

BVGer B-4779/2023 vom 5. Dezember 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-12-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4779_2023

FR: TAF B-4779/2023 du 5 décembre 2023

IT: TAF B-4779/2023 del 5 dicembre 2023

Regeste

Surveillance des marchés financiers (divers)

Erwägungen

E. 1.1

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

E. 1.2

À teneur des art. 31 et 33 let. e LTAF en relation avec l'art. 54 al. 1 de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA, RS 956.1), le Tribunal administratif fédéral est compétent pour juger des recours contre les décisions rendues par la FINMA. L'acte attaqué constitue une décision au sens de l'art. 5 al. 1 PA. Le tribunal de céans est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

E. 1.3

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

E. 1.4

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

E. 2

La recourante invoque tout d'abord la constatation inexacte et incomplète des faits pertinents au sens de l'art. 49 let. b PA

E. 2.1.1

En vertu de l'art. 12 PA, l'autorité constate les faits d'office et procède s'il y a lieu à l'administration de preuves. La constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents se présente comme l'un des motifs de recours (art. 49 let. b PA). La constatation des faits effectuée par l'autorité compétente se révèle incomplète lorsque toutes les circonstances de fait et les moyens de preuve déterminants pour la décision n'ont pas été pris en compte. Elle est inexacte lorsque l'autorité a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, par exemple parce qu'elle a à tort nié le caractère pertinent d'un fait (cf. Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 2013, n° 1043 et la réf. cit.) ; c'est également le cas lorsqu'elle a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en

contradiction avec les pièces par exemple (cf. Benoît Bovay, Procédure administrative, 2e éd. 2015, p. 566). Sont déterminants au sens de la disposition précitée les faits décisifs pour l'issue du litige (cf. Benjamin Schindler, in : Kommentar VwVG, 2e éd. 2019, art. 49 n° 30).

E. 2.1.2

Les résultats issus d'expertises privées réalisées sont soumis au principe de la libre appréciation des preuves et considérés comme de simples allégués de parties (cf. ATF 142 II 355 consid. 6 et 141 IV 369 consid. 6 ; arrêts du TAF B-2798/2018 du 16 février 2021 consid. 11.3.5.6.1, B-4669/2013 du 30 octobre 2019 consid. 11.5.2).

E. 2.2.1

Dans ce contexte, la recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir en particulier ignoré [...]. En substance, la recourante estime que l'appréciation de la FINMA, en particulier la pondération des intérêts en présence, est viciée car fondée sur des faits inexacts et incomplets.

E. 2.2.2

S'agissant des analyses effectuées par les études d'avocats [...] mandatées par la recourante, il y a lieu de constater en premier lieu qu'elles se qualifient de simples allégués qui ne sauraient lier ni la FINMA ni le tribunal de céans. Nonobstant cela, la FINMA n'a nullement ignoré les craintes émises par la recourante et les analyses susmentionnées quant aux réactions [...] susceptibles de se produire. Elle les a prises en considération dans son appréciation et la pesée des intérêts. [...] Les faits retenus ne sont donc nullement erronés.

E. 2.2.3

Enfin, lorsque la FINMA affirme que le maintien de la confidentialité du résultat de la procédure d'enforcement est improbable compte tenu de [...], il s'agit d'une appréciation juridique et non de l'établissement d'un fait. Ce grief sera examiné plus avant.

E. 2.3

Compte tenu de ce qui précède, aucun reproche ne peut être fait à l'autorité inférieure sous l'angle de la constatation des faits. Le grief de la recourante doit donc être rejeté.

E. 3

La recourante invoque la violation du droit fédéral et, en premier lieu, des art. 22 et 34 LFINMA.

E. 3.1.1

Selon l'art. 22 al. 1 LFINMA, la FINMA informe le public au moins une fois par an sur son activité et sa pratique en matière de surveillance. Conformément à l'alinéa 2 de cet article, la FINMA ne donne aucune information sur des procédures particulières à moins que la communication d'une information ne réponde à une nécessité dictée par le droit de la surveillance, notamment si la communication a pour but : a. de protéger les acteurs financiers ou les assujettis ; b. de rectifier des informations fausses ou fallacieuses, ou c. de garantir la réputation de la place financière suisse. La FINMA prend en considération, dans l'ensemble de son activité d'information, les droits de la personnalité des personnes concernées (art. 22 al. 4 LFINMA).

