Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Cour II
B-5535/2009
{T 0/2}

Arrêt du 6 mai 2010

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège), Ronald Flury et Stephan Breitenmoser, juges,
Fabienne Masson, greffière.

Parties

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____,
4. **D.**_____ **AG**,
5. **E.**_____ **AG**,

tous représentés par
Me Alain Hirsch et Me Lionel Aeschlimann, avocats,
recourants,

contre

Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA,
Einsteinstrasse 2, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Garantie d'une activité irréprochable et exigence d'une organisation adéquate / menace de retrait d'autorisation.

Faits :

A.
X._____ (ci-après : la banque) est une banque ayant son siège à (...), constituée sous la forme d'une société en commandite dont le but social est l'exploitation d'une banque privée. Elle se trouve au bénéfice des autorisations d'exercer une activité de banquier privé et de négociant en valeurs mobilières délivrées par la Commission fédérale des banques (CFB ; depuis le 1er janvier 2009, l'Autorité de surveillance des marchés financiers, FINMA). Au 31 décembre 2008, le Comité des associés gérants (associés indéfiniment responsables) se composait de A._____ avec une part sociale de 25%, de F._____ avec une part sociale de 25% et de B._____ avec une part sociale de 6%. A la même date, l'Assemblée des associés se composait des trois associés gérants précités ainsi que de C._____ avec une part sociale de 6%, de D._____ AG sise à (...) avec une part sociale de 34.4% (détenue par F._____, A._____ et leur père G._____) et, enfin, de E._____ AG sise à (...) avec une part sociale de 3,6% (détenue notamment par I._____, J._____ et K._____, tous trois membres de la direction de X._____).

A.a Par courrier du 13 février 2009 à la banque et renvoyant au rapport d'audit de la société Y._____ SA (ci-après : Y._____) du 29 janvier 2009, la FINMA a constaté que seuls cinq des 27 points issus d'irrégularités ou de recommandations de Y._____ ont été réglés ; elle a relevé qu'une partie importante des questions en suspens concernait le domaine compliance au sens large (établissement de directives et procédures, rapport d'activité du responsable aux organes du groupe, manquement dans les domaines "know your customer", CDB, LBA/OBA, etc.) et se retrouvait de façon répétée, sous une forme ou une autre, dans les rapports d'audit des quatre derniers exercices. Elle a enjoint X._____ de prendre, dans les plus brefs délais, les mesures qui s'imposaient et de veiller à une application stricte, au sein de la banque, de la réglementation interne et externe.

A.b Le 5 mai 2009, l'Assemblée des associés de X._____ a approuvé à la majorité de 75% des parts la résiliation de la participation de F._____ dans la banque ainsi que la nomination de G._____ comme nouvel associé indéfiniment responsable.

A.c En date du 13 mai 2009, la FINMA a fait savoir à X._____ avoir été informée du litige opposant F._____ aux autres associés et se demandait si l'établissement remplissait encore toutes les conditions pour une activité bancaire et de négociant, notamment en matière d'organisation et de garantie d'une activité irréprochable. Elle a informé la banque qu'elle envisageait de prononcer le retrait des autorisations et de nommer des liquidateurs, lui fixant un délai pour se déterminer.

A.d Dans leur prise de position du 2 juin 2009, A._____, B._____, C._____, D._____ AG et E._____ AG, représentant 75% des parts sociales de la banque, ont rappelé les circonstances entourant le litige entre les associés. La résiliation de la participation de F._____ avait été rendue nécessaire par le fait que ce dernier n'entendait pas collaborer avec les deux autres associés gérants malgré des tentatives de conciliation. Son exclusion était apparue comme la seule solution possible, étant précisé que le fonctionnement pratique de la banque ne s'avérait pas affecté par ce litige. Les prénommés ont toutefois admis que, d'une part, la décision d'exclusion ne déployait ses effets que pour la fin de l'exercice en cours, soit le 31 décembre 2009 et que, d'autre part, la nomination de G._____ comme associé indéfiniment responsable n'était pas valable puisqu'il avait dépassé l'âge de 70 ans. Ils ont par ailleurs annoncé la création d'un Tribunal arbitral appelé à se pencher sur dite exclusion et dont la sentence était attendue pour la fin de l'année 2009. Pour le reste, ils ont fait part de leur décision de transformer, aussi rapidement que possible, la banque en société anonyme ; dans cette attente et afin de garantir la gestion de la banque, deux nouveaux associés gérants – I._____ et J._____ – ont été élus. S'agissant des mesures envisagées par la FINMA, lesdits associés ont considéré qu'un retrait des autorisations serait disproportionné et que la solution la plus efficace consisterait à donner un mandat spécial à l'organe de révision ou à nommer un chargé d'enquête.

Dans sa détermination du 5 juin 2009, F._____ a également relevé la question de la proportionnalité de la mesure envisagée par la FINMA et a présenté ses solutions soit, d'un côté, diverses étapes devant conduire à la transformation de la banque en société anonyme et au retrait des associés gérants actuels devenant membres du conseil d'administration, soit, de l'autre, le rachat de la banque par une banque privée plus importante de la place.

