde en raison de la violation des règles de surveillance, ainsi que les coûts spécifiques à déduire. Si un tel calcul n'est pas possible ou s'il est disproportionné, la FINMA peut procéder à une estimation

13.2.2 La possibilité de procéder à une estimation en vertu de l'article 35 al. 3 LFINMA a été introduite afin d'éviter que la confiscation ne soit rendue impossible par le fait que le montant à confisquer ne peut être calculé (FF 2005 2679). Selon la doctrine, du point de vue de la proportionnalité, les conditions permettant d'admettre le calcul du montant à confisquer, en retenant l'existence de "moyens disproportionnés", doivent être interprétées d'une manière rigoureuse. Elle précise qu'il n'est pas déraisonnable que la FINMA vérifie en détail les comptes de l'établissement visé par la confiscation, si nécessaire avec l'aide de spécialistes, et procède, si nécessaire ou souhaitable, à une expertise. En outre, une certaine durée du processus de détermination du montant à confisquer, ainsi que les coûts y afférents, ne justifie pas en soi le recours à l'option de l'estimation. Enfin, l'impossibilité du calcul exact du montant à confisquer ne peut porter que sur des postes individuels de profit et de coûts, de sorte que toute estimation serait fondée uniquement sur ces éléments

A cet égard, la doctrine souligne que ni le texte de la LFINMA ni les travaux préparatoires n'expliquent comment l'estimation doit être réalisée. Afin de remédier à ce manque d'indications, il est nécessaire de se référer aux règles d'estimation, généralement reconnues dans les différents secteurs, publiées par les organisations professionnelles ou interprofessionnelles, par exemple dans le domaine de l'évaluation des immeubles ou des entreprises. La doctrine ajoute que la FINMA doit exposer aussi ouvertement que possible les bases sur lesquelles reposent ses estimations, calculs ou hypothèses, afin que la personne concernée puisse exercer son droit d'être entendue.

13.3 En ce qui concerne le calcul du bénéfice à confisquer, la FINMA déclare qu'en l'absence d'informations suffisamment précises et détaillées sur les revenus et les frais présentés par la recourante, une estimation du montant à confisquer serait nécessaire conformément à l'article 35 al. 3 LFINMA.

13.3.1 A cet égard, la Cour relève qu'en vertu de cette disposition légale, en l'absence des informations nécessaires au calcul du montant à confisquer, la FINMA aurait dû poursuivre l'instruction de l'affaire en fonction de ses propres besoins. En particulier, la FINMA aurait dû exiger de la recourante qu'elle fournisse les informations nécessaires à un calcul précis du montant à confisquer, par exemple en fixant un délai d'exécution, avant d'opter pour une estimation du montant à confisquer. L'argument de la FINMA concernant la charge de la preuve ne l'exempte pas de collecter ou du moins d'essayer de collecter les informations nécessaires en instruisant le dossier de façon détaillée. Par conséquent, étant donné que BSI a fourni les données demandées par la FINMA et que cette dernière ne s'est plus manifestée, la recourante a pu considérer de bonne foi qu'elle avait rempli ses obligations.

Par ailleurs, en ce qui concerne les documents présentés par la recourante, la FINMA se prononce, dans la procédure de recours, de manière trop limitée sur le rapport du CC. _____ du 21 juin 2016..... En outre, la FINMA n'évoque pas le document comptable

"Aperçu des coûts de BSI et de BSI Bank Limited (2011-2015)" fourni par le recourante dans son recours Ce document détaille les coûts allégués associés à la gestion des comptes LT et LTJ avec le groupe. A cet égard, dans le cadre de son droit de réponse, la FINMA aurait eu la possibilité de revoir la manière dont elle a fixé le montant à confisquer, ce qui lui a permis de clarifier, avec la coopération active de la recourante, tous les aspects problématiques susmentionnés. Plus précisément, l'autorité inférieure aurait dû adopter une position plus détaillée sur ce que la recourante avait fourni dans son recours.

13.3.2 En l'absence d'investigations complémentaires de la FINMA et sur la base des documents disponibles, en particulier de la décision attaquée et de la réponse au recours, il est incompréhensible que l'autorité inférieure n'ait pas calculé le montant exact à confisquer, éventuellement en estimant certains éléments du bénéfice et/ou du coût, mais qu'elle ait préféré une estimation globale en général.

Par conséquent, en l'absence d'explications quant au choix de procéder à une estimation, en ce qu'elle n'a pas recueilli ou tenté de recueillir toutes les informations nécessaires pour effectuer un calcul exact du montant à confisquer, et en l'absence de position sur les éléments présentés par la recourante (demande, points 49, 50 et 53), la FINMA n'a pas respecté les exigences de l'article 35 al. 3 LFINMA. Par conséquent, la décision attaquée ne satisfait pas aux exigences de l'article 35 al. 3 LFINMA.

