56

Extrait de l'arrêt de la Cour II
dans la cause X. contre
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
B–789/2011 du 2 septembre 2013

Assurances privées. Garantie d'une activité irréprochable. Intérêt actuel. Exigence d'impartialité des chargés d'enquête. Devoir de motivation.

Art. 48 al. 1 let. c et art. 35 PA. Art. 36 al. 1 LFINMA. Art. 34 al. 1 let. a et e LTF. Art. 14 al. 1 let. b LSA. Art. 17 OS.

1. **Nonobstant la cessation de la fonction en cause, une personne ayant fait, dans une décision, l'objet d'un constat négatif de sa réputation et de la garantie d'une activité irréprochable conserve un intérêt actuel à recourir contre ledit constat en raison de l'atteinte à sa réputation (consid. 1.3.2).**
2. **Recevabilité de la conclusion visant un examen abstrait de la réputation (consid. 1.5).**
3. **Le fait qu'un collaborateur de la FINMA connaisse personnellement les chargés d'enquête ne suffit pas à faire naître un doute sur leur impartialité (consid. 2).**
4. **Notions de bonne réputation et de garantie d'une activité irréprochable (consid. 3.2.2).**
5. **Circonstances imposant des exigences accrues de motivation (consid. 3.3).**

Privatversicherungen. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit. Aktuelles Interesse. Erfordernis der Unparteilichkeit der Untersuchungsbeauftragten. Begründungspflicht.

Art. 48 Abs. 1 Bst. c und Art. 35 VwVG. Art. 36 Abs. 1 FINMAG. Art. 34 Abs. 1 Bst. a und e BGG. Art. 14 Abs. 1 Bst. b VAG. Art. 17 AVO.

1. **Selbst nach Aufgabe der fraglichen Funktion behält eine Person, deren Ruf und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit in einer Entscheidung negativ beurteilt wurden, wegen ihres Re-**

putationsschadens ein aktuelles Interesse daran, gegen die entsprechende Feststellung Beschwerde zu erheben (E. 1.3.2).

2. **Zulässigkeit des Antrags auf abstrakte Überprüfung des guten Rufs (E. 1.5).**
3. **Die Tatsache, dass ein Mitarbeiter der FINMA die Untersuchungsbeauftragten persönlich kennt, genügt nicht, um Zweifel an ihrer Unparteilichkeit hervorzurufen (E. 2).**
4. **Begriffe des guten Rufs und der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (E. 3.2.2).**
5. **Umstände, die erhöhte Anforderungen an die Entscheidbegründung verlangen (E. 3.3).**

Assicurazioni private. Garanzia di un'attività irreprensibile. Interesse attuale. Esigenza di imparzialità degli incaricati dell'inchiesta. Obbligo di motivazione.

Art. 48 cpv. 1 lett. c e art. 35 PA. Art. 36 cpv. 1 LFINMA. Art. 34 cpv. 1 lett. a e lett. e LTF. Art. 14 cpv. 1 lett. b LSA. Art. 17 OS.

1. **Anche se ha smesso di svolgere la funzione in questione, una persona conserva ancora un interesse attuale ad insorgere contro una decisione che accerta nei suoi confronti la mancanza dei requisiti della buona reputazione e della garanzia di un'attività irreprensibile, in quanto un simile accertamento arreca un pregiudizio alla sua reputazione (consid. 1.3.2).**
2. **Ammissibilità di una conclusione vertente su un esame astratto della reputazione (consid. 1.5).**
3. **Il fatto che un collaboratore della FINMA conosca personalmente gli incaricati dell'inchiesta non è sufficiente a mettere in dubbio la loro imparzialità (consid. 2).**
4. **Definizione dei concetti di buona reputazione e garanzia di un'attività irreprensibile (consid. 3.2.2).**
5. **Circonstanze che impongono esigenze più elevate di motivazione (consid. 3.3).**

Y. est une compagnie d'assurance étrangère exploitant en Suisse la succursale Z. En décembre 2007, X. (ci-après: la recourante) a repris la

responsabilité de la succursale en qualité de directrice générale de Z. et de mandataire générale de Y., à la suite du licenciement avec effet immédiat du précédent mandataire général.

