

BVGer B-5518/2016 vom 10. Juli 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-07-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5518_2016

FR: TAF B-5518/2016 du 10 juillet 2019

IT: TAF B-5518/2016 del 10 luglio 2019

Regeste

Acte illicite (LB, LBVM, LPCC)

Erwägungen

E. 15

Le recourant conteste être responsable de la violation du devoir d'annonce constatée par l'autorité inférieure. L'autorité inférieure relève dans sa réponse que le recourant ne se réfère qu'à la doctrine en lien avec l'art. 29 al. 1 LFINMA et non avec l'art. 29 al. 2 LFINMA.

E. 15.1

Jugeant que l'autorité inférieure aurait attendu de disposer de chiffres définitifs concernant la situation de A.G. _____ avant de prononcer quelque mesure que ce soit, le recourant signale tout d'abord qu'elle n'a, à aucun moment, indiqué les mesures qu'elle aurait potentiellement pu prendre si elle avait été avertie plus tôt et que rien au dossier ne rend vraisemblable qu'elle en aurait prises.

E. 15.1.1

En vertu de l'art. 29 al. 1 LFINMA, les assujettis, leurs sociétés d'audit et organes de révision ainsi que les personnes et entreprises détenant une participation qualifiée ou prépondérante au sein des établissements assujettis doivent fournir à la FINMA les renseignements et les documents nécessaires à l'accomplissement de ses tâches. En outre, l'obligation d'annoncer prescrite à l'art. 29 al. 2 LFINMA impose aux assujettis d'annoncer à la FINMA sans délai, spontanément et de façon proactive tout fait important susceptible de l'intéresser (« Vorkommnisse, die für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung sind » ; « tutti gli eventi di grande importanza ai fini della vigilanza » ; cf. arrêt du TF 2C_929/2017 du 23 avril 2018 consid. 2.2.1 et les réf. cit. ; Roland Truffer, in : BSK FINMAG, art. 29 n° 32 ss). Les obligations découlant des al. 1 et 2 de l'art. 29 LFINMA se présentent comme des moyens de surveillance fondamentaux en vue de permettre à l'autorité d'exercer ses tâches de surveillance en toute connaissance des faits (cf. arrêt B-4639/2014 consid. 2.2). Ainsi que cela ressort des textes allemand et italien, le devoir d'annonce de l'art. 29 al. 2 LFINMA porte uniquement sur les informations pertinentes pour la surveillance de l'assujetti concerné (cf. Truffer, in : BSK FINMAG, art. 29 LFINMA n° 38). Le caractère important, pour la surveillance, des faits à annoncer doit être examiné à la lumière du but de cette annonce extraordinaire, soit de permettre à la FINMA de prendre les mesures nécessaires sans délai (cf. Truffer, in : BSK FINMAG, art. 29 LFINMA n° 32 ; Message du 9 mai 2003 concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance [Loi sur la surveillance des assurances, LSA] et la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, FF 2003 3353, 3392). Ainsi, il convient d'annoncer de manière spontanée tous les faits pouvant conduire la FINMA, compte tenu de ses tâches et de sa pratique, à prendre

immédiatement des mesures de surveillance ou, à tout le moins, à se préparer à la prochaine nécessité d'en prononcer (cf. Truffer, in : BSK FINMAG, art. 29 LFINMA n° 41). Constituent en particulier des faits importants susceptibles d'intéresser la FINMA dans le cadre de la surveillance les événements touchant les conditions d'octroi de l'autorisation prescrites par le droit des marchés financiers (cf. arrêt 2C_929/2017 consid. 2.2.1). Il peut s'agir par exemple de graves problèmes de trésorerie, de personnel ou d'organisation, de difficultés avec des autorités étrangères ou de changements de stratégie qui ont essentiellement des effets sur les risques d'un assujetti (cf. Message du 1er février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers [LAUFIN], FF 2006 2741, 2792). En outre, conformément à l'art. 30 LSA (RS 961.01), dont le contenu normatif a été repris à l'art. 29 al. 2 LFINMA (cf. arrêt 2C_929/2017 consid. 2.2.1 ; Message LFINMA, FF 2006 2741, 2792 ; Truffer, in : BSK FINMAG, art. 29 LFINMA n° 33 s.), l'obligation d'annonce concerne notamment des faits de nature à compromettre la solvabilité de l'entreprise d'assurance ou les intérêts des assurés (let. d). Il est rappelé, à cet égard, que la surveillance des marchés financiers a précisément pour but de protéger, conformément aux lois sur les marchés financiers, les créanciers, les investisseurs et les assurés, et d'assurer le bon fonctionnement des marchés financiers (ancien art. 5 LFINMA [RO 2008 5207] et art. 4 LFINMA). Compte tenu de ce but, le champ des faits qui n'apparaissent pas sans importance pour la FINMA se présente de manière très large (cf. Truffer, in : BSK FINMAG, art. 29 LFINMA n° 38).

