

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