E. 3.1.2

Selon l'art. 34 LFINMA, en cas de violation grave du droit de la surveillance, la FINMA peut publier sa décision finale, y compris les données personnelles des assujettis concernés, sous forme électronique ou écrite, à compter de son entrée en force, la publication devant être ordonnée dans la décision elle-même. La sanction de réputation du « naming and shaming » a été introduite en Suisse lors de l'entrée en vigueur de la LFINMA. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la publication au sens de l'art. 34 LFINMA est une sanction administrative répressive et une mesure préventive de protection du public, qui ne constitue toutefois pas une accusation en matière pénale, respectivement une peine au sens des art. 6 et 7 CEDH (cf. ATF 147 I 57 consid. 2.1 et 4.2 et les réf. cit.). Elle ne dépend pas d'une faute individuelle au sens du droit pénal mais de la violation grave du droit de la surveillance. Elle n'est pas axée uniquement sur le « naming and shaming » proprement dit, qui peut avoir un effet répressif ou préventif, mais vise également l'instauration de la transparence du marché comme élément essentiel du bon fonctionnement des marchés financiers (cf. ATF 147 I 57 consid. 5.4.3.3).

E. 3.1.3

La publication au sens de l'art. 34 LFINMA se distingue de l'information au public prévue à l'art. 22 al. 2 LFINMA (cf. Rayroux/Du Pasquier, in: Basler Kommentar Finanzmarktaufsichtsgesetz/ Finanzmarkt-infrastrukturgesetz, 2019, art. 22 LFINMA n° 17). Ces deux dispositions constituent une base légale permettant la diffusion d'informations sur des procédures individuelles et donc la publicité d'informations personnelles (cf. Hsu/Bahar/Flühmann, in: Basler Kommentar Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 2019, art. 34 LFINMA n° 27 ; Zufferey/Contratto, FINMA - The Swiss Financial Market Supervisory Authority, 2009, p. 130). La publication selon l'art. 34 LFINMA poursuit un but primaire de prévention générale et vise à décourager la commission de violations graves des règles du droit de la surveillance. En outre, elle poursuit un but répressif en tant que sanction contre les violations graves du droit de la surveillance. En revanche, les informations sur les procédures individuelles selon l'art. 22 al. 2 LFINMA sont toujours motivées par un besoin d'information particulier du point de vue du droit de la surveillance (cf. arrêt du TAF B-5579/2013 du 14 octobre 2014 consid. 3.4.3 [confirmé par l'ATF 141 I 201] ; Rayroux/Du Pasquier, op. cit., art. 22 LFINMA n° 17 ; Zufferey/Contratto, op. cit., p. 131). La publication selon l'art. 34 LFINMA est donc un moyen de faire respecter le droit de la surveillance. En revanche, l'art. 22 LFINMA a pour but d'informer le public (cf. Hsu/Bahar/Flühmann, op. cit. art. 34 LFINMA n°28). Le Message du 1er février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN) (ci-après : Message LFINMA, FF 2006 2741ss) expose par ailleurs qu'il ne faut pas confondre information sur les procédures en cours et publication d'une décision ayant force de chose jugée assimilable à une sanction, qui sont deux instruments distincts à disposition de l'autorité de surveillance. Il souligne que dans le cas de procédures débouchant sur la publication d'une décision ayant force de chose jugée, la diffusion d'informations devrait toutefois être admissible, avant la fin de la procédure déjà, aux conditions spécifiées à l'art. 22 al. 2 LFINMA (cf. Message LFINMA, p. 2787).

E. 3.2.1

La recourante considère que la publication d'un communiqué de presse contenant les éléments principaux de la décision équivaut matériellement à une publication partielle de cette décision et relève ainsi du « naming and shaming » prévu à l'art. 34 LFINMA,

consistant à publier tout ou partie d'une décision d'enforcement à la fin d'une telle procédure. Or, la recourante estime que, si la FINMA avait souhaité procéder à une telle publication, elle ne pouvait le faire qu'aux conditions de l'art. 34 LFINMA, ce qu'elle n'a pas fait puisqu'elle n'a pas ordonné dite publication dans la décision elle-même. Elle lui reproche de vouloir, sans base légale, prendre à son encontre une mesure correspondant en réalité à une sanction administrative, bénéficiant ainsi des conséquences répressives du communiqué de presse sans toutefois respecter les conditions posées par l'art. 34 LFINMA. En l'occurrence, il ressort clairement de la systématique de la loi et du Message LFINMA que les deux instruments à disposition de la FINMA selon les art. 22 et 34 LFINMA peuvent s'ordonner indépendamment l'un de l'autre. Au demeurant, chacune de ces dispositions constitue une base légale autorisant la FINMA à communiquer des éléments susceptibles de pouvoir atteindre les droits de la personnalité de la recourante. Il apparaît que si la FINMA a renoncé à ordonner la publication in extenso de la décision du 16 juin 2023 au sens de l'art. 34 LFINMA, cela ne remet pas encore en cause ni n'empêche la possibilité d'invoquer l'art. 22 LFINMA afin de justifier une information au public, si les conditions s'avèrent remplies.