E. 15.1.2

En l'espèce, l'importance pour la banque des informations détenues par le recourant dès novembre 2013 - nonobstant leur caractère imprécis - a déjà été démontrée (cf. supra consid. 13). Il ressort également des considérants qui précèdent que la banque s'est rendue fautive d'une violation des exigences portant sur l'organisation interne et la gestion des risques (cf. supra consid. 14). Attendu que cette violation est directement lié à l'une des conditions de l'octroi de l'autorisation et, partant, les mesures susceptibles d'être prononcées par la FINMA (notamment art. 37 LFINMA), elles doivent également être qualifiées de manifestation importantes pour cette dernière. Quoi qu'il en soit, il sied de souligner que le courrier du 22 avril 2014 informant finalement la FINMA des circonstances ne contient lui-même aucun chiffre définitif concernant la situation de A.G. _____ ; au contraire, il y figure que l'audit spécial sur les états financiers de A.G. _____ au 31 décembre 2013, effectué à la demande de la Banque M. _____, n'était pas encore terminé et que, néanmoins, selon les informations dont elle disposait depuis la semaine précédente, il était probable que ces états financiers montrassent une insuffisance de fonds propres au 31 décembre 2013. Or, il faut bien reconnaître que le degré de précision de ces informations diffère en réalité peu de celui des éléments connus par le recourant depuis novembre 2013. Aussi, les organes de la banque ayant finalement pris contact avec l'autorité inférieure ont, contrairement au recourant, considéré que ces éléments suffisaient. Par ailleurs, indépendamment du caractère toujours imprécis des informations qui lui ont été communiquées, la FINMA n'a pas manqué de réagir rapidement ; en effet, une séance entre la banque et l'autorité de surveillance a eu lieu le 9 mai 2014 au cours de laquelle celle-ci a qualifié d'inacceptable que ces faits fussent portés à sa connaissance seulement à ce stade alors que ce processus avait commencé fin 2013 ; par courrier du 16 mai 2014, la FINMA a requis de la banque un reporting mensuel sur l'exposition de la banque A. _____ et de ses clients envers A.G. _____ ainsi que la situation financière de A.G. _____. En application du principe de l'imputation de la connaissance (cf. supra consid. 14.1), il

convient d'admettre que les informations dont le recourant avait connaissance, en sa qualité de président du conseil d'administration, doivent être imputées à la banque. Aussi, le défaut d'annonce à la FINMA se présente comme une violation, par la banque, d'informations en sa possession, importantes et susceptibles d'intéresser la FINMA. Compte tenu de la durée du retard ainsi que de l'importance des informations, la violation de l'obligation d'annonce doit indubitablement être qualifiée de grave.

E. 15.1.3

Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que les informations détenues par le recourant constituent des informations importantes pour la surveillance qui auraient dû être communiquées à la FINMA. Faute de l'avoir fait avant le 22 avril 2014, la banque s'est dès lors rendue fautive d'une grave violation du droit de la surveillance.

E. 15.2

Le recourant relève que le devoir d'annonce vise uniquement l'assujetti et la société d'audit et non les organes personnellement, reconnaissant toutefois que les organes sont responsables de former la volonté de la société et que leurs actes lui sont imputables ; il estime que l'on ne peut lui reprocher la violation d'un devoir auquel il n'est pas personnellement soumis. Il souligne que, selon le règlement d'organisation de la banque, les communications à la FINMA étaient du ressort du comité exécutif et non du conseil d'administration.

E. 15.2.1

Conformément à la jurisprudence, l'obligation, dont la grave violation peut conduire au prononcé d'une interdiction d'exercer pour une personne physique, incombe non à celle-ci mais à l'assujetti lui-même (cf. ATF 142 II 243 consid. 2.3 ; ATAF 2018 IV/5 consid. 5.5). C'est précisément le cas de l'obligation d'annonce (cf. Truffer, in : BSK FINMAG, art. 29 LFINMA, n° 37). Cela étant, s'agissant de déterminer si une mesure d'interdiction d'exercer doit être prononcée, est seul pertinent le point de savoir si le comportement individuel de la personne en cause a pu conduire, de manière causale et fautive, à une violation grave des dispositions du droit de la surveillance par l'établissement assujetti (cf. supra consid. 2 et 12.1).

