Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Cour II
B-1360/2009
{T 0/2}

Arrêt du 11 mai 2010

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Francesco Brentani, Philippe Weissenberger, juges,
Sandrine Arn, greffière.

Parties

X._____,
représenté par Me Philippe A. Grumbach, avocat,
recourant,

contre

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

Objet

Garantie de l'exercice d'une activité irréprochable.

Faits :

A.
X._____ a participé à la création de la banque voise T._____, établissement ayant été racheté par la banque danoise X._____ en septembre 2007. T._____ a alors pris la raison sociale de X._____ Switzerland SA (ci-après : la banque) laquelle est devenue une filiale de X._____, Danemark.

B.
Le groupe X._____ a informé, oralement le 29 août 2008 et par courrier du 1er septembre 2008, la Commission fédérale des banques (CFB) que X._____ avait été démis de ses fonctions de Président du Conseil d'administration de X._____ Switzerland SA avec effet immédiat et suspendu de ses fonctions de responsable du trading pour le groupe X._____ en raison de graves irrégularités en lien avec des opérations réalisées sur le titre G._____ en juillet 2008.

C.
X._____ Switzerland SA a mandaté sa société d'audit Y._____ SA afin de procéder sans délai à une enquête interne en vue d'éclaircir les circonstances de l'affaire. Y._____ SA a, dans le cadre de son mandat, procédé à l'interrogatoire de X._____ et de différents collaborateurs de la banque. Le rapport spécial de Y._____ SA, auquel étaient joints les procès-verbaux desdits interrogatoires, a été adressé en date du 3 octobre 2008 au Conseil d'administration de X._____ Switzerland SA, avec copie à la CFB.

D.
Par courriers des 1er et 3 septembre 2008, X._____ a, par l'intermédiaire de son mandataire, informé la CFB qu'il contestait catégoriquement la réalité des griefs qui lui sont reprochés, quels qu'ils puissent être ; il précisait également que les accusations portées par la banque et la « suspension » de ses fonctions masquaient en réalité un règlement de compte interne entre actionnaires de la banque. Il a par ailleurs requis de la CFB qu'elle lui communique le détail des griefs qui lui sont reprochés par la banque afin qu'il puisse se défendre équitablement.

En date du 4 septembre 2008, la CFB a indiqué à X._____ que X._____ Switzerland SA l'avait informée du fait qu'il avait commis de

graves irrégularités concernant des transactions réalisées sur le titre ntech en juillet 2008. Elle a ajouté qu'à réception du rapport spécial de Y._____ SA et en fonction des éléments en sa possession, elle déciderait de l'opportunité d'ouvrir une procédure administrative à son encontre, procédure au cours de laquelle il bénéficierait alors de tous les droits et obligations afférant à la qualité de partie.

E.
Par courrier du 23 septembre 2008, X._____ a prié la banque de lui communiquer les passages du rapport des réviseurs le concernant dans la mesure où les graves accusations portées à son encontre n'avaient à ce jour pas été formulées de façon précise. La même requête a été déposée auprès de la CFB en date du 26 septembre 2008. Par courrier du 3 novembre 2008, la CFB a informé X._____ qu'elle avait reçu le rapport spécial daté du 3 octobre 2008 établi par Y._____ SA mais que, à ce stade, elle ne pouvait pas le lui transmettre dès lors qu'elle n'avait pas encore décidé de la suite à donner à cette affaire ni ouvert de procédure formelle à son encontre.

F.
En date du 27 novembre 2008, X._____ a, sur sa demande, été reçu par des collaborateurs de la CFB afin d'exposer sa situation. Il a notamment indiqué avoir déposé en date du 29 octobre 2008 devant les tribunaux civils vois une requête de mesures provisionnelles et en droit d'accès à l'encontre de X._____ Switzerland SA et Y._____ SA tendant à ce que ces dernières lui remettent une copie du rapport interne établi par Y._____ SA par souci de protéger toute atteinte à sa réputation en application des art. 28 ss du code civil (protection des droits de la personnalité) et de la loi sur la protection des données. Il a également indiqué avoir entamé des démarches en vue de contester devant les tribunaux danois son licenciement de sa fonction de responsable du trading pour le groupe X._____. Il a enfin précisé vouloir reprendre une activité dans le secteur financier sans toutefois avoir de projet précis pour le moment.

G.
Par courrier du 3 décembre 2008, la CFB a indiqué à X._____ avoir été informée par X._____ et X._____ Switzerland SA des circonstances à l'origine de la suspension immédiate de ses fonctions le 29 août 2008. Elle précise que, à la lecture du rapport spécial du 3 octobre 2008 établi par Y._____ SA et des éléments transmis par X._____ Switzerland SA, il lui est reproché d'avoir demandé en août 2008 - suite à une demande d'entraide administrative internationale

transmise à la banque par la CFB - à un collaborateur de la banque s'il était d'accord d'effectuer une fausse déclaration aux termes de laquelle celui-ci précisait avoir lui-même recommandé l'achat du titre ntech à l'un des clients concerné par une enquête de la Securities & Exchange Commission américaine (SEC). La CFB lui a expliqué que compte tenu de ces circonstances la question se posait de savoir s'il présentait toutes les garanties de l'exercice d'une activité irréprochable auprès d'un établissement soumis à sa surveillance. Dans la mesure où il n'occupait plus de position requérant cette garantie, la CFB a précisé qu'elle n'ouvrait pas de procédure à son encontre pour l'instant mais elle se réservait la possibilité de revenir sur ce point et d'en ouvrir une dès qu'il aurait l'intention d'occuper une position concrète requérant cette condition ou d'acquérir une participation qualifiée auprès d'un établissement soumis à sa surveillance.