B.
Par décision du 6 juillet 2009, la FINMA a constaté que X._____ ne remplissait plus les conditions d'autorisation pour exercer une activité bancaire ou de négociant en valeurs mobilières (ch. 1 du dispositif). Elle lui a ordonné de régulariser sa situation afin de remplir l'ensemble des conditions requises dans un délai échéant le 30 janvier 2010, faute de quoi les autorisations d'exercer une activité bancaire et de négociant en valeurs mobilières lui seraient retirées avec effet immédiat par décision séparée (ch. 2). Elle a par ailleurs pris diverses mesures provisoires immédiatement exécutoires. À cet effet, Mes O._____ et P._____ ont été nommés chargés d'enquête avec pour tâche : de veiller au respect des règles de surveillance prudentielle et d'informer sans délai la FINMA de toute violation éventuelle ; de rendre compte à la FINMA de leurs constatations dans un rapport mensuel ; de prendre des mesures de sauvegarde urgentes en cas de mise en danger des intérêts des créanciers et des déposants, dans l'attente d'une décision exécutoire de la FINMA (ch. 3). Toutes les décisions individuelles des associés ne ressortant pas des affaires courantes de X._____ de même que toute décision du Comité des associés gérants ou de l'Assemblée des associés n'étant pas prise à l'unanimité devaient être soumises aux chargés d'enquête pour vérifier que celles-ci ne mettaient pas en danger les intérêts des créanciers de la banque (ch. 4). Enfin, X._____ et ses organes étaient tenus, sous menace d'une amende, de fournir aux chargés d'enquête toutes les informations et pièces qui leur étaient nécessaires pour mener à bien leur tâche ainsi que de leur donner un accès à tous les locaux dans lesquels la banque exerce son activité (ch. 5).

A l'appui de son argumentation, la FINMA a exposé que le rapport sur l'audit prudentiel pour l'année 2007 établi par Y._____ faisait état de trois irrégularités relatives au respect des règles en matière de lutte contre le blanchiment auprès de certaines sociétés du groupe, au non-respect par la banque du ratio de 120% de fonds propres (113% à fin 2007) ainsi qu'à la tenue du journal de bourse ; elle a précisé que Y._____ avait, à cette occasion, émis plus d'une dizaine de recommandations qui n'ont pas été suivies dans le délai. Elle a rappelé que la CFB avait, par courrier du 28 juillet 2008, demandé à la banque de mettre en place des mesures pour calculer ses fonds propres sur une base hebdomadaire si le taux de couverture devait à nouveau diminuer et s'approcher de la limite de 120% ; dite commission avait

également, lors d'une séance le 19 novembre 2008, invité la banque à réfléchir à des mesures de renforcement de ses fonds propres. La FINMA a en outre ajouté que le rapport de Y._____ du 11 juin 2009 sur l'audit prudentiel concernant l'exercice 2008 signalait à nouveau trois irrégularités relatives à la fonction compliance, au respect des règles en matière de lutte contre le blanchiment par certaines sociétés du groupe ainsi qu'au litige entre les associés de la banque.

La FINMA s'est ensuite référée aux différents litiges ayant opposé les associés de X._____ depuis 1991 et, en particulier, à celui dont elle avait été informée début 2009 opposant F._____ aux autres associés de la banque. Le prénommé avait en effet sollicité le 20 avril 2009 l'intervention de la FINMA ainsi que la nomination d'un chargé d'enquête au sein de la banque, reprochant à son frère A._____ la convocation de l'Assemblée des associés dont l'objectif tendait à résilier son pouvoir de gestion et à le remplacer par son père G._____ en tant que nouvel associé indéfiniment responsable. L'autorité inférieure a indiqué en outre que la direction de la banque lui avait fait part de la détérioration des relations entre F._____ et l'ensemble des autres associés de la banque, en particulier avec les autres associés gérants, A._____ et B._____ ; elle a relevé que le Comité des associés gérants de la banque n'avait pas pu statuer, à plusieurs reprises, en raison de l'opposition entre les associés gérants et que l'Assemblée des associés avait dû trancher les questions ouvertes. Enfin, elle a mentionné la position de la direction de l'établissement selon laquelle l'opposition entre les associés gérants n'aurait toutefois jamais bloqué le fonctionnement de la banque ni de ses organes ; tant la banque que les clients ne courraient ainsi pas de risques particuliers.

C.
Par mémoire du 2 septembre 2009, mis à la poste le même jour, A._____, B._____, C._____, D._____ AG et E._____ AG (ci-après : les recourants) recourent contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant, sous suite de frais, préalablement à la suspension de la procédure jusqu'à la fin de l'année 2009, soit jusqu'au prononcé de la sentence au fond du Tribunal arbitral sur l'exclusion de F._____ comme associé de la banque ; au fond, ils concluent à l'annulation des ch. 1 et 2 du dispositif de la décision entreprise.