E. 3.2.2

La publication d'un communiqué de presse, même s'il dévoile des informations relatives à l'identité de la recourante, ne saurait se confondre avec la publication d'une décision in extenso. Il convient de rappeler ici que la décision en question examine [...] en détail le comportement de la recourante et les sanctions imposées. Certes, le communiqué de presse proposé à la publication reprend les éléments principaux de cette décision et en dévoile ainsi le contenu essentiel. Il n'en demeure pas moins que la publication envisagée à l'art. 22 LFINMA se fait sous une forme brève et résumée alors que la sanction prévue à l'art. 34 LFINMA implique la publication d'une décision intégrale, contenant de nombreux détails sur les violations constatées. Il est par ailleurs permis de souligner que, in casu, le communiqué de presse souligne les efforts mis en place par la recourante et met en exergue les mesures réalisées. On comprend que la publication du communiqué de presse entraînera très vraisemblablement des effets négatifs pour la recourante. Cependant, le législateur a clairement envisagé que les communications selon l'art. 22 LFINMA pourraient également avoir un effet sur les droits de la personnalité des assujettis. Les effets pouvant en découler ont donc été pris en considération et, malgré leur caractère susceptible de se révéler négatif, ne se confondent pas avec la sanction envisagée à l'art. 34 LFINMA.

E. 3.3

Même en l'absence d'ordre de publication de la décision au sens de l'art. 34 LFINMA, la FINMA conserve ainsi la possibilité de procéder à la publication d'une information au public au sens de l'art. 22 LFINMA, pour autant que les conditions en soient remplies. Dès lors, c'est à tort que la recourante considère que la publication envisagée constitue matériellement la publication de la décision in extenso au sens de l'art. 34 LFINMA.

E. 4

Cela dit, il convient désormais d'examiner si les conditions fixées par l'art. 22 LFINMA s'avèrent remplies en l'espèce. La FINMA justifie sa volonté d'informer le public sur les manquements constatés et sanctionnés dans le but de garantir la réputation de la place financière suisse (art. 22 al. 2 let. c LFINMA). Elle souligne que la décision du 16 juin 2023 constate de [...] graves violations du droit de la surveillance, en particulier en matière de

lutte contre le blanchiment d'argent. Elle invoque l'importance de cette lutte et celle contre [...], qui figurent parmi les axes et les objectifs prioritaires de l'activité de surveillance de la FINMA. Elle explique qu'elle communique régulièrement sur cette thématique, de manière générale et dans certains cas concrets. Selon elle, l'information du public sur les violations [...] commises par la recourante est dès lors d'un intérêt public évident, dicté par le droit de la surveillance. Elle considère qu'il est nécessaire d'informer le public que de telles violations ont été constatées, que ces comportements ne sont pas tolérés et de rappeler l'importance d'une lutte effective contre le blanchiment d'argent par tous les intervenants du marché financier suisse. La recourante argumente en substance [...].

E. 4.1.1

Selon le Message LFINMA, la FINMA respecte le secret de fonction pour ce qui a trait aux procédures particulières. Les besoins de la surveillance et l'intérêt public peuvent toutefois créer des situations exceptionnelles, dans lesquelles la diffusion publique d'informations sur une procédure s'avère utile. Il prévoit que les trois raisons prévues à l'art. 22 al. 2 LFINMA seront précisées dans des directives par le conseil d'administration de la FINMA. Le Message LFINMA indique en outre que la loi distingue les informations destinées à protéger les acteurs des marchés financiers ou des assujettis (let. a et b) et celles qui servent à préserver le renom de la place financière suisse (let. c) en précisant que ce dernier motif ne sera pas pris à la légère. Il souligne que dans certains cas, l'autorité de surveillance doit ainsi être en mesure d'expliquer publiquement comment et pourquoi elle enquête sur des abus et précise que c'est en effet le seul moyen d'écarter des reproches injustifiés et de sauvegarder la réputation de la place financière (cf. Message LFINMA, p. 2787). L'art. 22 LFINMA forme une base légale permettant de limiter les droits à la protection de la vie privée, à la protection des données ainsi que le secret de fonction (cf. Message LFINMA, p. 2787 ; Rayroux/Du Pasquier, op. cit., art. 22 LFINMA n° 34).