H.
Par courrier du 9 décembre 2008, X._____ a requis formellement l'ouverture d'une procédure administrative à son encontre afin qu'il puisse établir son innocence quant aux griefs qui lui sont reprochés. Il a, à cet égard, invité la CFB à procéder aux auditions et confrontations nécessaires.

I.
Par décision du 22 janvier 2009, l'Autorité fédérale des marchés financiers (FINMA) n'est pas entrée en matière sur la demande de X._____ d'ouvrir une procédure formelle à son encontre. L'autorité inférieure a exposé la pratique de la CFB concernant l'examen matériel de la condition de la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable. Elle explique pour l'essentiel qu'elle n'entre en matière sur une demande en constatation de droit portant sur dite garantie qu'en relation avec une fonction déterminée auprès d'un établissement visé, l'examen ne pouvant s'effectuer de manière générale et abstraite sans égard à la fonction ou à la taille et complexité de l'établissement visé. Elle note à cet égard que X._____ n'exerce actuellement plus aucune fonction au sein d'un établissement assujetti à sa surveillance et que la participation qu'il détient est inférieure au seuil de 10 % du capital ou des droits de vote de X._____ Switzerland SA. Elle estime dès lors que ce dernier ne peut pas se prévaloir d'un intérêt suffisant au sens de l'art. 25 PA donnant droit à une décision en constatation. Elle ajoute qu'il n'en irait différemment que si celui-ci envisageait d'occuper un emploi concret au sein d'un établissement déterminé ou d'acquérir une participation qualifiée auprès d'un établissement assujetti ou sur le point de requérir une autorisation de

la FINMA. Elle relève que ce dernier a déclaré envisager reprendre une activité dans le domaine financier sans toutefois présenter de projet concret détaillant l'étendue et la nature de ses futures fonctions. L'autorité inférieure explique que c'est pour cette raison que X._____ a reçu un « courrier concernant la garantie de l'activité irréprochable » par lequel elle l'a invité à reprendre contact avec l'autorité dès qu'il aura l'intention d'occuper une position concrète au sein d'un établissement assujetti à sa surveillance. La FINMA signale enfin que les moyens de preuve portent sur la production de pièces et de documents existants (rapport d'enquête interne de Y._____ SA ainsi que les procès-verbaux des interviews menés par cette dernière avec les personnes impliquées) de même que sur l'audition de témoins. Elle ajoute que ces pièces ne sont pas menacées de disparition et qu'elle pourra en outre procéder ultérieurement sans difficultés insurmontables à l'audition formelle des personnes impliquées et aux confrontations nécessaires, s'il y a lieu d'ouvrir une procédure à son encontre. Elle considère par conséquent inutile d'adopter des mesures conservatoires. Elle rapporte par ailleurs que le contenu essentiel des pièces le concernant versées au dossier dans cette affaire lui a été adressé par courrier séparé - daté du 26 janvier 2009 - en même temps que la présente décision de non-entrée en matière du 22 janvier 2009.

J.
Par écritures du 2 mars 2009, X._____ (ci-après : le recourant) a, par l'intermédiaire de son conseil, formé recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision du 22 janvier 2009 rendue par la FINMA. Il conclut, pour l'essentiel, sous suite de frais et dépens, principalement à l'annulation de la décision querellée et au renvoi de la cause à la FINMA en lui enjoignant d'ouvrir une procédure visant à examiner la réalité des griefs portés à sa connaissance par X._____ Switzerland SA et de conférer la qualité de partie à X._____ ; subsidiairement, ordonner à la FINMA de constater qu'aucune procédure n'est en cours auprès d'elle suite à la dénonciation reçue par courrier du conseil de X._____ Switzerland SA.

A l'appui de ses conclusions, le recourant allègue avoir un intérêt actuel au sens de l'art. 25 PA donnant droit à une décision en constatation concernant la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable. Il précise en l'occurrence que, vu la campagne de dénigrement dont il a fait l'objet, il a toutes les peines du monde à intéresser des partenaires commerciaux potentiels et/ou de futurs

employeurs ; il considère que seule une décision de la FINMA constatant que les faits dénoncés ne sont pas de nature à remettre en cause le caractère irréprochable de son activité passée, serait propre à restaurer sa réputation professionnelle. Il estime en outre que la FINMA peut examiner la condition de l'activité irréprochable de manière concrète au regard de la fonction qu'il occupait au sein de X._____ Switzerland SA. Il soutient encore que la décision de non-entrée en matière de la FINMA consacre un déni de justice formel. Il estime enfin que la pratique de l'autorité inférieure laissant en suspens des questions qui potentiellement motiveraient le retrait de la garantie de l'activité irréprochable constitue de fait une interdiction de la pratique professionnelle et s'avère contraire au principe de la légalité.