Après l'ouverture d'enquêtes à l'encontre de Y., Z. et X. ainsi que l'établissement d'un rapport par des chargés d'enquête, la FINMA a rendu une décision en date du 20 décembre 2010. Retenant que la situation difficile de la succursale avait probablement été en partie héritée du précédent mandataire général, la FINMA y a notamment reproché à X. diverses violations des obligations lui incombant en lien, en particulier, avec les activités déléguées à des tiers, notamment à C. Elle a entre autre constaté que X. n'offrait plus la garantie d'une activité irréprochable et enjoint à Y. de proposer, dans un délai de trente jours dès notification de sa décision, un nouveau mandataire général pouvant entrer en fonction immédiatement et offrant la garantie d'une activité irréprochable en remplacement de X.

Par écritures communes du 31 janvier 2011, Y. et X. ont formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral; la première a par la suite retiré son recours. La seconde a requis l'annulation de la décision de la FINMA du 20 décembre 2010 et la constatation qu'elle offrait toujours la garantie d'une activité irréprochable.

Le Tribunal administratif fédéral a partiellement admis le recours dans la mesure où il est recevable.

Extrait des considérants:

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

1.1 À teneur des art. 31 et art. 33 let. d de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) en relation avec l'art. 54 de la loi sur la surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (LFINMA, RS 956.1), il est du ressort du Tribunal administratif fédéral de juger des recours contre les décisions rendues par la FINMA. Or, l'acte attaqué constitue précisément une décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021). Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour connaître de la présente affaire.

1.2 Avant d'examiner si la recourante dispose de la qualité pour recourir (cf. consid. 1.3), il convient de délimiter l'objet du litige.

En procédure contentieuse, l'objet du litige (Streitgegenstand) est défini par trois éléments: l'objet du recours (Anfechtungsobjekt), les conclusions du recours et les motifs de celui-ci (cf. aussi consid. 1.5.1). En outre, l'objet du litige correspond à celui de la décision attaquée dans la mesure où il est contesté devant l'autorité de recours. C'est pourquoi, dans ses conclusions, le recourant ne peut en principe que réduire l'objet du litige – en renonçant à remettre en cause certains points de la décision entreprise – et non pas l'élargir (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B–255/2011 du 31 janvier 2012 consid. 2.1).

En l'espèce, la recourante concluait dans son recours à l'annulation de la décision entreprise. Dans sa réplique, elle conclut essentiellement à l'annulation de la décision entreprise en tant qu'elle la concerne de sorte que l'objet du litige a déjà été réduit. De plus, il ressort de la motivation de ses écritures qu'elle s'en prend à la constatation selon laquelle elle n'offrirait plus la garantie d'une activité irréprochable, mais qu'elle ne requiert pas sa réintégration à son poste de mandataire générale.

En conséquence, l'objet de la procédure de recours ne porte que sur la constatation du défaut de garantie d'une activité irréprochable opérée par l'autorité inférieure. Quant à la recevabilité des différentes conclusions formulées par la recourante, elle sera examinée ci-après (cf. consid. 1.5).

1.3 Sous l'angle de sa qualité pour recourir, la recourante reconnaît dans sa réplique que la question de l'intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision entreprise fait débat puisqu'elle n'exerce plus aujourd'hui les fonctions de mandataire générale de Y. au sein de sa succursale. Elle s'emploie à démontrer les conséquences de la constatation négative opérée par l'autorité inférieure sur l'évolution de sa carrière professionnelle en tant qu'elle consacre une atteinte à sa réputation personnelle et professionnelle, qui plus est au sein d'un domaine professionnel circonscrit où les rumeurs et informations circulent de façon extrêmement rapide. Elle ajoute que le constat brutal et injuste opéré par la FINMA a également des conséquences d'ordre psychologique, notamment un sentiment de dévalorisation profond. En outre, la recourante se fonde sur la jurisprudence rendue par la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après: la CourEDH ou Cour européenne) déjà suivie par le Tribunal fédéral permettant tout d'abord de

faire abstraction de l'existence d'un intérêt actuel et d'entrer en matière sur le fond dans la mesure où une violation de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) était démontrée. Elle souligne que le Tribunal fédéral a par la suite considéré que la simple invocation d'une violation de la CEDH suffisait à justifier l'examen sur le fond, ouvrant ainsi le droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale conformément à l'art. 13 CEDH. Dès lors, la recourante estime que le Tribunal administratif fédéral – qu'il admette ou non l'existence d'un intérêt actuel – n'aurait d'autre choix que de procéder à l'examen au fond des griefs soulevés ainsi qu'analyser le bien-fondé des constatations et mesures prises à son encontre par la FINMA. Dans ses observations du 9 janvier 2012, la recourante expose par ailleurs que l'intérêt actuel à la décision entreprise se fonde principalement sur le constat selon lequel elle n'offrirait plus la garantie d'une activité irréprochable dont il résulte une violation évidente de ses droits fondamentaux équivalant concrètement à une interdiction d'exercer toute activité similaire.