A l'appui de leur recours, ils reprochent en premier lieu à l'autorité inférieure de n'avoir pas tenu compte de la nomination de deux nouveaux associés indéfiniment responsables, intervenue le 19 juin 2009, et de n'en avoir pas clairement expliqué les raisons. Ils estiment que dite nomination doit être considérée comme juridiquement valable jusqu'à la sentence du Tribunal arbitral. Ils avancent qu'elle rend possible, nonobstant le conflit les opposant à F._____, un fonctionnement normal de la banque, écartant toute paralysie de ses organes, contrairement à ce qu'a affirmé la FINMA dans sa décision. Ils ajoutent prendre toutes les mesures pour permettre un bon fonctionnement de la banque, notamment s'agissant d'améliorations de la fonction compliance, y compris la mise en oeuvre des règles pour lutter contre le blanchiment d'argent, non seulement au sein de la banque mais aussi et surtout dans les autres sociétés du groupe ; selon eux, le résultat de ces mesures sera confirmé dans le rapport spécial du réviseur prévu pour fin septembre 2009. S'agissant des ratios de fonds propres de la banque, les recourants déclarent qu'ils étaient satisfaisants à la date de la décision. Reconnaissant que les litiges successifs puissent inquiéter la FINMA, ils expliquent tomber d'accord sur une transformation de la banque en société anonyme, mais signalent que cette transformation n'est pas réalisable avant la sentence du Tribunal arbitral ; ils relèvent à ce propos que l'autorité inférieure ne prétend pas que la banque ne remplirait plus les conditions d'autorisation du seul fait qu'elle revêt encore la forme d'une société en commandite. Sur le reproche de la FINMA que l'organisation de la banque ne s'avère plus adéquate compte tenu des nombreuses possibilités de blocage des différents organes de la banque, les recourants soutiennent que cet argument était pertinent jusqu'au 19 juin 2009 puisque, par la suite, la nomination de deux nouveaux associés gérants a mis fin à ce blocage.

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

E.
En date du 15 décembre 2009, le Tribunal arbitral a rendu sa sentence prononçant : que la décision de l'Assemblée des associés du 5 mai 2009 résiliant la participation de F._____ de X._____ est pleinement valable et déboute F._____ de ses conclusions en nullité de celle-ci ; que, dès lors, il y a lieu de radier l'inscription de F._____

au registre du commerce ; que la décision de l'Assemblée des associés du 19 juin 2009 est valable sauf dans la mesure où elle dispense I._____ et J._____ de participer aux pertes et, en conséquence, déboute F._____ de ses conclusions en nullité de celle-ci. En outre, le Tribunal arbitral déboute F._____ de ses conclusions tendant à la radiation des associés majoritaires au registre du commerce ; en tant que besoin, il dit que la décision du 5 mai 2009 désignant G._____ comme associé indéfiniment responsable de X._____ est nulle et de nul effet ; il donne acte aux parties de ce qu'elles ont signé un accord concernant l'évaluation contractuelle de X._____.

Invitée à se déterminer sur la sentence du Tribunal arbitral, la FINMA a indiqué, par courrier du 8 janvier 2010, avoir pris acte de son dispositif. Elle rappelle que la décision dont est recours se fonde sur les trois conflits successifs entre associés au sein du groupe ainsi que sur les faiblesses organisationnelles constatées en matière de compliance et de fonds propres et non pas uniquement sur le dernier litige entre associés. Elle considère que, dans la mesure où l'ensemble des faiblesses précitées ne sont pas encore régularisées et que la transformation de la société en SA ne pourra pas être achevée d'ici fin janvier 2010, sa décision du 6 juillet 2009 conserve son actualité. En outre, elle relève que, même si le litige a pris fin, tous les aspects organisationnels de la sortie de F._____ ne s'avèrent pas encore formellement réglés. Pour le surplus, elle a renoncé à se déterminer de manière détaillée sur le contenu de la sentence arbitrale et persisté dans ses conclusions.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Droit :

1.

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

1.2 En vertu de l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), ledit Tribunal connaît des

recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. Demeurent réservées les exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 LTAF.

L'acte entrepris constitue une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. a PA susceptible de recours auprès du Tribunal administratif fédéral en vertu des art. 31 et 33 let. e LTAF en relation avec l'art. 54 de la loi sur la surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (LFINMA, RS 956.1).

Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

1.3 Les recourants, qui ont pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, sont spécialement atteints par la décision et ont un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors leur être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA).

1.4 Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 11, 22a, 50 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.

2.

2.1 La LFINMA est entrée intégralement en vigueur le 1er janvier 2009. Cette loi vise à regrouper la surveillance étatique des banques, des entreprises d'assurance et des autres intermédiaires financiers au sein d'une seule autorité de surveillance afin notamment de renforcer le contrôle des marchés financiers. Ainsi, la CFB, l'Office fédéral des assurances privées et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent sont remplacés par la FINMA dès le 1er janvier 2009 (art. 58 al. 1 LFINMA).