K.
Invitée à se prononcer sur le recours, l'autorité inférieure a conclu au rejet de celui-ci dans sa réponse du 28 mai 2009.

Par décision incidente du 30 juin 2009, le Tribunal de céans a rejeté la demande du recourant tendant à la consultation des pièces figurant au dossier produit par la FINMA.

L.
Dans le cadre d'un second échange d'écritures, le recourant s'est exprimé par réplique du 3 juillet 2009. Le recourant y invoque notamment la violation de son droit d'être entendu dans la mesure où il n'a pas eu accès à toutes les pièces du dossier de la FINMA. Il sollicite en outre la tenue d'un débat en application de l'art. 57 al. 2 PA devant le Tribunal de céans notamment compte tenu de l'impossibilité pour lui de produire certaines pièces de l'accord transactionnel passé avec la banque le 19 mars 2009, pièces soumises à des clauses de confidentialité. Il explique en effet avoir signé cet accord avec la banque aux termes duquel X._____ lui rachetait ses titres de participation dans X._____ et l'indemnisait de manière substantielle s'il retirait toutes les procédures en cours en Suisse ainsi qu'à l'étranger et abandonnait toutes les prétentions qu'il faisait valoir contre la banque. Il réitère pour le reste ses précédents griefs.

Quant à l'autorité inférieure, elle s'est déterminée par duplique du 16 juillet 2009.

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 fédérale 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 sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (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 al. 1 de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA, RS 956.1). Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

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

Dans ses écritures, le recourant invoque une violation de son droit d'être entendu dans la mesure où il n'a pas eu accès à toutes les pièces du dossier de la FINMA. II relève notamment que les pièces produites contiennent des incohérences et des contradictions avec les faits dénoncés par la banque, les éléments du dossier étant dans ces

circonstances propres à confirmer le caractère fallacieux des accusations de la banque.

Le droit d'être entendu, consacré à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), comprend en particulier le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier (ATF 129 I 249 consid. 3 ; cf. art. 26 à 28 PA). Le droit de consulter le dossier s'étend à tous les actes essentiels de la procédure, à savoir ceux qui ont servi de base à la décision litigieuse (ATF 121 I 225 consid. 2a et les réf. cit. ; cf. également arrêt du TAF B-1621/2008 du 3 juillet 2008 consid. 3.1). Le droit de consulter le dossier trouve cependant sa limite dans les intérêts publics prépondérants et dans les intérêts légitimes de tiers au maintien du secret (cf. art. 27 PA). L'autorité compétente doit alors procéder à une pesée des différents intérêts en présence pour déterminer si et dans quelle mesure l'accès au dossier peut être limité (ATF 126 I 7 consid. 2b, ATF 122 I 153 consid. 6a, ATF 121 I 225 consid. 2a).

En l'espèce, la décision entreprise par la FINMA s'avère une décision formelle de non-entrée en matière. L'objet du litige tend à déterminer si c'est à juste titre que l'autorité inférieure n'est pas entrée en matière sur la demande en constatation déposée par le recourant au motif que ce dernier ne saurait se prévaloir d'un intérêt digne de protection au sens de l'art. 25 al. 2 PA. La question à résoudre s'attache, en définitive, exclusivement à savoir si le recourant dispose d'un droit à obtenir une décision en constatation.

Il n'est dès lors pas nécessaire, pour répondre à cette question objet du litige, d'examiner la véracité et l'exhaustivité des informations portées à la connaissance de l'autorité inférieure susceptibles de remettre en cause la garantie d'une activité irréprochable du recourant. La présente procédure n'a pas pour objet de vérifier si le recourant présente ou non toutes les garanties d'une activité irréprochable au sens de la législation bancaire. Ainsi, les pièces dont la consultation est demandée par le recourant - notamment l'intégralité du rapport spécial de Y._____ SA daté du 3 octobre 2008 et ses annexes ainsi que divers courriers - ne s'avèrent pas pertinentes pour examiner le bien-fondé de la décision entreprise. Ces dernières n'ont en effet pas servi de fondement à ladite décision de non-entrée en matière.

Nonobstant, il apparaît que les éléments essentiels du dossier

concernant le recourant lui ont été transmis par courrier séparé en même temps que la décision entreprise ; le recourant a reçu entre autres des extraits dudit rapport spécial de Y._____ SA ainsi que les procès-verbaux des deux entretiens menés par cette société d'audit avec deux collaborateurs de la banque (cf. courrier de la CFB daté du 26 janvier 2009). Il convient à cet égard de relever que X._____ Switzerland SA s'était expressément opposée à la transmission du rapport de Y._____ SA au recourant en invoquant notamment les intérêts de ses employés ayant participé aux processus d'enquête interne (cf. courrier du 9 février 2009 du conseil de dite banque). En autorisant dans une mesure restreinte l'accès au dossier au recourant, l'autorité inférieure a tenu équitablement compte des intérêts divergents en présence.

Sur le vu de tout de ce qui précède, il appert que, contrairement à ce que soutient le recourant, son droit d'être entendu n'a pas été violé.