E. 15.2.2

En l'espèce, il convient de souligner d'emblée que la FINMA n'a, d'un point de vue formel, pas reproché au recourant personnellement une violation de l'obligation d'annonce. En application des principes exposés ci-dessus, elle l'a, en revanche, rendu responsable de la violation commise par la banque. En effet, le fait que le reproche de violation de cette obligation s'adresse à l'assujetti ne fait pas obstacle à sa prise en considération s'agissant de prononcer une interdiction d'exercer. Quant au point de savoir si le comportement du recourant y a conduit, de manière causale et fautive, il suffit de renvoyer à ce qui a été exposé ci-dessus s'agissant de la violation par le recourant de ses devoirs de fidélité et de diligence (cf. supra consid. 13). Au demeurant, établir à qui incombait les communications à la FINMA selon le règlement d'organisation de la banque ne se révèle à cet égard pas pertinent.

E. 15.2.3

Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que le comportement du recourant a conduit de manière causale et fautive à la violation par la banque de son devoir d'annonce.

E. 15.3

Se référant à la doctrine, le recourant expose que, lorsque l'assujetti ne peut révéler une information en Suisse et en informer la FINMA sans violer le droit d'un autre État, il n'y a pas d'obligation d'aviser la FINMA, celle-ci devant agir par le biais de l'entraide administrative internationale. Il souligne, à cet égard, que l'autorité inférieure a elle-même qualifié les informations en cause de confidentielles. En outre, il rappelle d'une part que les procédures diligentées par la Banque M. _____ sont soumises à un devoir de garder le silence jusqu'à ce que la décision soit rendue ; d'autre part, il indique qu'en vertu du droit K. _____, l'administrateur est astreint à un devoir de discrétion découlant du devoir de loyauté qui lui impose de garder confidentielles les informations obtenues dans le cadre de son activité. En fin de compte, il estime que l'annonce à l'autorité inférieure est intervenue à temps.

E. 15.3.1

Le point de savoir si les informations requises par la FINMA en application de l'art. 29 al. 1 LFINMA se trouvent en Suisse ou à l'étranger s'avère en principe sans importance (cf. Truffer, in : BSK FINMAG, n° 25 ; arrêt du TF 2A.119/2002 du 11 décembre 2002 consid. 3.5). Cependant, lorsque l'assujetti ne peut soumettre à la FINMA une information provenant de l'étranger sans violer le droit de l'État duquel elle provient, l'obligation de fournir des informations doit alors passer au second plan, la FINMA devant alors demander les informations par le biais de l'entraide (cf. Truffer, in : BSK FINMAG, art. 29 LFINMA n° 25 et les réf. cit.).

E. 15.3.2

En l'espèce, il convient de souligner que, si l'al. 1 de l'art. 29 LFINMA vise la situation où la FINMA a déjà identifié les informations qu'elle considère comme nécessaires à l'accomplissement de ses tâches, l'art. 29 al. 2 LFINMA dont la FINMA reproche à la banque A. _____ la violation, porte, quant à lui, sur des informations dont la FINMA ignore encore l'existence. Elle ne se trouve dès lors pas encore dans la situation de les requérir, que ce soit en application de l'art. 29 al. 1 LFINMA ou par le biais de l'entraide. En outre, il convient de rappeler que la violation du devoir d'annonce est reprochée à la banque A. _____ car réputée au courant des informations détenues par le recourant en application du principe de l'imputation de la connaissance (art. 55 CC) ; le reproche n'est pas articulé à l'encontre du recourant directement. Il ne s'agit dès lors pas de déterminer si le recourant aurait personnellement dû annoncer ces informations à l'autorité inférieure. Aussi, le point de savoir si le recourant peut se fonder sur le droit K. _____ et la confidentialité des informations en cause pour refuser de les communiquer à la FINMA ne se révèle en réalité pas pertinent. Sont au contraire décisives les questions - déjà tranchées dans les considérants qui précèdent - portant, d'une part, sur les devoirs imposés au recourant de les transmettre à la banque (cf. supra consid. 13.2, y compris s'agissant de la nature confidentielle des éléments connus et du devoir de loyauté de l'administrateur) et, d'autre part, sur ceux de la banque de les communiquer à la FINMA (cf. supra consid. 15.1).