2.2 La FINMA exerce la surveillance conformément aux lois sur les marchés financiers (art. 6 al. 1 LFINMA) notamment la loi sur les banques du 8 novembre 1934 (LB, RS 952.0) et la loi sur les bourses

du 24 mars 1995 (LBVM, RS 954.1). Elle a pour but de protéger les créanciers, les investisseurs et les assurés, et d'assurer le bon fonctionnement des marchés financiers ; elle contribue ce faisant à améliorer la réputation et la compétitivité de la place financière suisse (art. 5 LFINMA). En tant qu'autorité de surveillance, il lui incombe également de déterminer si une entreprise est assujettie à la loi et si elle doit avoir une autorisation (art. 1 et 3 LB ; ATF 126 II 111 consid. 3). Elle prend les décisions nécessaires à l'application des lois sur les marchés financiers, notamment la LB, ainsi que de leurs dispositions d'exécution et veille au respect des prescriptions légales ; si elle apprend que des infractions aux prescriptions légales ou d'autres irrégularités ont été commises, elle prend les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal et à la suppression des irrégularités (art. 31 LFINMA, art. 23bis et 23ter LB). En vertu de l'art. 36 LFINMA, la FINMA peut charger un spécialiste indépendant (chargé d'enquête) d'effectuer une enquête dans l'établissement d'un assujetti pour élucider un fait relevant de la surveillance ou pour mettre en oeuvre les mesures de surveillance qu'elle a ordonnées ; la nomination de chargés d'enquête ne nécessite pas la constatation préalable de la violation d'une disposition légale, il suffit qu'il existe des indices objectifs à cet égard et que seul un contrôle sur place permette de définitivement élucider les faits.

3.

Les recourants contestent entièrement les chiffres 1 et 2 du dispositif de la décision attaquée et concluent à leur annulation. Aux termes du ch. 1, il est constaté que X._____ ne remplit plus les conditions d'autorisation pour exercer une activité bancaire ou de négociant en valeurs mobilières ; selon le ch. 2, il est ordonné à X._____ de régulariser sa situation afin de remplir l'ensemble des conditions requises, étant précisé que si elle n'y parvient pas au 30 janvier 2010, les autorisations d'exercer une activité bancaire et de négociant en valeurs mobilières lui seront retirées avec effet immédiat par décision séparée. Il est précisé dans les considérants de la décision que la FINMA reproche tout d'abord aux recourants une violation de la garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c LB et art. 10 al. 2 let. d LBVM) et le non-respect de la condition d'une organisation adéquate (art. 3 al. 2 let. a LB et art. 10 al. 2 let. a LBVM) ; l'autorité inférieure renvoie en outre aux divers rapports d'audit et fait grief de nombreux manquements en particulier au niveau de la fonction compliance et en matière de fonds propres.

4.

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

En l'espèce, la banque est simultanément au bénéfice d'une autorisation d'exercer une activité de banquier privé ainsi que d'une autre de négociant en valeurs mobilières délivrées par la CFB.

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

4.1.1 Aux termes de l'art. 49 PA, le recourant peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et l'inopportunité de la décision attaquée ; le Tribunal administratif fédéral dispose généralement d'une pleine cognition. Cela vaut en principe également pour les recours contre les décisions de la FINMA. Toutefois, s'agissant du contrôle de l'exercice du pouvoir d'appréciation, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet que, dans les domaines qui requièrent de hautes connaissances techniques, l'autorité de recours fasse preuve de retenue et s'en remette à l'appréciation des autorités spécialisées lesquelles doivent, de par la loi, procéder aux contrôles requérant lesdites connaissances (ATF 108 Ib 196 consid. 1b ; cf. FRANCESCO BERTOSSA, Der Beurteilungsspielraum :

Zur richterlichen Kontrolle von Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen im Verwaltungsrecht, Berne 1984, p. 91 ; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd., Zurich 1998, n° 644 s.).

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

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

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

4.1.3 L'art. 3 al. 2 let. c LB vise en premier lieu à protéger les créanciers et, par là, à préserver la crédibilité dont doivent bénéficier les banques et l'ensemble de la place financière suisse. Il est ainsi nécessaire que les personnes chargées d'administrer et de gérer une banque possèdent les compétences professionnelles requises par leur charge qui dépendent de l'étendue et de la nature de la fonction, de même que de la taille et de la complexité de l'établissement. Ces personnes doivent en outre se comporter correctement en affaires et respecter la législation en vigueur – soit les dispositions en matière bancaire et boursière mais également civile et pénale –, les directives et la pratique des autorités de surveillance, ainsi que les usages de la profession et les directives internes (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2A.261/2004 consid. 1 et les références citées publié in : Bulletin CFB 46 p. 31 ; ATAF 2008/23 consid. 3.1). Elles sont également tenues au respect des accords contractuels les liant aux clients et observent les devoirs de diligence et de loyauté à l'encontre de ces derniers (cf. KLEINER/SCHWOB, in : Kommentar zum Bankengesetz, n° 191 ss ad art. 3 [édition avril 2005] ; CHRISTOPH WINZELER, in : Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler, Basler Kommentar zum Bankengesetz, Bâle/Genève/Munich 2005, n° 16 et 25 ad art. 3 ; HUBER, in : Basler Kommentar zum Börsengesetz, n° 60 ad art. 10 al. 1 – 4 et les références citées ; Bulletin CFB 45, p. 164 consid. 1c). S'agissant des négociants en valeurs mobilières, les devoirs d'information, de diligence et de loyauté sont expressément ancrés, de manière similaire, à l'art. 11 LBVM.