E. 4.1.2

La formulation de l'art. 22 LFINMA laisse à l'autorité de surveillance une large marge d'appréciation pour déterminer si la publication d'une information relative à une procédure donnée est d'intérêt public (cf. Rayroux/Du Pasquier, op. cit., art. 22 LFINMA n° 1 et 42 ; Lignes directrices de la FINMA du 25 septembre 2014 applicables à la communication, p. 3). Les publications fondées sur l'art. 22 LFINMA répondent à un besoin d'information et de transparence du public et contribuent à la protection des acteurs financiers ainsi qu'au bon fonctionnement des marchés financiers. Les objectifs en matière de surveillance des marchés financiers impliquent non seulement une surveillance active de la part de la FINMA, mais aussi la publication d'informations mesurées, régulières et crédibles sur ses activités, ses pratiques et sa politique de surveillance (cf. Message LFINMA, p. 2786 ; Rayroux/Du Pasquier, op. cit., art. 22 LFINMA n° 2). Il est important que la FINMA puisse montrer où et quand elle intervient, dans le sens de son obligation de rendre des comptes. En outre, il existe un besoin légitime d'information du public. La communication selon l'art. 22 LFINMA a pour objectif de garantir la sécurité juridique et de rendre accessible à tous l'interprétation du droit en matière de surveillance, de renforcer l'effet préventif de la surveillance, de consolider la réputation de la place financière au niveau national et international ainsi que d'expliquer les actions de la FINMA et d'informer sur les activités financières non autorisées. En informant le public conformément à l'art. 22 LFINMA, la FINMA confère une certaine portée à son activité de surveillance et contribue à créer un effet préventif, lequel s'ajoute à un besoin légitime d'information du public (cf. Rayroux/Du

Pasquier, op. cit., art. 22 LFINMA n° 2 ss).

E. 4.1.3

Selon les auteurs précités, compte tenu des conséquences qu'une communication au public peut avoir pour les personnes ou les institutions concernées, l'information du public sur une procédure particulière ne doit avoir lieu que si des dommages importants menacent, s'il y a urgence et si la décision concernée est vraisemblablement justifiée (cf. Rayroux/Du Pasquier, op. cit., art. 22 LFINMA n° 42). D'autres auteurs précisent que ces exigences valent en ce qui concerne une publication dans le cadre d'une procédure en cours (cf. Watter/Kägi, Öffentliche Information über Verfahren und Entscheide in der Finanzmarktaufsicht - zwischen Transparenz und Pranger, in: PJA 2005 39, p. 51).

E. 4.2.1

Il y a lieu de déterminer si la publication envisagée répond à une nécessité dictée par le droit de la surveillance et a pour but de garantir la réputation de la place financière suisse, comme invoqué par l'autorité inférieure. En l'espèce, la recourante ne conteste pas avoir violé [...] le droit de la surveillance, en particulier en matière de [...]. La transparence sur ce comportement admis et l'importance de la lutte contre [...], sur un plan national et international, justifient en soi une information publique à cet égard. Cette transparence favorisera la réputation de la place financière suisse en démontrant que de tels comportements ne sont pas acceptés, sont surveillés et sanctionnés. Dans un cas d'une telle importance, il est primordial que l'autorité inférieure puisse informer de manière transparente du résultat de son activité de surveillance. Certes, le Message LFINMA dispose que des communications au public au sens de l'art. 22 al. 2 let. c LFINMA ne doivent pas être prises à la légère. Ce faisant, le législateur a affiché sa volonté de limiter ces communications à des cas d'une gravité et d'une importance certaines. Ainsi, le pouvoir de communication de la FINMA en Suisse se trouve en quelque sorte limité en comparaison internationale, où il s'avère que les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers poursuivent une politique de transparence et d'information plus étendue (cf. Roy Gava, Challenging the regulators : Enforcement and appeals in financial regulation, in: Regulation & Governance (2021), p. 19 ; Célian Hirsch, Naming and shaming : Quelle communication publique par la FINMA ?, publié le 19 avril 2023 par le Centre de droit bancaire et financier). Nonobstant, il convient de retenir que la FINMA - qui dispose d'un pouvoir d'appréciation important dans ce domaine - a invoqué à juste titre l'importance de l'affaire, tant du point de vue des manquements constatés que de leur nature, touchant à [...]. Il va dans l'intérêt de la place financière, de la réputation de la surveillance des marchés financiers en Suisse et donc dans l'intérêt public que, dans le cas d'espèce, la FINMA puisse communiquer proactivement sur le sujet. Ainsi, la FINMA n'a nullement pris ce cas à la légère, pour reprendre les termes du Message LFINMA, lorsqu'elle a décidé de procéder à la publication du communiqué de presse litigieux.