13.4 En ce qui concerne l'estimation faite, la FINMA ne considère comme acceptables que quelques chiffres fournis par la recourante, qualifiant l'estimation d'équitable, sans toutefois en expliquer les raisons.

13.4.1 En l'espèce, en ce qui concerne l'absence d'explications détaillées sur l'estimation faite, la FINMA ne permet pas de comprendre les règles généralement admises dans le secteur économique, qui l'auraient inspirée pour estimer le montant à confisquer, ni la méthode qui l'aurait guidée dans sa démarche.

En outre, si l'on considère la complexité de l'affaire et l'importance de la somme à confisquer, il est frappant de constater que la FINMA a réglé la question des frais à déduire en quelques paragraphes La justification apparente de cette sévérité, à savoir la référence à un prétendu défaut de production par la recourante des éléments de preuve nécessaires à l'établissement des coûts déductibles, ne peut être approuvée. Par ailleurs, une comparaison entre le recours et la réponse montre que la FINMA, en ne se confrontant pas en détail aux annexes 50 et 52 du recours, n'a pas remédié à cette lacune dans la décision attaquée. A cet égard, étant donné que la FINMA aurait pu, et aurait dû, collecter les données contenues dans ces annexes avant de déterminer le montant à confisquer, ces annexes et les arguments qui les entourent ne constituent pas des "éléments nouveaux" En tout état de cause, même s'ils étaient nouveaux à la FINMA, les annexes ont été jointes au recours et doivent donc être prises en compte ici En outre, s'il est vrai que "la plupart des frais avancés constituent une estimation", cela ne signifie pas qu'il soit justifié d'opter pour une estimation complète du bénéfice total qui peut être confisqué au lieu de le calculer aussi précisément que possible, en utilisant, le cas échéant, l'estimation des éléments de coût déductibles individuels.

En outre, la Cour relève que la FINMA considère que les chiffres fournis par la recourante sont globalement acceptables, ce qui indique que les recettes auraient été générées d'une manière causale (naturelle et appropriée) par rapport aux infractions graves commises. La FINMA ne l'a pas fait avec les coûts, sans entrer dans les détails. En outre, c'est la FINMA elle-même qui affirme que certaines relations n'auraient pas dû être partiellement ouvertes, ce qui montre que certaines d'entre elles auraient pu l'être. Par conséquent, les détails de l'estimation faite sont nécessaires pour que l'estimation soit compréhensible.

En outre, à titre de preuve du caractère approximatif du montant de la confiscation, fixé à CHF 95'000'000, la Cour fait état de la renonciation par la FINMA à la confiscation des bénéfices générés dans le cadre de violations graves dans la gestion des relations commerciales avec des clients brésiliens. La raison invoquée pour cette renonciation indique que l'autorité inférieure s'est davantage concentrée sur le montant qui pouvait être confisqué que sur le bien-fondé et l'exactitude de ce dernier. Dans le cas contraire, il n'y aurait eu aucune raison de renoncer à une telle confiscation, à moins que l'autorité ne l'ait incluse, sans le préciser, dans les CHF 95'000'000. En tout état de cause, les observations de la FINMA sur les relations avec les clients brésiliens et les bénéfices générés par les graves violations en relation avec ces relations sont une indication supplémentaire du manque de clarté et de transparence dans le calcul du montant qui peut être confisqué.

Enfin, la Cour n'est pas en mesure de reconstituer le raisonnement qui a conduit la FINMA à déterminer le chiffre de CHF 95'000'000. La moyenne ne représente pas, par exemple, la valeur moyenne, qui serait plus élevée, entre les coûts et les revenus des entités en question.

13.4.2 Compte tenu de ce qui précède, en l'absence d'explication sur les règles et la méthode de calcul du montant à confisquer, la décision attaquée ne satisfait pas aux exigences de l'art. 35 al. 3 FINMA. A la lumière de ces considérations, l'estimation faite par la FINMA n'est pas compréhensible, d'autant plus que l'exécution d'un calcul aussi exact que possible du montant à confisquer est possible et exigible.

13.5 Par conséquent, la FINMA n'a pas seulement enfreint les dispositions de l'article 35 de la LFINMA, telles qu'elles sont énoncées dans la jurisprudence et la doctrine, en ce qui concerne le choix de procéder à une estimation du montant à confisquer, mais également en ce qui concerne la détermination des frais déductibles, et donc le bénéfice net. La décision attaquée doit donc être annulée dans la mesure où elle concerne le montant à confisquer.