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

De la sorte, un directeur de banque, par exemple, doit posséder des dispositions de caractère et des compétences professionnelles suffisantes pour conduire aux destinées d'un établissement de crédit. L'exigence de la garantie d'une activité irréprochable revêt une

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

4.1.4 Le contrôle des exigences professionnelles et personnelles posées par l'art. 3 al. 2 let. c LB poursuit un but exclusivement préventif – que l'on retrouve dans le terme "garantie" – et non répressif. L'autorité inférieure ne prononce pas de sanctions pour les comportements répréhensibles ; sa tâche consiste uniquement à évaluer les risques futurs. Ainsi, la garantie fait défaut lorsqu'il y a lieu de craindre, pour l'avenir, que les personnes impliquées constituent un danger pour les intérêts de la banque, de ses clients ainsi que pour la réputation de la place financière suisse (cf. AELLEN, op. cit., p. 200). En d'autres termes, l'autorité inférieure est tenue de rechercher si, en raison d'événements passés, les conditions de la garantie d'une activité irréprochable sont toujours remplies et quel pronostic peut être fait pour la suite (cf. Bulletin CFB 45, p. 164 consid. 1b). Toutefois, pour que la garantie d'une activité irréprochable soit contestée dans un cas particulier, il faut encore que les faits reprochés s'avèrent d'une certaine importance de sorte qu'il apparaisse comme vraisemblable qu'un acte similaire se reproduise à l'avenir. La simple possibilité ne suffit pas (cf. KLEINER/SCHWOB, in : Kommentar zum Bankengesetz, n° 181 ad art. 3 [édition avril 2005] ; AELLEN, op. cit., p. 140 et 199 ss).

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

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

S'agissant enfin du litige le plus récent, la FINMA explique que F._____ a, le 20 avril 2009, sollicité son intervention ainsi que la nomination d'un chargé d'enquête. Le reproche portait essentiellement sur la convocation d'une Assemblée des associés de la banque, émise par son frère A._____, dont l'objectif tendait à résilier son pouvoir de gestion et à le remplacer par son père G._____ en tant que nouvel associé indéfiniment responsable. Elle note avoir été informée de la détérioration des relations entre F._____ et l'ensemble des autres associés de la banque, en particulier avec les autres associés gérants, A._____ et B._____. Elle explique que, selon la direction de la banque, le conflit remonterait à l'été 2008 où une différence de conception était apparue s'agissant du rôle des associés gérants de la banque ; à plusieurs reprises, le Comité des associés gérants de la banque n'avait pas pu statuer en raison de l'opposition régnant entre les associés gérants si bien que c'est l'Assemblée des associés qui a été amenée à trancher les questions ouvertes. La direction aurait ajouté que les relations entre F._____ et les autres associés ainsi que la direction de la banque se seraient dégradées complètement, amenant les autres associés à proposer le retrait des pouvoirs de gestion à F._____ ; l'opposition entre les associés gérants n'aurait toutefois jamais bloqué le fonctionnement de la banque ni de ses organes de sorte que tant la banque que ses clients ne courraient pas de risques particuliers.

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

La FINMA note que, compte tenu des divergences constantes opposant F._____ aux deux autres associés indéfiniment responsables, le Comité des associés gérants de la banque est paralysé et les décisions sont prises par l'Assemblée des associés à qui il revient de trancher ; la grave mésentente entre les associés risquerait également de perturber la gestion des affaires de la direction dès lors que ceux-ci disposent d'un droit de veto à cet effet. La FINMA ajoute qu'il s'agit du troisième conflit familial opposant les associés au sein du groupe depuis 1991. Elle indique que ces litiges se sont étendus sur plusieurs années et que la réorganisation de la banque, fin 2007, à la suite de la sortie de H._____ n'a toutefois pas écarté définitivement tout risque de paralysie puisque le troisième conflit a débuté quelques mois à peine après dite réorganisation. Elle déclare enfin que les associés ont déployé toute leur énergie à la gestion de la crise au détriment des affaires de la banque malgré les nombreuses faiblesses qu'elle présentait.

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

Par sentence du 15 décembre 2009, le Tribunal arbitral a confirmé, d'une part, l'exclusion de F._____ et, d'autre part, la nomination des

deux associés gérants votée lors de l'assemblée du 19 juin 2009, sauf toutefois dans la mesure où elle dispense ces derniers de participer aux pertes.

4.3

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

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

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

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

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

4.4 L'autorité inférieure a estimé que les divers conflits – certes liquidés à ce jour – ayant opposé les recourants et d'autres associés ne s'avèrent pas compatibles avec l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable. Au regard de l'ensemble de ce qui précède et considérant les risques que constituent, pour l'avenir, des litiges tels que ceux qui se sont déroulés de façon répétée au sein de la banque, le Tribunal de céans, sur la base des allégués de la FINMA et faisant preuve de la retenue qui prévaut en la matière dont rien ne justifie l'abandon, doit admettre que cette appréciation ne s'avère pas critiquable.