De son côté, l'autorité inférieure note que, par l'entrée en force de la décision querellée à l'encontre de Y. et de Z. à la suite du retrait du recours les concernant, la recourante a perdu tout intérêt personnel et pratique à l'annulation de la mesure d'écartement. Elle relève que la recourante se trouverait ainsi dans une situation où elle tenterait, par son recours, d'obtenir un examen abstrait de sa capacité à offrir la garantie d'une activité irréprochable. Elle ajoute qu'un intérêt actuel à la poursuite de la procédure de recours ne saurait exister que si la recourante exposait qu'elle exerçait à nouveau une fonction visée par l'art. 14 de la loi sur la surveillance des assurances du 17 décembre 2004 (LSA, RS 961.01) au sein de Y. ou qu'elle s'apprêtait à le faire. Elle précise que si la recourante envisageait concrètement d'entrer en fonction dans une position nécessitant d'offrir la garantie d'une activité irréprochable auprès d'une société tierce soumise à la surveillance de la FINMA, il s'agirait alors d'examiner la nature concrète des éventuelles responsabilités dont elle aurait la charge de façon à permettre aux autorités d'apprécier si elle offre la garantie d'une activité irréprochable à cet égard; or, tel n'est pas le cas en l'espèce. Au demeurant, soulignant les affirmations contradictoires de la recourante, elle met en doute le fait que celle-ci puisse se prévaloir d'une atteinte à sa vie privée au sens de l'art. 8 CEDH en relation avec l'art. 13 CEDH pour obtenir un jugement au fond sur la base de la nouvelle jurisprudence développée par le Tribunal fédéral.

1.3.1 La qualité pour recourir est reconnue à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (art. 48 al. 1 let. a PA), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b), et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Selon la jurisprudence, un intérêt n'est digne de protection que si le recourant possède un intérêt actuel et pratique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, non seulement au moment du dépôt du recours mais encore lors du prononcé de la décision sur recours (cf. ATF 128 II 34 consid. 1b, ATF 118 Ib 1 consid. 2, ATF 118 Ib 356 consid. 1a, ATF 111 Ib 56 consid. 2a; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3e éd., Berne 2011, p. 748; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Waldmann/ Weissenberger [éd.], VwVG: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich 2009 [ci-après: Praxiskommentar], art. 48 PA nos 15 ss). Tel n'est pas le cas lorsque le préjudice découlant de la décision attaquée ne peut plus être supprimé même en cas d'admission du recours (cf. ATF 118 Ia 488 consid. 1a; arrêt du Tribunal administratif fédéral B–6955/2008 du 16 octobre 2009 consid. 2.3). En d'autres termes, l'intérêt digne de protection consiste, sous cet angle, en l'utilité pratique que le succès du recours constituerait pour le recourant (cf. BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 351). Si l'intérêt actuel existe au moment du dépôt du recours mais disparaît au cours de la procédure, celle-ci doit être rayée du rôle car elle est devenue sans objet, à moins qu'il y ait lieu exceptionnellement de faire abstraction de l'intérêt actuel (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B–2896/2007 du 12 juillet 2008 consid. 3.1; ALAIN WURZBURGER, in: Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin [éd.], Commentaire de la LTF, Berne 2009, art. 89 LTF nos 23 s.).