3.
Dans la décision entreprise, l'autorité inférieure a, conformément à sa pratique, refusé d'entrer en matière sur la demande en constatation concernant la garantie d'une activité irréprochable présentée par le recourant en considérant qu'il n'avait pas d'intérêt digne de protection à ce qu'elle statue sur cette garantie dans la mesure où il n'exerçait plus d'activité au sein de la banque et n'était pas sur le point d'occuper une position concrète dans un établissement assujetti à sa surveillance.

Quant au recourant, il soutient que, compte tenu des particularités du cas d'espèce, il dispose d'un intérêt actuel à obtenir une décision en constatation concernant la garantie d'activité irréprochable. Il prétend en particulier qu'en exigeant de présenter à l'autorité inférieure un projet concret pour entrer en matière sur sa demande de constatation, cette dernière commet un déni de justice formel.

3.1 En vertu de l'art. 25 al. 2 PA, une demande en constatation est recevable si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection. Selon la jurisprudence, une autorité ne peut rendre une décision de constatation, au sens des art. 5 al. 1 let. b et 25 PA, que lorsque la constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit est commandée par un intérêt digne de protection, à savoir un intérêt actuel de droit ou de fait, auquel ne s'opposent pas de notables intérêts publics ou privés, et à condition que cet intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé au moyen d'une décision

formatrice, c'est-à-dire constitutive de droits ou d'obligations (ATF 129 V 289 consid. 2.1, ATF 126 II 300 consid. 2c, ATF 121 V 311 consid. 4a et les réf. cit.). Il s'ensuit que l'intérêt digne de protection requis fait défaut, en règle ordinaire, lorsque la partie peut obtenir en sa faveur un jugement condamnatoire ; en ce sens, le droit d'obtenir une décision en constatation est subsidiaire (ATF 129 V 289 consid. 2.1, ATF 125 V 21 consid. 1b ; ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, Vol. II, Neuchâtel 1984, p. 867).

3.2 Il convient à titre préliminaire de s'intéresser à la notion de garantie d'une activité irréprochable et d'analyser la pratique développée par la CFB, reprise par la FINMA, s'agissant de l'examen de cette condition.

3.2.1 À teneur de l'art. 3 al. 2 let. c LB, une banque ne peut obtenir l'autorisation nécessaire à l'exercice de son activité que lorsque les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable. En outre, les personnes physiques ou morales qui détiennent dans une banque, directement ou indirectement, au moins 10 % du capital ou des droits de vote, ou qui de toute autre manière peuvent exercer une influence notable sur la gestion de la banque (participation qualifiée), doivent donner la garantie que leur influence n'est pas susceptible d'être exercée au détriment d'une gestion prudente et saine de la banque (cf. art. 3 al. 2 let. c^{bis} LB). L'art. 10 al. 2 let. d LBVM contient des conditions similaires pour ce qui est de l'activité de négociant en valeurs mobilières disposant que l'autorisation est délivrée lorsque ce dernier, ses collaborateurs responsables et les actionnaires principaux présentent toutes garanties d'une activité irréprochable. Cette exigence de garantie imposée aux dirigeants d'un établissement ainsi qu'à ses actionnaires fait partie intégrante des conditions d'octroi de l'autorisation d'exercer que l'établissement se doit de respecter en permanence.

L'art. 3 al. 2 let. c LB vise au premier chef à protéger les créanciers et, par là, à préserver la crédibilité dont doivent bénéficier les banques et l'ensemble de la place financière suisse (arrêt du TF 2A.261/2004 du 27 mai 2004 consid. 1 et les réf. cit.). Il est ainsi nécessaire que les personnes chargées d'administrer et de gérer une banque possèdent les compétences professionnelles et personnelles requises par leur charge (cf. arrêt TAF B-5535/2009 du 6 mai 2010 consid. 4.1.3). Cet impératif revêt une importance primordiale dans la mesure où les relations d'une banque sont basées sur la confiance qu'on peut faire

en ses dirigeants. Elle tend à prévenir l'accès à des fonctions dirigeantes de personnes qui, par leur incompétence, peuvent ruiner un établissement, causer des pertes aux créanciers et mettre en jeu le sérieux de la place financière suisse (cf. Bulletin CFB 1 p. 14 consid. 1).

Le contrôle des exigences professionnelles et personnelles posées par l'art. 3 al. 2 let. c LB poursuit un but exclusivement préventif - que l'on retrouve dans le terme « garantie » - et non répressif. L'autorité inférieure ne prononce pas de sanction pour les comportements répréhensibles ; sa tâche consiste uniquement à évaluer les risques futurs. Ainsi, la garantie fait défaut lorsqu'il y a lieu de craindre, pour l'avenir, que les personnes impliquées constituent un danger pour les intérêts de la banque, de ses clients ainsi que pour la réputation de la place financière suisse (cf. MARCEL LIVIO AELLEN, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes, Berne 1990, p. 200). En d'autres termes, il sied de rechercher si, en raison d'événements passés, les conditions de la garantie d'une activité irréprochable sont toujours remplies et quel pronostic peut être fait pour la suite (Bulletin CFB 45 p. 164 consid. 1b , arrêt du TAF B-5535/2009 du 6 mai 2010 consid. 4.1.4).