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

5.
L'autorité inférieure reproche par ailleurs aux recourants le défaut

d'une organisation adéquate en raison des nombreuses possibilités de blocage des différents organes de la banque par les associés en cas de litige et l'impossibilité pour les associés de s'entendre et de collaborer sainement. Elle ajoute que la conduite stratégique de la banque ainsi que la haute surveillance de son activité ne sont plus garanties. S'agissant de la nomination des deux nouveaux associés gérants – et en raison de la procédure arbitrale toujours pendante – la FINMA avait refusé de la reconnaître aussi longtemps que le Tribunal arbitral n'aurait pas rendu sa décision au fond ou que les associés ne lui auraient pas présenté une solution commune. Elle relève en outre que le règlement d'organisation et d'entreprise adopté par le Comité des associés gérants le 23 décembre 2008 auquel se réfèrent les recourants ne saurait s'appliquer puisqu'il n'a jamais été approuvé par la FINMA ; il ne lui a été soumis qu'en août 2009 et doit subir encore plusieurs adaptations pour répondre aux exigences requises. Elle renvoie aux divers rapports d'audit et fait état de nombreux manquements, en particulier en relation avec la fonction compliance.

Les recourants admettent que l'argument relatif aux possibilités de blocage se révélait pertinent, mais ce uniquement jusqu'au 19 juin 2009, soit à la date de la nomination de I._____ et J._____ en qualité d'associés gérants. Avant cette date, un blocage était possible au sein du Comité des associés gérants chargé de la direction suprême de la banque, en cas de veto de F._____ disposant de 44,65 % des voix, dit comité prenant ses décisions à une majorité de 70% des voix ; les recourants reconnaissent qu'une paralysie pouvait également se produire au niveau du fonctionnement de la direction dans la mesure où, conformément au règlement d'organisation et d'entreprise, les associés gérants ont toujours la faculté de prendre part aux séances de la direction et chaque associé gérant peut, par son droit de veto, transférer le pouvoir de prendre une décision de la direction au Comité des associés gérants. Ils soulignent toutefois qu'après la nomination de I._____ et J._____ le 19 juin 2009, F._____ ne disposait plus que de 29% des voix et n'était ainsi plus en mesure de s'opposer seul à une décision du Comité des associés gérants. Ils précisent que, depuis le 19 juin 2009, la banque fonctionne à nouveau de manière normale. Les recourants font également remarquer que le fait que les deux nominations n'avaient pas encore été inscrites au registre du commerce ne s'avérait pas déterminant dès lors qu'une telle inscription n'est assortie que d'un effet déclaratif.

Ainsi donc, les recourants font grief à l'autorité inférieure de n'avoir nullement tenu compte desdites nominations.

5.1 Aux termes de l'art. 3 al. 2 let. a LB, l'autorisation est accordée lorsque les statuts, les contrats de société et les règlements de la banque en définissent exactement le champ d'activité et prévoient l'organisation correspondant à cette activité ; lorsque son but social ou l'importance de ses affaires l'exige, la banque doit instituer d'une part des organes de direction et, d'autre part, des organes préposés à la haute direction, à la surveillance et au contrôle, en délimitant les attributions de chacun d'entre eux de façon à garantir une surveillance appropriée de la gestion. Dite disposition est complétée par les art. 7 ss de l'ordonnance sur les banques du 17 mai 1972 (OB, RS 952.02). Cette exigence – comme toutes les conditions à l'octroi de l'autorisation et notamment de celle portant sur la garantie d'une activité irréprochable (cf. supra consid. 4.1.2) – doit être satisfaite en tout temps. La LBVM prévoit également des exigences relatives à l'organisation et dispose que l'autorisation sera délivrée lorsque l'organisation du négociant et ses règlements garantissent le respect de la présente loi (art. 10 al. 2 let. a LBVM). Cette norme se trouve assortie des art. 19 ss de l'ordonnance sur les bourses du 2 décembre 1996 (OBVM, RS 954.11). Les deux dispositions ne décrivent pas en détail l'organisation respectivement de la banque et du négociant ; elles se contentent d'en définir les contours et les exigences minimales (Bulletin CFB 18, p. 20 consid. 1a ; cf. HERTIG/SCHUPPISSER, op. cit., n° 21 ss ad art. 10).

S'agissant de l'organisation d'une banque exerçant également une activité de négociant en valeurs mobilières, les dispositions de la LB se révèlent prioritaires dans la mesure où la structure de base de l'établissement en tant que banque est en cause, par exemple avec les exigences posées par l'art. 3 al. 2 let. a LB. En revanche, les aspects organisationnels se rapportant spécifiquement à l'activité de négociant tombent sous le coup de la LBVM (cf. BEAT KLEINER/BENNO LUTZ/RENATE SCHWOB/ DIETER ZOBL/CHRISTINE BREINING-KAUFMANN/STEFAN KRAMER, in : Kommentar zum Bankengesetz, Verhältnis des Bankengesetzes zu anderen Gesetzen, n° 1 ss [édition octobre 2009]).