E. 15.3.3

Compte tenu de ces éléments, force est de constater que le caractère confidentiel de la procédure diligentée par la Banque M. _____ n'est d'aucun secours au recourant pour justifier le défaut d'annonce de la banque à la FINMA.

E. 15.4

Par conséquent, sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il appert, d'une part, que le comportement du recourant a conduit de manière causale et fautive à la violation par la banque de son devoir d'annonce ; d'autre part, cette violation ne trouve pas de justification dans le caractère confidentiel de la procédure de la Banque M._____. Mal fondé, le grief du recourant doit donc être rejeté.

E. 16

Dans ses écritures de recours, le recourant se plaint d'une violation du principe de la bonne foi en ce sens que l'autorité inférieure se serait comportée de manière contradictoire. Il relève que la FINMA avait parfaitement connaissance des fonctions du recourant dans les autres sociétés du groupe A._____; qu'elle n'a jamais critiqué ni même émis de réserve sur la composition et/ou le fonctionnement du conseil d'administration de la banque A._____; que le réviseur externe n'a jamais émis de critiques non plus sur la composition du conseil d'administration ou sur son fonctionnement ; que les administrateurs de la banque A._____, dont les administrateurs K._____, étaient donc fondés à penser, sur la base du principe de la confiance aussi, qu'il n'y avait aucun conflit d'intérêts. Il estime que l'autorité inférieure ne peut pas prétendre qu'il existerait un conflit d'intérêts alors qu'elle n'a pas émis la moindre critique à ce sujet depuis la création de la banque A._____ sans violer le principe de la bonne foi. Dans sa réplique, le recourant se plaint d'une violation par l'autorité inférieure du principe de la bonne foi eu égard au fait : qu'elle avait parfaitement connaissance des fonctions du recourant dans les autres sociétés du groupe ; qu'elle n'avait jamais émis ni de critique ni de réserve sur la composition et le fonctionnement du conseil d'administration de la banque A._____; que le réviseur externe n'avait jamais émis de critique sur la composition du conseil d'administration ainsi que sur son fonctionnement ; qu'en vertu du principe de la confiance, les administrateurs K._____ de la banque A._____, dont lui, étaient fondés à penser qu'il n'y avait aucun conflit d'intérêts dans le fait qu'ils interviennent tant dans la banque A._____ que dans d'autres identités du groupe ; que la FINMA avait parfaitement connaissance du modèle d'affaires de la banque A._____ et qu'elle l'avait même expressément avalisé après l'avoir soigneusement étudié ; qu'elle avait parfaitement connaissance et qu'elle avait avalisé, en toute connaissance de cause, l'exposition de la banque A._____ et de ses clients aux produits de groupe A._____; que les difficultés des banques au K._____ et, partant, nécessairement de la banque A._____ étaient notoires et qu'elle s'en est accommodée en 2013 ; que la FINMA aurait dû reconnaître que les mesures de restructuration ordonnées par la Banque M._____, non seulement étaient adéquates pour le groupe et la banque A._____, mais qu'elles servaient tout autant la banque A._____; que lui comme les autres administrateurs de la banque A._____ et pas seulement les administrateurs suisses ont servi fidèlement et consciencieusement les intérêts de la banque A._____ jusqu'à sa mise en faillite par la FINMA ; qu'au vu des circonstances, il avait tout autant droit à voir son dossier être classé par la FINMA, comme les dossiers des autres administrateurs suisses l'ont été, y compris les administrateurs suisses membres du comité d'audit.

E. 16.1

Aux termes de 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. Cela implique notamment qu'ils s'abstiennent d'adopter un comportement contradictoire ou abusif (cf. ATF 136 I 254 consid. 5.2). De ce principe général découle le droit fondamental du particulier à la protection de sa bonne foi dans ses relations avec l'État, consacré à l'art. 9 in fine Cst. (cf. ATF 138 I 49 consid. 8.3.1 ;

136 I 254 consid. 5.2). Le principe de la bonne foi protège le justiciable, à certaines conditions, dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (cf. ATF 137 II 182 consid. 3.6.3 ; 137 I 69 consid. 2.5.1 ; 131 II 627 consid. 6.1). Il faut pour ce faire que les conditions suivantes soient remplies cumulativement : le renseignement doit avoir été donné par l'autorité sans réserve ; l'autorité doit être intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées ; elle doit avoir agi ou est censée avoir agi dans les limites de ses compétences ; l'administré ne doit pas s'être rendu compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu ; il doit s'être fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice ; la réglementation ne doit pas avoir changé depuis le moment où l'assurance a été donnée et l'intérêt au respect du droit objectif ne doit pas être prépondérant (cf. ATF 137 II 182 consid. 3.6.2 et les réf. cit.).