E. 4.2.2

La FINMA affirme dans sa décision que [...]. La recourante rétorque que [...]. Peu importe cependant de savoir si ce risque est avéré ou non, puisque le maintien de la confidentialité sur une affaire à futur ne devrait pas constituer un critère déterminant dans l'appréciation de savoir si les conditions de l'art. 22 al. 2 let. c sont remplies. En effet, un tel critère paraît tout d'abord difficile à démontrer en raison de son caractère hypothétique. Par ailleurs, ce sont bien l'intérêt public et celui de la place financière à une communication transparente sur des

manquements qui se révèlent déterminants dans la décision de publier une communication en application de l'art. 22 al. 2 let. c LFINMA. Le critère du maintien d'une confidentialité à l'avenir ne joue donc pas de rôle déterminant dans cette appréciation. Cela ne change toutefois rien à l'analyse réalisée aux considérants précédents.

E. 4.2.3

La situation d'espèce diffère en outre de la publication d'un communiqué de presse en cours de procédure d'enforcement, avant même qu'une décision n'ait été rendue à ce propos, pour lequel la doctrine préconise le respect de conditions similaires au prononcé de mesures provisoires (menace de dommages importants et urgence ; cf. supra consid. 4.1.3 in fine). Il n'est donc pas nécessaire de se pencher plus avant sur son fondement et sur cette proposition doctrinale puisque le communiqué de presse litigieux porte sur une procédure d'enforcement close par une décision, au demeurant non contestée.

E. 4.2.4

Par ailleurs, il convient de souligner que l'éventuel préjudice invoqué par la recourante afférent à sa réputation ne saurait découler en réalité de la publication du communiqué de presse litigieux, mais bien plutôt des agissements contraires au droit de la surveillance des marchés financiers à l'origine de la décision du 16 juin 2023. En ce qui concerne l'intérêt de la place financière suisse, il sied de partir du principe que l'autorité inférieure l'avait à l'esprit au moment de décider de la publication du communiqué de presse idoine. Face à des manquements [...], l'intérêt de la place financière suisse réside précisément en ce que le public soit informé et se rende compte des travaux de surveillance effectués par la FINMA.

E. 4.2.5

Les arguments de la recourante relatifs à [...] doivent en outre être écartés au profit d'une transparence sur les activités de surveillance de la FINMA et sur le résultat de la procédure d'enforcement en l'espèce dès lors que l'on peut partir du principe que dite transparence contribuera de manière déterminante à la bonne réputation - à long terme - de la place financière suisse. En effet, la crédibilité de la Suisse dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent dépend en grande partie de la politique d'information en matière d'enforcement de la FINMA. Le pouvoir d'appréciation conféré par la loi à la FINMA doit ici également être respecté.

E. 4.2.6

La recourante reproche au demeurant à la FINMA de ne pas prendre en considération le fait qu'elle [...]. Ces arguments touchent en réalité au fond de l'affaire et tentent de remettre en question ou, à tout le moins, d'édulcorer le résultat de la procédure d'enforcement ayant abouti à la décision du 16 juin 2023. Or, il n'est plus temps dans la présente procédure de procéder à l'évaluation des manquements de la recourante. Il sied uniquement de déterminer si les conditions d'une communication au sens de l'art. 22 LFINMA sont remplies sur la foi de la décision du 16 juin 2023. Des considérations d'ordre matériel sur le fond de l'affaire et les sanctions imposées n'ont dès lors pas de place dans la présente analyse.

E. 4.3

Sur le vu de ce qui précède, les conditions d'une information au public au sens de l'art. 22 al. 2 let. c LFINMA se révèlent clairement remplies dans le cas d'espèce. La recourante se plaint par conséquent à tort d'une violation des art. 22 et 34 LFINMA. Ses griefs à cet égard doivent donc être rejetés.

E. 5

La recourante invoque par ailleurs la violation du principe de proportionnalité, estimant la publication du communiqué de presse litigieux incompatible avec ce principe.