Dans le domaine particulier de la garantie d'une activité irréprochable, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se pencher sur le recours déposé contre une décision de l'ancienne Commission fédérale des banques (CFB) prononçant la dissolution et la liquidation des sociétés B. SA à Genève et de B. International succursale de Genève; il a considéré que A. ne pouvait faire valoir un intérêt actuel à ce que son recours soit traité pour obtenir en quelque sorte une réhabilitation dans sa réputation même si la décision entreprise rapportait que ses connaissances professionnelles en tant que président du Conseil d'administration de B. SA et de Chairmann de B. International succursale de Genève permettaient de douter qu'il remplisse la condition de la garantie de l'exercice d'une activité ir-

réprochable; 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 (cf. arrêt du Tribunal fédéral 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 (cf. Bulletin CFB 46 p. 21 ss 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 l'ampleur et du genre d'activités de l'entreprise soumise à autorisation (cf. arrêts du Tribunal fédéral 2A.261/2004 du 27 mai 2004 consid. 1 et 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.4).

De son côté, le Tribunal administratif fédéral a été saisi d'un recours contre une décision de la FINMA dans laquelle celle-ci n'était pas entrée en matière sur la demande formulée par un ancien dirigeant tendant à l'ouverture d'une procédure administrative à son encontre afin qu'il puisse établir son innocence quant aux griefs qui lui étaient reprochés. Divers manquements lui avaient en effet été imputés; expliquant que 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, la CFB avait néanmoins précisé que, dans la mesure où il n'occupait plus de position requérant cette garantie, 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. Le Tribunal administratif fédéral a souligné 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 dudit ancien dirigeant, cette question ne s'avérant plus d'actualité dès lors que ce dernier n'exerçait plus aucune activité au sein de la banque. Ledit Tribunal a nié au recourant un intérêt actuel, rappelant que les conditions pour l'exercice d'une activité irréprochable ne s'examinaient pas de manière abstraite et générale (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B–1360/2009 du 11 mai 2010 consid. 3.3.1 et les réf. cit.). Dans une

autre affaire, la CFB avait constaté, dans une décision, qu'une société soumise à sa surveillance ainsi que son directeur général ne satisfaisaient pas à la garantie d'une activité irréprochable, retirant les autorisations de banque et de négociant en valeurs mobilières. Tous deux avaient recouru contre ladite décision, avant toutefois que la société ne retirât son recours. Le Tribunal administratif fédéral a relevé que la décision était entrée en force pour la société en raison du retrait de son recours et qu'il ne paraissait de la sorte guère envisageable que le recourant puisse obtenir son annulation; il a jugé que le recourant n'était pas habilité à faire valoir un intérêt actuel suffisant à l'annulation de la constatation selon laquelle il ne présentait pas toutes garanties d'activité irréprochable (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B–2896/2007 du 12 juillet 2008 consid. 3.3.3 ss).

Ainsi, selon la jurisprudence, l'autorité de surveillance doit 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 (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2A.261/2004 du 27 mai 2004 consid. 1). Le Tribunal administratif fédéral a encore ajouté que, 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 (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 (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B–1360/2009 du 11 mai 2010 consid. 5).

Il ressort de ce qui précède que l'intérêt actuel, en matière de garantie d'une activité irréprochable, s'avère en principe réputé avoir disparu quand la décision de l'autorité en cause est exécutée − c'est-à-dire lorsque la fonction n'est plus occupée − pour ne réapparaître qu'au moment où la personne concernée souhaite concrètement devenir ou est à nouveau élue à une fonction requérant l'approbation de l'autorité (cf. GREGOR T.

CHATTON, La garantie d'une activité irréprochable et l'intérêt actuel du dirigeant revisités, in: Pratique juridique actuelle [PJA] 2011 p. 1195 ss, spéc. p. 1221).