E. 16.2

En l'espèce, il appert d'emblée que les reproches adressés au recourant par la FINMA ne portent pas sur la composition, le fonctionnement du conseil d'administration, le modèle d'affaire ou encore le principe de l'exposition de la banque A._____ et de ses clients aux produits de groupe A._____. En effet, ces éléments ne s'avèrent en soi pas problématiques ; il est toutefois impératif que toutes les spécificités de la banque soient prises en considération dans la gestion et la surveillance de la banque de manière appropriée, en particulier compte tenu du risque qu'ils sont susceptibles de constituer. Or, il est précisément reproché au recourant de n'avoir pas pris la mesure de l'importance des informations en sa possession au regard du contexte dans lequel elles s'inscrivaient afin de les traiter d'une manière permettant à la banque de respecter de façon constante les obligations qui lui incombent.

E. 16.3

Compte tenu de ce qui précède, force est de constater que le grief du recourant voyant dans le comportement de l'autorité inférieure une violation du principe de la bonne foi est mal fondé. Partant, le recours doit être rejeté sur ce point.

E. 17

Rappelant les exigences du principe de la proportionnalité, le recourant estime qu'il doit être tenu compte de l'absence manifeste de gravité de ce qui pourrait être retenu, de sa bonne foi, de ses efforts à l'égard de la Banque M._____ notamment pour faire bénéficier la banque A._____ d'une partie de la provision de 700 millions d'euros, de ses antécédents parfaits, des pertes qu'il a essuyées dans la banque A._____ ainsi que de sa perte de réputation personnelle. Il estime qu'en application du principe de proportionnalité, la sanction à prononcer devrait uniquement être symbolique, soit uniquement un avertissement.

L'autorité inférieure souligne que la mesure d'interdiction d'exercer est justifiée par le bon fonctionnement des marchés et la protection des créanciers et investisseurs. Elle souligne en outre que la fonction du recourant revêt également une importance particulière, le potentiel de risque étant plus grand lorsque les représentants des niveaux hiérarchiques les plus élevés sont responsables d'une violation grave. Elle retient in casu un réel mépris des règles et devoirs applicables par le recourant, attesté par le fait qu'il a délibérément refusé de dévoiler les informations essentielles sur la situation de A.G._____ et la restructuration du groupe A._____. Elle souligne que le comportement du recourant démontre un fort

potentiel de nuisance dans l'exercice d'une fonction d'administrateur d'une banque. Elle indique par ailleurs qu'une interdiction d'exercer est apte à atteindre son but, soit éviter que, dans un avenir proche, le recourant se trouve à nouveau actif dans une fonction dirigeante au sein d'un assujetti.

E. 17.1

L'interdiction d'exercer en vertu de l'art. 33 LFINMA constitue une limitation importante de la liberté économique (art. 27 Cst.) de la personne concernée ; elle doit donc respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.), également sous l'angle de sa durée (cf. arrêt du TAF B-5772/2015 du 20 septembre 2017 consid. 3.1 et les réf. cit.). Le principe de la proportionnalité se compose traditionnellement des règles d'aptitude - qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé -, de nécessité - qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés - et de proportionnalité au sens étroit qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et sur le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (cf. ATF 130 II 425 consid. 5.2 ; 125 I 474 consid. 3). Il conviendra dans ce cadre de tenir compte du degré de la faute de l'intéressé dans le cadre de sa participation à la commission des graves violations par l'assujetti des dispositions du droit de la surveillance ainsi que du but et de la portée des normes violées (cf. arrêt B-488/2018 consid. 5). En outre, la mesure doit correspondre aux buts essentiels de la législation sur les marchés financiers, à savoir la protection respectivement des créanciers et des investisseurs, d'une part, et le bon fonctionnement du marché ainsi que la réputation de la place financière helvétique, d'autre part (cf. ATF 136 II 43 consid. 3.2 ; 135 II 356 consid. 3.1 ; voir aussi Hsu/ Bahar/ Flühmann, in : BSK FINMAG, art. 33 LFINMA n° 5) ; ainsi, ces buts essentiels doivent justifier la sanction et l'emporter sur les désavantages en découlant pour l'intéressé sur ses possibilités de gains futurs au regard de la gravité des violations du droit de la surveillance constatées (cf. ATAF 2013/59 consid. 9.3.7 et les réf. cit.; arrêt B-5772/2015 consid. 3.1 et les réf. cit.).