3.2.2 En cas de doute sur les garanties d'une activité irréprochable présentées par une personne physique, l'autorité inférieure a pour pratique d'ouvrir une procédure administrative à l'encontre de l'établissement visé. Au terme de celle-ci, l'autorité inférieure peut ordonner, si nécessaire, la mise à l'écart de cette personne au poste concerné et, si l'établissement refuse de s'y conformer, prononcer le retrait de l'autorisation dudit établissement (art. 37 LFINMA). Lorsque la personne visée n'exerce plus d'activité au sein de cet établissement - soit parce qu'il en est parti de son plein gré soit parce qu'il a été démis de ses fonctions -, l'autorité inférieure estime qu'elle n'a plus de motif de contrôler la garantie d'une activité irréprochable. Elle considère que la personne n'occupant plus de fonction au sein d'un établissement assujetti ne bénéficie pas d'un intérêt suffisant au sens de l'art. 25 PA donnant droit à une décision en constatation portant sur la garantie d'une activité irréprochable ; l'autorité de surveillance n'examine dite garantie que si la personne concernée exerce à nouveau des responsabilités ou s'apprête concrètement à le faire, celle-ci disposant alors d'un intérêt suffisant donnant droit à une constatation. L'autorité inférieure considère qu'elle ne peut juger des garanties d'une personne de manière générale et abstraite sans égard

à la fonction ou à la taille et complexité de l'établissement visé. Elle ne possède de plus aucun moyen de déterminer si cette personne va systématiquement, à l'avenir, offrir les garanties nécessaires.

Lorsqu'une personne - occupant une fonction soumise à l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable - quitte l'établissement dans des circonstances inhabituelles, elle reçoit de l'autorité inférieure un « courrier concernant la garantie d'une activité irréprochable » (Gewährsbrief) dans lequel elle est invitée à se manifester auprès de l'autorité si elle envisage reprendre une fonction dirigeante ou une participation qualifiée au sein d'un établissement assujetti à sa surveillance. Ce courrier indique en bref les faits portés à sa connaissance susceptibles de remettre en cause la garantie d'une activité irréprochable de son destinataire ; la véracité et l'exhaustivité des informations à disposition de l'autorité de surveillance ne sont pas examinées à ce stade, mais la possibilité reste offerte au destinataire de prendre position sur les faits qui lui sont reprochés.

3.3 Il convient en l'état d'examiner si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a, conformément à sa pratique, considéré que le recourant ne pouvait pas se prévaloir d'un intérêt digne de protection afin d'obtenir une décision en constatation.

3.3.1 En l'occurrence, par sa requête, le recourant souhaite faire constater par la FINMA qu'il présente toutes les garanties de l'exercice d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 let. c LB dans la mesure où les faits qui lui sont reprochés par son ancien employeur - et ayant conduit à son licenciement - sont infondés.

Comme évoqué précédemment, la garantie d'une activité irréprochable des dirigeants d'une banque constitue une condition à l'octroi de l'autorisation qui doit en tout temps être respectée par la banque (cf. consid. 3.2.1 s.), la FINMA étant habilitée à prononcer le retrait de dite autorisation si cette dernière ne satisfait plus à cette garantie. En l'espèce, il sied de relever que, dans les rapports entre la banque et l'autorité de surveillance, il n'existe aucun intérêt à ce que la FINMA se prononce au sujet de la garantie de l'activité irréprochable de X._____, cette question ne s'avérant plus d'actualité dès lors que ce dernier n'exerce plus aucune activité au sein de la banque.

Le recourant ne saurait pour cette même raison exiger de la FINMA qu'elle examine dite garantie à la lumière de son ancienne fonction au sein de X._____ Switzerland SA. En effet, le Tribunal fédéral, ayant

à juger du recours déposé contre une décision de la CFB prononçant la dissolution et la liquidation des sociétés X. SA à Genève et de X. International succursale de Genève, a considéré que quand bien même cette décision rapportait que les connaissances professionnelles de A - en tant que président du Conseil d'administration de X. SA et de Chairmann de X. International succursale de Genève - permettaient de douter qu'il remplisse la condition de la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable, celui-ci ne pouvait faire valoir un intérêt actuel à ce que son recours soit traité pour obtenir en quelque sorte une réhabilitation dans sa bonne réputation ; bien que sa gestion fût mise en cause dans la décision attaquée, la procédure n'était pas dirigée directement contre lui. Le Tribunal fédéral ajoutait cependant que si l'intéressé entendait à l'avenir exercer une activité soumise à autorisation, ses qualifications devraient alors être examinées de manière séparée et faire l'objet d'une décision (arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.4). Il n'existe pas de droit à un examen abstrait de la garantie future de l'exercice d'une activité irréprochable (Bulletin CFB 46 p. 21 consid. 2). En effet, selon une jurisprudence constante, les conditions pour la garantie d'une activité irréprochable ne s'examinent pas de manière abstraite et générale mais au contraire se définissent au cas par cas dans chaque situation concrète en tenant compte de la nature de la fonction à occuper ainsi que de la grandeur et du genre d'activités de l'entreprise soumise à autorisation (arrêt du TF 2A.261/2004 du 27 mai 2004 consid. 1, arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.4 ; arrêt du TAF B-2896/2007 du 12 juillet 2008 consid. 3.3.3).