E. 5.1

Le principe de proportionnalité exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité) ; en outre, il interdit toute restriction allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de proportionnalité au sens étroit dont l'examen implique une pesée des intérêts ; cf. ATF 142 I 76 consid. 3.5.1). Il convient d'examiner les circonstances concrètes du cas d'espèce afin de déterminer si la publication est appropriée et nécessaire pour répondre au besoin d'information prudentielle d'intérêt public ou si la charge qui en résulte n'est pas disproportionnée par rapport au but recherché (cf. Rayroux/Du Pasquier, op cit., art. 22 LFINMA n° 34).

E. 5.2.1

La recourante considère tout d'abord que [...]. Elle reproche en outre à la FINMA d'errer dans son examen de l'intérêt public prépondérant. [...] La recourante se choque particulièrement de la pesée des intérêts effectuée par la FINMA, décelant une volonté punitive lorsqu'elle affirme que l'intérêt public est prépondérant sur les intérêts privés de la recourante, tout en soulignant que la FINMA n'a pas pour mandat légal de protéger ses assujettis lorsqu'ils enfreignent gravement le droit de la surveillance et compromettent la poursuite de leurs activités. La recourante s'étonne que les autres intérêts en jeu - [...] - ne soient pas pris en compte, de même que les efforts consentis et mesures prises par la recourante. [...] Sous l'angle de la proportionnalité au sens étroit, la recourante sollicite comme seul moyen proportionné la publication d'un communiqué de presse anonyme [...]. Elle indique également qu'un résumé anonyme figurant dans le rapport annuel de la FINMA pourrait s'avérer proportionné. Sur le vu des [...], la recourante estime que le préjudice additionnel qui résulterait de la publication du communiqué de presse serait disproportionné.

E. 5.2.2

L'autorité inférieure affirme qu'il est nécessaire, [...], de garantir la réputation de la place financière suisse, la crédibilité de son engagement [...] ainsi que d'assurer le bon fonctionnement du marché financier suisse. Elle explique qu'une publication retardée ou une absence d'information du public exposerait la Suisse au reproche d'avoir essayé de dissimuler des violations graves commises par [...] suisse sur son territoire, [...]. Elle ajoute qu'il lui incombe d'informer publiquement sur les violations graves constatées et les mesures prises, de veiller à la transparence et à une communication claire, d'empêcher les distorsions de concurrence et de protéger ainsi globalement la réputation de la place financière suisse. La FINMA souligne que le communiqué de presse se limite à un résumé objectif des constats et des mesures adoptées, et qu'il se révèle assez court [...]. L'information du public par la FINMA doit à son sens être transparente et permettre une bonne compréhension des enjeux du cas d'espèce afin d'atteindre les objectifs visés. De surcroît, [...], l'anonymisation du projet de communiqué de presse ne peut à son avis pas être envisagée [...].

E. 5.2.3

S'agissant du rapport raisonnable entre le but visé par la mesure requise et les intérêts publics ou privés compromis, il implique une pesée des intérêts privés et publics en présence. À l'intérêt public décrit par l'autorité inférieure s'oppose l'intérêt privé de la recourante, [...], à ne pas voir divulguées des informations relatives aux violations causées et aux sanctions prises. Dans la pesée des intérêts, il faut prendre plusieurs éléments en considération. Le préjudice invoqué par la recourante découle en premier lieu de son comportement durant plusieurs années qui se trouve à l'origine des risques réputationnels encourus. L'intérêt privé allégué doit se voir comparé à l'intérêt public à une transparence et une information du public appropriée dans de telles situations. Il se révèle en effet primordial que la FINMA puisse informer le public sur le résultat de procédures d'enforcement lorsque les conditions de l'art. 22 LFINMA sont remplies, comme c'est le cas in casu. Elle ne saurait y renoncer pour protéger les intérêts privés de l'assujetti, de ses clients ou de ses employés, au risque sinon pour l'instrument de la communication au public de perdre tout son sens. Un assujetti doit ainsi prendre en considération le risque inhérent d'information du public par la FINMA s'il viole le droit de la surveillance.