Quant aux banquiers privés, ils n'échappent pas à l'obligation de mettre en place une organisation adéquate conformément à l'art. 3 LB et se voient astreints à consigner dans leur contrat de société ou dans

un règlement les dispositions afférentes à l'organisation de leur établissement (art. 10 OB). Toutefois, leur organisation présentera certaines spécificités en raison de la responsabilité illimitée de leurs associés lesquels garderont très largement en leurs mains la direction et le contrôle (cf. KLEINER/SCHWOB, in : Kommentar zum Bankengesetz, n° 149 ad art. 3 [édition avril 2005]).

5.2 L'argumentation des recourants repose essentiellement sur le point de savoir si la nomination des deux nouveaux associés gérants doit être prise en compte ou non. Avant de se pencher, si nécessaire, sur la question de la validité et des effets de la nomination sous l'angle de la législation sur les marchés financiers nonobstant le refus de la FINMA de se prononcer à leur sujet, il sied en premier lieu de déterminer si cette mesure était suffisante pour rendre l'organisation de la banque conforme à l'impératif légal ou si d'autres aménagements s'avéraient requis.

5.2.1 Pour satisfaire à la condition d'une organisation adaptée au genre d'activités, la banque met d'une manière générale en place un certain nombre de mesures et de procédures administratives pour assurer la maîtrise des affaires. Ces mesures et procédures ont pour but : d'assurer la protection et la sauvegarde des actifs de l'entreprise et de ses clients ; de garantir la sincérité et la fiabilité de l'information comptable et financière ; de promouvoir l'efficacité des opérations et des procédures et d'assurer le respect et l'application des instructions de la direction (cf. Bulletin CFB 18, p. 20 consid. 1a). Ainsi, l'exigence d'une organisation adéquate ne se limite pas à l'organigramme de la société mais porte sur l'ensemble de sa structure et le cadre nécessaire au bon déroulement des affaires.

L'autorité inférieure a, à plusieurs reprises, renvoyé aux différents rapports d'audit faisant état de nombreuses irrégularités ; les constatations ont d'ailleurs fait l'objet de diverses recommandations. Si le rapport complémentaire de Y._____ du 29 janvier 2009 démontre certes que la situation était partiellement régularisée, il n'en demeure pas moins que moult points restaient en suspens ; ainsi, selon ce rapport, cinq points ont été réglés alors que de nouveaux délais ont dû être fixés pour quinze autres. S'agissant en particulier de la fonction compliance, la FINMA se référait, dans la décision entreprise, à son courrier du 13 février 2009 à la banque dans lequel elle constatait qu'une partie importante des points encore en suspens concernaient

le domaine compliance (soit l'établissement de directives et procédures, le rapport d'activité du responsable aux organes, des manquements dans la mise en oeuvre des règles en matière de lutte contre le blanchiment) et se retrouvaient de façon répétée dans les rapports d'audit des quatre dernières années. Elle signalait en outre que le rapport de Y._____ du 11 juin 2009 sur l'audit prudentiel concernant l'année 2008 relevait à nouveau diverses irrégularités, notamment en relation avec la fonction compliance. Au demeurant, la FINMA a requis un rapport spécial de la société d'audit jusqu'au 30 septembre 2009 couvrant le domaine compliance dans le cadre d'un champ d'audit supplémentaire.

Dans leur mémoire de recours du 2 septembre 2009, les recourants affirment avoir pris une série de mesures améliorant la fonction compliance (y compris la mise en oeuvre des règles pour lutter contre le blanchiment d'argent) non seulement au sein de la banque X._____ elle-même, mais aussi et surtout dans les autres sociétés du groupe qui sont consolidées sous la surveillance exercée par la FINMA. Ils ajoutent que le résultat de ces mesures sera sans doute confirmé dans le rapport spécial qui doit être établi à ce sujet par le réviseur de la banque à fin septembre 2009.

5.2.2 En l'espèce, il sied d'observer que les recourants n'ont à aucun moment réfuté les constatations de l'organe de révision ou celles de la FINMA ; ils ne prétendent pas que les manquements mis en évidence par ces organes – touchant également d'autres domaines que la fonction compliance – n'auraient pas existé. De plus, hormis des mesures en matière de compliance et la régularisation de certains manquements, il n'apparaît pas établi que les recourants auraient mis en oeuvre, à la date de la décision, des moyens susceptibles de pallier les irrégularités subsistant et ayant fait l'objet de recommandations dans les rapports d'audit prudentiel. De surcroît, la volonté des associés de transformer la société en commandite en une société anonyme ne les dispense pas de remplir, dans l'intervalle et de manière constante, toutes les conditions requises.

5.2.3 Par voie de conséquence, rien ne permet de s'écarter du constat de l'autorité inférieure, fondé sur les rapports d'audit versés au dossier, selon lequel de nombreuses autres irrégularités n'étaient pas résolues lorsque la décision a été rendue. Ce constat s'impose indépendamment de la prise en compte de la nomination des deux

associés gérants. Point n'est dès lors besoin de se prononcer sur cette problématique dans le cadre de la présente procédure.

5.3 Au regard de ce qui précède, l'appréciation de la FINMA selon laquelle l'organisation de la banque, y compris le domaine compliance, ne donnait pas satisfaction et ne pouvait être qualifiée d'adéquate au sens des art. 3 al. 2 let. a LB et 10 al. 2 let. a LBVM, n'apparaît pas critiquable. Pour ce motif également, le recours doit être rejeté.