E. 17.2

En l'espèce, l'autorité inférieure a constaté à juste titre que le comportement du recourant alors qu'il était président du conseil d'administration de la banque, avait conduit, de manière fautive et causale, à des violations graves du droit de la surveillance par la banque (cf. supra consid. 13 ss). Compte tenu de ce constat et de l'importance - s'agissant d'assurer la protection respectivement des créanciers et des investisseurs, d'une part, et le bon fonctionnement du marché ainsi que la réputation de la place financière helvétique, d'autre part - des normes du droit de la surveillance dont la violation par la banque a été constatée, l'interdiction d'exercer prononcée à l'encontre du recourant s'avère manifestement apte à empêcher qu'il ne soit dans un proche avenir impliqué dans de nouvelles mises en danger du marché financier. Sous l'angle de la nécessité, il convient de souligner non seulement la gravité des violations constatées et le rôle du recourant dans leur commission au regard de sa fonction de président du conseil d'administration de la banque mais également le risque que de tels manquements se reproduisent. En effet, la lecture des arguments présentés par le recourant dans le cadre de la présente procédure de recours démontre qu'il n'a à l'heure actuelle pas encore pris conscience de la nature et de la gravité des manquements qui lui sont reprochés pourtant à raison. Il nie tout comportement répréhensible, contestant chaque critique émise par l'autorité inférieure à son encontre, notamment l'importance pour la banque des informations qui se trouvaient en sa possession ou le fait que leur

communication aux autres membres du conseil d'administration relevait d'un exercice diligent et fidèle de ses attributions inaliénables et intransmissibles. Compte tenu de ces éléments, il faut bien reconnaître que le recourant ne saisit pas pleinement la portée des règles auxquelles il était soumis et que, partant, le risque que des manquements se reproduisent s'il occupe à nouveau une fonction dirigeante dans l'établissement d'un assujetti peut être qualifié d'élevé. Aussi, la mesure prononcée, certes sévère, n'apparaît pourtant pas critiquable à l'aune de la nécessité ; une mesure moins sévère n'entre pas en considération. S'agissant enfin de la proportionnalité au sens étroit, il convient d'admettre que l'intérêt public au bon fonctionnement du marché et la protection des créanciers et des investisseurs l'emporte manifestement sur celui du recourant à reprendre une activité dirigeante au sein d'un établissement assujetti à la surveillance de la FINMA. Ce constat tient compte, d'une part, de la nature et de la gravité des manquements établis, découlant notamment de la fonction du recourant non seulement au sein du conseil d'administration de la banque A. _____ mais également de sa qualité de membre au sein du conseil supérieure du groupe A. _____ ainsi que du fait qu'il persiste à les contester et, d'autre part, du fait que l'interdiction d'exercer se limite aux fonctions dirigeantes au sein d'un établissement assujetti à la surveillance de la FINMA ; il reste ainsi loisible au recourant d'exercer toute activité dans un autre domaine ou une fonction non dirigeante au sein d'un établissement assujetti.

E. 17.3

Sur la base de ces considérations, force est de constater que la mesure prononcée à l'encontre du recourant ne contrevient pas au principe de la proportionnalité.

E. 18

Dans son grief de constatation gravement lacunaire, erronée et orientée des faits, le recourant reproche à l'autorité inférieure de n'avoir, dans une très large mesure, pas tenu compte de la présentation de sa propre version des faits. Il estime que ses compléments sont essentiels dans l'examen de ses griefs au fond. Il en déduit que l'autorité inférieure a procédé à une appréciation arbitraire anticipée des preuves et fait preuve de partialité. Le recourant estime, en outre, que de nombreux faits retenus par la FINMA sont gravement erronés sur des points essentiels. Il critique également un état de fait qu'il juge « orienté » et partial, considérant que l'instruction a été menée exclusivement à charge et sans qu'il ne puisse participer à l'administration des preuves. L'autorité inférieure explique que les allégués apportés par le recourant n'affectent en rien les conclusions auxquelles elle parvient, les éléments de faits apportés par le recourant étant notoires, inexacts ou non pertinents.

E. 18.1

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. Conformément à l'art. 49 let. b PA, le recourant peut invoquer la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. 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, op. cit., 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, 2ème 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, art. 49 n° 30). Le point de savoir si un fait se révèle décisif est une question de droit (cf. ATF 122 II 17 consid. 3 ; arrêt B-5756/2014 consid. 3.3 non publié à l'ATAF 2017 IV/7 ; Zibung/ Hofstetter, in : Praxiskommentar VwVG, art. 49 PA n° 36). En outre, une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité (cf. ATF 139 III 334 consid. 3.2.5) ; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée ; encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire, non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (cf. ATF 142 II 369 consid. 4.3 ; 141 III 564 consid. 4.1 et les références).