E. 5.2.4

La recourante considère que des moyens moins répressifs permettraient à la FINMA de respecter le principe de proportionnalité au sens étroit. Ce faisant, la recourante s'en prend à la règle de nécessité du principe de proportionnalité, posant la question de savoir si le but poursuivi par la FINMA pourrait être atteint par une mesure moins incisive. Une information anonymisée aurait pour seul effet de dissimuler l'identité de la recourante. Or, sur le vu des violations graves du droit de la surveillance constatées, et compte tenu de l'intérêt public prépondérant à une information transparente, une communication anonymisée ne permettrait pas d'atteindre le but visé par l'art. 22 al. 2 let. c LFINMA. En effet, une information concernant une banque suisse de l'importance de celle de la recourante et de sanctions prises à son encontre s'avère inutile si réalisée de manière anonyme. Par ailleurs, cela privilégierait l'auteur de graves violations du droit prudentiel, le favorisant au détriment des établissements diligents. Pour les mêmes raisons, une communication anonymisée dans le rapport annuel de la FINMA doit être écartée. [...] Une mesure moins incisive n'apparaît donc pas apte à atteindre les buts visés, à savoir protéger la réputation de la place financière suisse, garantir son bon fonctionnement et la confiance du public ainsi qu'assurer la transparence des activités de la FINMA.

E. 5.2.5

La recourante invoque au demeurant [...]. À cet égard, il convient d'accorder une prépondérance à l'analyse et au pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure, qui se révèle mieux à même d'évaluer objectivement l'intérêt de la place financière suisse. [...] Les arguments présentés et les analyses déposées par la recourante ne lui sont dès lors d'aucun secours.

E. 5.3

Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que l'intérêt public à la communication par la FINMA dépasse l'intérêt privé de la recourante et que la mesure envisagée remplit les conditions d'aptitude et de nécessité dans le cas d'espèce. Partant, elle ne viole pas le principe de proportionnalité. Mal fondés, les griefs de la recourante doivent être rejetés.

E. 6

La requérante allègue la violation des art. 25a PA, 5, 9 et 29 Cst. et 6 CEDH. Selon l'art. 5 al. 3 Cst., les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi et selon l'art. 9 Cst. toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'État sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. L'art. 6 al. 1 CEDH prescrit que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Cette norme juridique est concrétisée en Suisse par l'art. 29 Cst. qui dispose que toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. L'art. 25a al. 1 PA enjoint que toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour des actes fondés sur le droit public fédéral et touchant à des droits ou des obligations : a. s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir ou les révoque ; b. élimine les conséquences d'actes illicites ; c. constate l'illicéité de tels actes. Un courrier électronique informant de l'intention de publier un communiqué de presse ainsi qu'un communiqué de presse lui-même est assimilé à un acte matériel au sens de l'art. 25a al. 1 PA et ne constitue pas une décision au sens de l'art. 5 PA (cf. arrêt du TAF B-3768/2017 du 8 novembre 2017 p. 4 et les réf. cit.). En l'espèce, la FINMA a informé la requérante de son intention de publier le communiqué de presse litigieux, lui remettant un projet de celui-ci. La requérante a ensuite sollicité une décision au sens de l'art. 5 PA concernant la publication dudit communiqué. L'ayant obtenue, et ladite décision prévoyant la publication imminente du communiqué avant l'échéance du délai de recours, la requérante considère que ses droits ont été violés. Elle estime en substance que la décision attaquée viole l'obligation d'attendre l'expiration du délai de recours avant de procéder à une quelconque publication et, partant, la garantie constitutionnelle d'accès au juge. Elle s'offusque d'avoir dû rédiger son recours en 60 heures alors que le délai de recours est de 30 jours. Ce faisant, elle en conclut que son droit d'être entendu a été violé de même que le principe de la confiance, puisqu'en demandant à obtenir une décision au sens de l'art. 5 PA elle était en droit d'attendre que le communiqué de presse ne soit pas publié avant qu'elle ne puisse exercer son droit de recours. Aux arguments de la requérante, il convient d'opposer qu'à l'heure actuelle, le communiqué de presse en question n'a pas encore été publié par la FINMA, notamment à la suite des décisions incidentes des 7 septembre 2023 et 5 octobre 2023 prononcées par le Tribunal administratif fédéral et admettant les mesures provisionnelles sollicitées par la requérante. Dans les faits, celle-ci a donc valablement pu faire valoir ses droits auprès du tribunal de céans. Par conséquent, aucune violation des dispositions précitées ne se révèle avérée. Mal fondés, les griefs de la requérante doivent être rejetés.

E. 7

La requérante invoque également l'inopportunité de la mesure envisagée.