L'autorité de surveillance doit donc avoir égard aux fonctions particulières que l'intéressé est amené à assumer au sein d'un établissement visé dans la mesure où il se peut qu'il offre les garanties nécessaires pour un poste donné mais pas pour un autre. Il est par ailleurs important de connaître le volume et le type d'activités exercées ainsi que la taille et la structure de l'établissement concerné (cf. rapport de gestion CFB 2003 p. 50). Enfin, il faut encore tenir compte des éléments ayant mené au départ ou au licenciement de l'intéressé, de la portée des manquements constatés sur les nouvelles activités, du comportement adopté depuis le renvoi ou le départ ainsi que du temps écoulé depuis les faits reprochés (arrêt du TF 2A.261/2004 du 27 mai 2004 consid. 1).

Les considérations émises par le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité

(2A.573/2003) concernant le défaut d'intérêt actuel du recourant peuvent être reprises et appliquées au cas d'espèce. L'intérêt actuel dont se prévaut le recourant existe d'autant moins que, à la différence du cas jugé par le Tribunal fédéral, la FINMA n'a pas rendu de décision dirigée contre l'ancien employeur du recourant dans laquelle elle aurait formellement mis en doute ou constaté que celui-ci ne satisfaisait pas à cette garantie. A cet égard, il convient d'insister lourdement sur le fait que la FINMA a simplement été informée par la banque des éléments à l'origine du licenciement du recourant. Elle n'a toutefois diligenté aucune investigation ni contre la banque ni contre son collaborateur.

3.3.2 En outre, il sied de souligner que le recourant a été suspendu dans ses fonctions avec effet immédiat en date du 29 août 2008, puis s'est vu signifier son licenciement immédiat le 9 septembre 2008. Estimant néanmoins les griefs portés contre lui par la banque sans fondement, le recourant a entrepris des démarches auprès des autorités civiles danoises afin de contester les motifs de son licenciement immédiat ; le recourant a à cet égard précisé que ses rapports de travail étaient soumis au droit danois avec élection de for dans ce pays. Il a également requis auprès des tribunaux civils vois l'adoption de mesures provisionnelles sur la base notamment des art. 28 ss du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210) (protection des droits de la personnalité) afin de faire cesser toute atteinte à sa réputation professionnelle suite à la campagne de dénigrement orchestrée contre lui par X._____ Switzerland SA.

Selon la jurisprudence, la possibilité pour un employé d'obtenir une décision condamnant son employeur - au paiement d'une indemnité - en cas de résiliation injustifiée prive en principe le travailleur de tout intérêt suffisant à obtenir une décision en constatation relative à ses conditions de travail, cette dernière étant subsidiaire à la première (cf. arrêt du TF du 12 décembre 1986 publié in : Bulletin CFB 17 p. 16 consid. 2b).

Or, force est de constater que, dans le cas d'espèce, le recourant a renoncé de son plein gré à ce que les tribunaux civils danois saisis du litige examinent les griefs reprochés au recourant ayant conduit à son licenciement immédiat, griefs qui constituent en outre les motifs pour lesquels l'autorité inférieure a rédigé à l'intention du recourant la lettre du 3 décembre 2008 (Gewährsbrief). Ce dernier a en effet retiré toutes

les requêtes déposées à l'encontre de X._____ ou X._____ Switzerland SA devant les tribunaux civils danois et suisse en exécution de la transaction judiciaire conclue le 19 mars 2009 entre les parties. Même si le recourant affirme avoir été en quelque sorte contraint de transiger avec la banque, il n'en demeure pas moins qu'il a finalement concédé de son propre gré à retirer toutes les prétentions dirigées contre son ancien employeur. C'est à tort que le recourant estime que, compte tenu des particularités du cas d'espèce et notamment du secret professionnel suisse opposable aux autorités danoises, il n'était pas en mesure d'obtenir une telle décision condamnatoire. En effet, les difficultés de l'instruction liées au devoir de ne pas divulguer les informations couvertes par le secret bancaire suisse n'apparaissent pas insurmontables. Ainsi, comme l'avance l'autorité inférieure, les noms des personnes concernées pourraient être anonymisés sans grande complication. Par ailleurs, les droits de procédure connaissent en principe des moyens permettant de renseigner les autorités sans porter atteinte aux secrets dignes de protection.

Par voie de conséquence, le recourant ne saurait pour ce motif également faire valoir un intérêt digne de protection à une décision en constatation.

3.4 Il appert que le recourant ne peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection que dans la mesure où il envisage d'occuper à nouveau une position concrète auprès d'un établissement déterminé soumis à la surveillance de la FINMA, ses qualifications devant alors être examinées de manière séparée et faire l'objet d'une décision (arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.4). Le recourant n'a toutefois pas démontré à satisfaction de droit qu'il avait un projet concret nécessitant qu'il satisfasse à cette exigence.

3.5 Il convient enfin d'examiner le grief du recourant selon lequel la pratique de l'autorité inférieure consistant à laisser en suspens des questions qui motiveraient potentiellement le retrait de la garantie d'une activité irréprochable constitue de facto une interdiction de la pratique professionnelle (« offene Gewährsfragen » ; cf. PETER NOBEL, Schweizeriches Finanzmarktrecht, Berne 2004, p. 628 n°51 ; CHRISTOPH WINZELER in : Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Christoph Winzeler/Thomas Bauer, Basler Kommentar zum Bankengesetz, Bâle/Genève/Munich 2005, ad art. 3 LB n°22). Selon le recourant, il serait compréhensible qu'une banque refuse d'employer une personne exposée à un tel

risque. Le recourant estime ce résultat contraire au principe de la légalité.