E. 18.2

En l'espèce, il ressort de la décision entreprise que les faits que la FINMA a qualifiés de pertinents comprennent uniquement ceux concernant, d'une part, la connaissance des informations relatives aux difficultés financières de A.G. _____ ainsi que ceux, d'autre part, contextuels permettant de saisir l'importance des premières pour la banque. Il résulte en outre des considérants qui précèdent que ces éléments de faits s'avèrent suffisants pour justifier les constatations de l'autorité inférieure quant aux violations du droit de la surveillance commises par la banque ainsi qu'au caractère causal et fautif du comportement du recourant. Partant, il convient d'admettre, avec l'autorité inférieure, que l'ensemble des faits sortant de ce cadre ne s'avèrent pas pertinents au sens de l'art. 49 let. b PA. L'autorité inférieure pouvait ainsi valablement ne pas en tenir compte. Il convient en outre de rappeler que le caractère sommaire de certains éléments de faits sur la situation de la banque A. _____ n'est pas critiquable dès lors qu'ils servent uniquement à présenter le contexte dans lequel le présent litige s'inscrit mais n'apparaissent pas non plus pertinents au sens de la disposition précitée. Aussi, ils n'ont en principe pas à être complétés ; il convient en revanche d'examiner dans chaque cas s'ils doivent être corrigés. Les précisions fournies par le recourant concernant la répartition des tâches au sein du groupe A. _____ et le fait qu'il n'intervenait pas activement dans les affaires financières d'investissements, de risques, de vérification des comptes et d'inspections s'avèrent sans pertinence ; en effet, seule sa fonction de président du conseil d'administration de la banque A. _____ ainsi que les tâches inaliénables et intransmissibles qui lui incombaient de même que les exigences de diligence et de fidélité dans leur exécution ont été prises en considération. Il en va de même des explications du recourant touchant les organes de la banque ; si ces informations présentent certes un intérêt s'agissant de mieux saisir le fonctionnement de la banque, ils ne s'avèrent en revanche pas décisifs pour ce qui est d'apprécier le comportement du recourant au regard de ses obligations. En outre, la décision entreprise ne critique pas le fonctionnement de la banque ou de ses organes mais uniquement le comportement du recourant dans une situation particulière. De plus, le fait que le réviseur externe de la banque n'ait pas critiqué le business model de la banque ou d'autres éléments du fonctionnement de la banque ne s'avère pas non plus déterminant puisque cela ne déchargeait pas le recourant des obligations découlant de sa fonction et ne le dispensait en tous les cas pas de transmettre à la banque les informations en sa possession concernant les difficultés financières de A.G. _____. Par ailleurs, on ne voit pas en quoi les compléments apportés par le recourant sur la position de la banque au sein du groupe A. _____ seraient pertinents pour apprécier son comportement ; il ne l'indique au demeurant pas. Quant au modèle d'affaire de la banque, expliqué en détail par le recourant, il a certes été ébauché par