E. 7.1

Le moyen de l'opportunité peut être soulevé dans le cadre d'un recours devant le tribunal de céans (art. 49 let. c PA). Le contrôle de l'opportunité ne peut toutefois intervenir que dans le respect du cadre légal lorsque la loi confère à l'autorité un pouvoir d'appréciation (cf. Moor/Poltier, Droit administratif, vol. II, 3e éd. 2011, p. 797 s. ; Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2011, p. 306 ; arrêt du TAF B-6455/2008 du 31 juillet 2009 consid. 8). Quand ce grief est soulevé, l'autorité supérieure ne vérifie pas si des normes juridiques ont

été violées, mais s'assure que la décision en cause est bien la meilleure que l'autorité inférieure pouvait prendre (cf. Moor/ Poltier, op. cit., p. 797 no 5.7.4.5 ; voir aussi Schindler, op. cit., art. 49 PA n° 39). Cela étant, si l'instance précédente est une instance spécialisée indépendante prévue par la loi et disposant de connaissances techniques particulières, le Tribunal administratif fédéral ne saurait sans motifs valables substituer son propre pouvoir d'appréciation à celui de l'autorité administrative, à tout le moins lorsque celle-ci a examiné les éléments essentiels à la décision et a effectué les éclaircissements nécessaires de manière minutieuse et complète (cf. ATF 142 II 451 consid. 4.5.1 et les réf. cit. ; 129 II 331 consid. 3.2 ; 123 V 150 consid. 2). Cette réserve n'empêche pas le Tribunal d'intervenir lorsque la décision attaquée semble objectivement inopportune (cf. arrêt du TAF A-3102/2017 du 3 décembre 2018 consid. 2.1). L'exercice du pouvoir d'appréciation signifie en outre que tous les intérêts pertinents pour la décision doivent avoir été pris en compte et mis en balance. Il existe une proximité entre le contrôle du caractère raisonnable d'une décision et celui de la proportionnalité, en particulier lorsque des intérêts privés doivent être mis en balance avec des intérêts publics (cf. Schindler, op. cit., art. 49 PA n° 38).

E. 7.2

En l'espèce, la recourante conclut - pour le cas où le tribunal de céans devrait considérer qu'aucune violation du droit fédéral (art. 22 et 34 LFINMA en particulier) n'a été commise - à la constatation que la décision attaquée n'est pas opportune dans le présent cas. Elle ne motive pas plus avant ce grief. Il découle des considérants précédents que l'autorité inférieure n'a pas violé le droit fédéral et que la mesure envisagée ne viole pas non plus le principe de proportionnalité. Par ailleurs, il sied de constater que l'autorité inférieure a effectué les éclaircissements nécessaires de manière minutieuse et complète. La décision attaquée ne se révèle donc pas objectivement inopportune.

E. 7.3

Le grief tiré de l'inopportunité étant mal fondé, il doit être rejeté.

E. 8

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, force est de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

E. 9.1

Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 1ère phrase FITAF). En l'espèce, la recourante a succombé dans l'ensemble de ses conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à 10'000 francs, doivent être intégralement mis à sa charge. Ils sont compensés par l'avance de frais de 10'000 francs déjà versée.

E. 9.2

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

E. 10

À la forme, la recourante sollicite que son nom ainsi que celui de toutes les autres personnes mentionnées ainsi que les références au cas sous-jacent soient anonymisés dans toute décision à rendre dans la présente cause. Elle considère qu'une publication sans une anonymisation large serait contraire à ses intérêts. Le principe de la publicité de la justice (cf. ATF 139 I 129 consid. 3.3) ne fait pas obstacle à ce que le Tribunal administratif fédéral, qui publie ses arrêts dans leur intégralité, procède à une anonymisation (art. 29 al. 2 LTAF, art. 6 al. 3 et 8 al. 1 du règlement du 21 février 2008 relatif à l'information [RS 173.320.4]), en particulier pour tenir compte d'intérêts privés et publics (cf. ATF 139 I 129 consid. 3.6). En l'espèce, compte tenu des circonstances spécifiques du cas d'espèce et notamment dans le but de ne pas dévoiler le contenu du communiqué de presse de la FINMA avant que celle-ci ne procède à sa publication, le tribunal de céans procédera à une anonymisation étendue de l'arrêt en vue de sa publication, de sa remise aux journalistes (art. 16 du règlement relatif à l'information) et de sa mise à disposition du public (art. 4 du règlement relatif à l'information). Outre l'anonymisation du nom de la recourante, il supprimera la reproduction du communiqué de presse, les éléments relatifs aux sanctions imposées à la recourante par la FINMA et les informations relatives au cas sous-jacent.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.