3.5.1 Le refus de rendre immédiatement une décision en constatation concernant sa garantie d'une activité irréprochable ne saurait être assimilée à une interdiction professionnelle de fait, contrairement à ce que soutient le recourant. A cet égard, dans sa lettre du 3 décembre 2008 (Gewährsbrief), l'autorité inférieure n'interdit pas au recourant d'exercer une quelconque activité, mais l'invite à prendre contact avec elle s'il entend exercer une position requérant la garantie d'une activité irréprochable ; cette recommandation a été notifiée au recourant seulement et n'est pas contraignante. Il ressort de ce courrier que si le destinataire envisage de manière concrète d'exercer une fonction dirigeante dans un établissement assujetti, il peut s'adresser à l'autorité inférieure afin qu'elle statue sur l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable à la lumière du poste visé ; il a en outre la possibilité d'exercer, sans restriction et sans en référer à l'autorité de surveillance, toute activité professionnelle de son choix dans la mesure où il n'envisage pas d'occuper, dans le domaine bancaire, une fonction prépondérante. S'il est certes possible que les causes à l'origine de son licenciement et relatées par la presse aient pu l'entraver dans sa recherche d'un nouvel emploi, il n'en demeure pas moins que l'autorité inférieure n'a en aucune façon interdit à ce dernier d'exercer une activité dans le domaine bancaire. Elle n'est au demeurant nullement à l'origine du licenciement dont il a fait l'objet.

3.5.2 Le principe de la légalité, consacré à l'art. 5 al. 1 Cst., gouverne l'ensemble de l'activité de l'Etat. Selon la conception classique, ce principe recouvre notamment celui de la suprématie - ou primauté - de la loi qui impose aux organes de l'Etat de se soumettre à l'ordre juridique et de n'exercer leur activité que dans le cadre tracé par la loi (JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, ad art. 5 Cst. p. 43 ss ; ATF 131 II 562 consid. 3.1).

Le recourant ne saurait en l'occurrence se prévaloir du principe de la légalité pour exiger de l'autorité inférieure qu'elle examine s'il présente toutes les garanties d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 let. c LB. En effet, il est expédient de rappeler qu'il n'appartient pas à l'autorité de surveillance de se prononcer sur cette exigence de manière abstraite, celle-ci étant liée à la pratique effective d'une activité dirigeante auprès d'une banque pour laquelle cela constitue

une condition d'autorisation d'exercer. Cette garantie représente un moyen de veiller à la protection des intérêts publics poursuivis par la législation bancaire, à savoir la protection des créanciers et le bon fonctionnement de la place financière suisse en permettant de s'assurer que les personnes qui dirigent concrètement un tel établissement disposent des capacités pour exercer leur fonction et qu'elles ne mettent pas en danger dit établissement et ses créanciers. Elle ne sert pas d'autre but.

L'art. 3 LB ne constitue dès lors pas une base légale suffisante pour contraindre l'autorité inférieure à entrer en matière sur la requête en constatation du recourant en vue de prouver qu'il jouit d'une bonne réputation et qu'il présente toutes les garanties d'une activité irréprochable, en dehors de toute procédure liée à l'octroi ou au maintien d'une autorisation bancaire ; un tel examen ne saurait se faire de manière abstraite.

3.5.3 La décision de non-entrée en matière ne constitue par conséquent pas une interdiction professionnelle et ne viole pas le principe de la légalité.

3.6 Sur le vu de ce qui précède, il appert que, c'est à juste titre, que l'autorité inférieure a considéré que le recourant ne disposait pas d'un intérêt actuel digne de protection au sens de l'art. 25 PA. Elle n'a dès lors pas commis de déni de justice formel en décidant de ne pas entrer en matière sur la requête en constatation déposée par le recourant.

4.
Afin de corroborer les allégués contenus dans ses mémoires de recours et de réplique, le recourant a requis la tenue d'un débat devant la Cour de céans en application de l'art. 57 PA. A l'appui de sa demande, il allègue son impossibilité de produire certaines pièces soumises à des clauses de confidentialité, la nécessité d'expliquer de vive voix les effets quotidiens de la décision attaquée et enfin le fait que le contenu de l'entretien du 27 novembre 2008 avec des membres de l'autorité inférieure est relaté différemment par les parties.

4.1 A teneur de l'art. 57 al. 2 PA, l'autorité de recours peut, à n'importe quel stade de la procédure, inviter les parties à un échange ultérieur d'écritures ou procéder à un débat. Ainsi, si elle l'estime nécessaire, la Cour de céans peut fixer la tenue d'une audience devant elle. Une telle mesure d'instruction peut par exemple être

ordonnée si des clarifications plus approfondies ou plus étendues semblent nécessaires et qu'il apparaît que des allégués écrits ne sauraient apporter des explications suffisantes concernant tous les éléments décisifs. En outre, dans certains cas, une confrontation entre les différents intéressés peut aboutir à des explications complémentaires et même parfois à la conclusion d'un accord (cf. FRANK SEETHALER/KASPAR PLÜSS in : Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich/Bâle/Genève 2009, ad art. 57 PA n° 57 ; ANDRÉ MOSER in : Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [éd.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, ad art. 57 PA n°15).