la FINMA ; il ne saurait toutefois être qualifié de décisif dès lors qu'il ne renseigne en rien sur le comportement du recourant fondant la décision entreprise. Il est vrai que ce modèle, à l'instar d'autres éléments, a été analysé en profondeur par l'autorité inférieure, faisant notamment l'objet du rapport d'enquête. Il n'en demeure pas moins que les reproches adressés au recourant ne sont en rien liés au modèle d'affaire. Le fait que la FINMA connaissait l'exposition de la banque et de ses clients au groupe A. _____ est sans importance pour les mêmes raisons. En ce qui concerne l'établissement des faits relatifs à la découverte des difficultés financières de A.G. _____ et à la restructuration du groupe, le recourant souligne que la FINMA omet de préciser que le rapport L. _____ a relevé que A.G. _____ était financièrement viable ; cet élément n'est toutefois pas susceptible de modifier l'appréciation retenue dès lors que les informations en possession du recourant n'en demeurent pas moins essentielles pour la banque. Il reproche en outre à l'autorité inférieure d'avoir pioché la mention d'éléments de fragilité dans les comptes du groupe dans le procès-verbal d'audition ; sous l'angle de l'établissement des faits, aucun reproche ne peut être fait à cet égard à la FINMA puisqu'elle a inscrit cette mention entre guillemets et précisé sa source, à savoir le procès-verbal en question. Le recourant semble dans ce cadre reprocher davantage à la FINMA d'avoir pris cet élément en considération dans son appréciation ; or, il a été admis ci-dessus (cf. supra consid. 13 ss) que l'autorité inférieure disposait d'éléments lui permettant de retenir que le comportement du recourant avait contribué de manière fautive et causale à une violation du droit de la surveillance indépendamment de la référence à ce procès-verbal. De surcroît, le recourant se contredit, en ce sens qu'il reprend lui-même cette mention telle quelle plus loin dans la partie de son recours dans laquelle il présente sa version des faits. En outre, la confiance que le recourant pouvait avoir dans la survie du groupe A. _____, si elle explique sans l'excuser les raisons pour lesquelles il a gardé le silence, ne permet en revanche pas de relativiser l'importance pour la banque A. _____ des informations qu'il avait en sa possession sur les difficultés financières de A.G. _____ au moins en décembre 2013 ; ainsi, elle n'a pas d'influence sur l'appréciation du comportement du recourant. Il en va de même de l'ensemble des éléments selon lui rassurants, comme les informations données par U. _____ aux séances du conseil d'administration de la banque A. _____, les appréciations rassurantes de la communauté financière internationale sur le groupe A. _____, les crédits accordés, l'effet rassurant du relâchement, à partir de janvier, des mesures exigées par la FINMA quant à l'exposition sur le groupe A. _____, le travail de l'auditeur externe. En outre, il est certes vrai que la déclaration de la FINMA selon laquelle la réalisation du plan de restructuration était notamment conditionnée à la continuation des investissements des clients au sein du groupe ne ressort pas en ces termes du procès-verbal de l'entretien avec le recourant ; cela étant, on ne saurait le suivre lorsqu'il avance que ces propos auraient été sortis de leur contexte. Quoi qu'il en soit, ces déclarations ne sont en réalité pas décisives afin d'apprécier l'absence de réaction du recourant à la fin de l'année 2013. Quant à la mention que le recourant aurait été au centre de toutes les démarches entreprises par le groupe A. _____, il convient - indépendamment du point de savoir si cette conclusion de la FINMA qui relève davantage de l'appréciation d'un fait que de son établissement - de souligner qu'elle n'a en réalité aucun poids dans l'analyse de son comportement dans la présente affaire. L'ensemble des ajouts factuels proposés par le recourant insistant sur le caractère peu clair et provisoire des premiers éléments connus ne sont pas non plus décisifs en ce sens que ce caractère a déjà été admis et ne fait pas obstacle aux constatations de l'autorité inférieure.

E. 18.3

Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que l'autorité inférieure a correctement délimité le cadre des faits pertinents. Qu'elle ait écarté les compléments factuels présentés par le recourant sortant de ce cadre n'apparaît pas critiquable. Partant, le grief du recourant doit être rejeté.

E. 19

Le recourant requiert que plusieurs mesures d'instruction soient réalisées. Il s'agit d'une part de la production de nombreuses pièces en mains notamment de la FINMA, du réviseur externe, de la Banque M._____, de la liquidatrice ; il sollicite en outre l'audition de nombreux témoins. Selon l'art. 33 al. 1 PA, l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits. Par ailleurs, le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) comprend notamment le droit pour l'intéressé de produire des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves (cf. ATF 136 I 265 consid. 3.2 ; 135 II 286 consid. 5.1). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former 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 (cf. ATF 136 I 229 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1 ; 125 I 127 consid. 6c/cc in fine) (cf. supra consid. 7). En l'espèce, il convient de rappeler que les faits pertinents de la cause se limitent à la connaissance par le recourant des informations partielles concernant les difficultés financières de A.G._____. Or, les pièces figurant au dossier sont suffisantes pour établir ces faits de sorte que les mesures d'instruction, soit la production de pièces et l'audition des témoins proposées par le recourant ne s'avèrent pas nécessaires. Par conséquent, le tribunal, procédant par appréciation anticipée des preuves, renonce aux pièces ainsi qu'aux auditions de témoins. Il y a donc lieu de rejeter les réquisitions de preuves correspondantes déposées par le recourant en ce sens.

E. 20

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu 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. 21.1

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 et 4 FITAF). En l'espèce, le recourant a succombé dans l'ensemble de ses conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à 7'000 francs, doivent être intégralement mis à sa charge. Ils seront compensés par l'avance de frais de 7'000 francs versée par le recourant dès l'entrée en force du présent arrêt.

E. 21.2

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

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