6.

La FINMA reproche enfin aux recourants de n'avoir pas garanti continuellement le seuil minimum de 120% de ratio de couverture des fonds propres. Elle relève dans sa décision que, si le ratio de couverture II des fonds propres atteignait encore 138% fin 2008, la banque ne disposait à la fin du premier trimestre 2009 plus que d'un ratio de 119.5% selon les chiffres non encore audités au 31 mars 2009. Elle indique en outre que, selon le rapport d'audit prudentiel pour l'année 2007 établi par Y._____, dit ratio ne s'élevait qu'à 113% à fin 2007 et que la CFB avait déjà demandé à la banque, le 28 juillet 2008, de mettre en place des mesures pour calculer ses fonds propres sur une base hebdomadaire si le taux devait à nouveau diminuer et se rapprocher de la limite de 120%. Lors d'une séance avec la banque le 19 novembre 2008, la CFB avait également invité cette dernière à réfléchir à des mesures de renforcement des fonds propres.

Les recourants ne contestent pas que le ratio de couverture II des fonds propres doit s'élever à 120%, conformément aux exigences de la CFB puis de la FINMA (cf. Rapport de gestion 2002). De plus, ils admettent que dit ratio se montait à 119.54% au 31 mars 2009. Ils ajoutent cependant qu'il atteignait 146.60% au 30 juin 2009, étant précisé qu'il tenait compte des apports effectués par les deux nouveaux associés le 19 juin 2009. Ils estiment dès lors que les ratios de fonds propres de la banque étaient satisfaisants à la date de la décision.

Il paraît justifié de s'interroger sur la nécessité pour la banque de prendre d'autres mesures concernant les fonds propres, notamment – comme l'ont relevé les chargés d'enquête – pour limiter les liquidités qu'elle détient pour des tiers, pour le cas où le Tribunal arbitral n'aurait pas confirmé la validité desdites nominations. La problématique relative aux fonds propres ne s'avère toutefois pas déterminante pour

l'issue du présent litige. En effet, puisqu'il a été exposé ci-dessus que les conditions de garantie d'une activité irréprochable et d'une organisation adéquate ne sont pas remplies, il ne peut donc de toute façon être fait suite aux conclusions des recourants tendant à l'annulation des ch. 1 et 2 du dispositif de la décision, même dans l'hypothèse où l'on devrait admettre que les exigences en matière de fonds propres étaient respectées.

7.
Le choix de la mesure à adopter dans une situation concrète se révèle une question d'appréciation. La FINMA, en tant qu'autorité spécialisée dans la surveillance des banques, jouit d'une importante marge de manoeuvre dans le choix des mesures qu'elle décide d'appliquer. L'autorité inférieure doit cependant se conformer aux principes généraux régissant toute activité administrative, ce qui implique notamment l'interdiction de l'arbitraire, le respect de l'égalité de traitement ainsi que des principes de la proportionnalité et de la bonne foi. La mesure choisie doit également 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 (ATF 135 II 356 consid. 3.1, ATF 131 II 306 consid. 3.1.2, ATF 130 II 351 consid. 2.2).

En l'espèce, la sanction prononcée par la FINMA prend la forme d'une menace d'un retrait des autorisations ; elle est assortie de l'obligation de régulariser la situation dans un délai fixé initialement au 30 janvier 2010. Le choix de la mesure appliquée ne s'avère pas critiquable. Elle n'est en effet pas contraire aux principes évoqués précédemment ; elle ne saurait en particulier être qualifiée de disproportionnée. Les recourants ne le prétendent au demeurant pas.

Vu le délai échu, il convient de renvoyer l'affaire à l'autorité inférieure afin qu'elle fixe aux recourants un nouveau délai pour autant que la banque n'ait pas entre-temps déjà régularisé sa situation.

8.
Sur le vu de l'ensemble 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.

9.
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, les recourants ont succombé dans l'ensemble de leurs conclusions. Les frais de procédure s'élèvent à Fr. 7'500.- en tenant compte de la valeur litigieuse – laquelle ne peut cependant pas facilement être évaluée –, de la décision incidente du 10 novembre 2009 sur la suspension de la procédure ainsi que de l'ampleur et de la difficulté de la cause. Ils doivent être intégralement mis à la charge des recourants, soit Fr. 1'500.- chacun. Ils seront compensés par les cinq avances de frais de chacune Fr. 1'500.- déjà versées.

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

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est rejeté.

2.
Une fois le présent arrêt entré en force, un nouveau délai sera imparti, par l'autorité inférieure, aux recourants pour régulariser la situation de la banque afin qu'elle remplisse l'ensemble des conditions d'autorisation requises.

3.
Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 7'500.-, sont mis à la charge des recourants. Ce montant sera compensé par l'avance de frais déjà versée de Fr. 7'500.- dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.
Il n'est pas alloué de dépens.

5.
Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 102461/1028012 ; acte judiciaire)

Le président du collège : La greffière :

Jean-Luc Baechler Fabienne Masson

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 12 mai 2010