Cette disposition revêt le caractère d'une norme potestative ("Kann-Vorschrift") qui laisse à l'autorité le soin de décider si elle entend recourir à ce moyen de preuve. L'art. 57 al. 2 PA ne consacre pas de droit à la tenue d'un débat oral devant l'autorité ; une telle prérogative ne saurait au demeurant être déduite de la garantie du droit d'être entendu (cf. art. 29 al. 2 Cst. ; ATF 130 II 425 consid. 2.1). L'art. 57 al. 2 PA doit en l'occurrence être appréhendée en relation étroite avec l'art. 12 PA relatif à la constatation des faits (SEETHALER/PLÜSS, op. cit., ad art. 57 PA n°58).

4.2 En procédure administrative, il appartient au Tribunal d'établir d'office les faits pertinents (cf. art. 12 PA). Celui-ci n'est par conséquent pas lié par les offres de preuves des parties (cf. art. 33 al. 1 PA). Il se limite à ce qui lui paraît pertinent. En outre, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 130 II 425 consid. 2.1 et les arrêts cités).

4.3 En l'espèce, le litige porte sur la question de savoir si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a considéré qu'une condition de recevabilité de la demande en constatation du recourant - à savoir l'intérêt digne de protection - n'était pas remplie. Afin de répondre à cette question, le Tribunal de céans a procédé à un double échange d'écritures. Il considère, sur la base des pièces produites, qu'il dispose d'éléments pertinents suffisants pour trancher la question litigieuse. Le litige ne soulève en effet aucune question qui ne puisse être jugée de manière appropriée sur la base du dossier. Il n'apparaît pas que le

moyen de preuve requis par le recourant - en l'occurrence la tenue d'un débat oral devant le Tribunal - soit de nature à modifier son appréciation quant à la question de savoir si le recourant a un intérêt suffisant à ce qu'une décision en constatation soit rendue. Le Tribunal s'estime suffisamment renseigné en l'état et détient la certitude que l'audition du recourant ne l'amènerait à modifier son opinion. Il convient dès lors de rejeter la requête de preuve déposée par celui-ci.

5.
A titre de conclusion subsidiaire, le recourant a requis du Tribunal de céans qu'il enjoigne à la FINMA de lui adresser une décision et/ou une lettre constatant qu'aucune procédure n'a été ouverte à son encontre suite au courrier de dénonciation du 1er septembre 2008 communiqué à la CFB par X._____ Switzerland SA. Il précise que ce document permettrait de démontrer à ses futurs partenaires commerciaux l'inanité du contenu des articles parus dans la presse internationale à l'instigation de la banque ; il serait alors en mesure de se présenter devant l'autorité inférieure avec des projets concrets.

C'est à juste titre que la FINMA juge qu'elle ne peut pas délivrer de document attestant l'absence de procédure dirigée à l'encontre du recourant démis de ses fonctions par la banque. En effet, une telle attestation serait incomplète, voire en quelque sorte mensongère, dès lors qu'elle ne ferait pas état des éléments portés à la connaissance de la CFB ayant motivé la recommandation du 3 décembre 2008 notifiée au recourant, ces éléments étant susceptibles ultérieurement de motiver l'ouverture d'une procédure formelle afin de vérifier l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable du recourant à l'aune d'une nouvelle fonction. En outre, ce document aurait en fait pour conséquence d'attester de la garantie d'activité irréprochable du recourant de manière abstraite alors que, comme constaté précédemment, le recourant ne peut prétendre à une telle constatation faute d'intérêt suffisant (cf. consid. 3). Enfin, il apparaît que, par ce moyen, le recourant souhaite obtenir sa réhabilitation dans sa bonne réputation compte tenu de la campagne dénigrement qui aurait été dirigée contre lui par la banque. Or, dans le cadre de son activité de surveillance, la FINMA a pour mission de protéger les créanciers ainsi que de préserver le bon fonctionnement et la bonne réputation de la place financière suisse (cf. art. 5 LFINMA) ; il ne lui appartient en revanche pas de veiller à la protection de la réputation des employés ou membres d'organe démis de leur fonction d'un établissement soumis à sa surveillance.

Par conséquent, le recours doit également être rejeté sur ce point.

6.
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). En conséquence, le recours doit être rejeté tant dans ses conclusions principales que subsidiaires.

7.
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 Fr. 5'000.-, doivent être intégralement mis à sa charge. Ils seront compensés avec l'avance de frais de Fr. 5'000.- déjà versée par le recourant.

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

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est rejeté.

2.
Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 5'000.-, sont mis à la charge du recourant. Ce montant sera compensé par l'avance de frais déjà versée de Fr. 5'000.- dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.
Il n'est pas alloué de dépens.

4.
Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. : F 572/2008/05350 ; Acte judiciaire)

Le président du collège :	La greffière :
Jean-Luc Baechler	Sandrine Arn

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