1.3.2 Cette jurisprudence part de la prémisse, certes correcte et logique, que l'examen de la garantie d'une activité irréprochable ne peut intervenir que dans le contexte spécifique du poste occupé ou visé par la personne concernée. Il est vrai que les reproches articulés lors d'un tel examen ne se révèlent axés que sur les tâches particulières liées à la fonction; dès lors que cette dernière n'est plus exercée, l'intérêt actuel à un nouvel examen de la garantie d'une activité irréprochable n'est plus évident. Il appert toutefois que la jurisprudence citée ne tient pas compte des effets immédiats et durables qu'une telle appréciation négative de la garantie d'une activité irréprochable engendrera inévitablement sur la réputation – en particulier professionnelle – de la personne visée, dans un domaine pointu où le départ précipité d'un dirigeant ne manquera pas d'être connu de toutes les entreprises actives dans le même secteur (cf. CHATTON, op. cit., p. 1216). Il est alors illusoire de considérer que ces acteurs – parmi lesquels de potentiels futurs employeurs ou des partenaires commerciaux – ne prennent pas acte d'une appréciation négative de la garantie d'une activité irréprochable d'un dirigeant au seul motif que ladite appréciation ne se réfère qu'à l'exercice particulier d'une ancienne fonction. En effet, l'on ne saurait ignorer l'importance de la réputation, sous un angle tant privé que professionnel d'une manière générale et du potentiel néfaste voire destructeur de sa négation; témoigne d'ailleurs de cette importance la présence à plusieurs reprises, dans la législation relative aux marchés financiers, d'exigences expressément formulées en matière de réputation ou de garantie d'une activité irréprochable (art. 14 al. 1 LSA, art. 3 al. 2 let. c de la loi sur les banques du 8 novembre 1934 [LB, RS 952.0], art. 10 al. 2 let. d de la loi sur les bourses du 24 mars 1995 [LBVM, RS 954.1], art. 14 al. 2 let. c de la loi sur le blanchiment d'argent du 10 octobre 1997 [LBA, RS 955.0] et art. 14 al. 1 let. a de la loi sur les placements collectifs du 23 juin 2006 [LPCC, RS 951.31]); exigences que l'on retrouve également en matière de surveillance de la révision (art. 4 al. 1, art. 5 al. 1 let. a de la loi sur la surveillance de la révision du 16 décembre 2005 [LSR, RS 221.302] et art. 4 de l'ordonnance sur la surveillance de la révision du 22 août 2007 [OSRev, RS 221.302.3]). En outre, faire dépendre l'admission d'un intérêt actuel de la possibilité concrète d'un nouveau poste revient à nier les répercussions du constat négatif sur les chances mêmes à futur de se voir

proposer une activité. De ce point de vue, à tout le moins lorsqu'elle est exprimée de manière formelle comme in casu, la négation de la garantie d'une activité irréprochable présente des similitudes indéniables avec une interdiction d'exercer. Aussi, il faut bien reconnaître que le préjudice subi par une personne ayant fait l'objet d'un tel constat exprès, de la part de l'autorité inférieure, prend également la forme d'une atteinte réelle et concrète à sa réputation. C'est d'ailleurs le lieu de rappeler que l'honneur et la réputation se trouvent protégés à l'art. 13 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 décembre 1999 (Cst., RS 101) (cf. ATF 137 I 167 consid. 3.2 et les réf. cit.; STEPHAN BREITENMOSER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2e éd., Zurich 2008, art. 13 Cst. no 16).

S'agissant du rôle d'une telle atteinte sur la qualité pour recourir, le Tribunal fédéral, saisi par une société d'une demande tendant au constat de la non-violation d'une obligation de déclarer ses participations au sens de l'art. 20 LBVM, a considéré que la société gardait, déjà eu égard à sa réputation commerciale, un intérêt digne de protection à savoir si elle s'était comportée d'une manière contraire au droit alors même qu'elle avait, lors de la procédure devant la Haute Cour, déjà aliéné les participations dont l'acquisition avait amené la question d'une éventuelle violation de l'obligation de déclarer (cf. ATF 136 II 304 consid. 2.3.1). Dans une affaire portant sur une sanction disciplinaire infligée à une fonctionnaire cantonale, dont les effets étaient déjà terminés, le Tribunal fédéral a admis le caractère actuel de l'intérêt de la recourante, estimant que la mesure disciplinaire constituait la sanction formelle d'un comportement fautif, qu'elle impliquait le constat que la recourante avait contrevenu aux devoirs de sa charge; il a ajouté que ce constat pouvait avoir une influence notamment sur la carrière professionnelle future de la recourante, en particulier dans l'éventualité d'une nouvelle postulation pour un emploi dans l'administration cantonale (cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C_983/2009 du 16 novembre 2010 consid. 3.2). Dans un tout autre domaine, s'agissant d'examiner l'intérêt actuel à recourir d'un élève-conducteur s'étant vu retirer son permis, la mesure ayant terminé de déployer son principal effet, mais demeurant inscrite au registre fédéral des mesures administratives, le Tribunal fédéral a mis en exergue l'existence d'une atteinte considérable et durable à sa future réputation de conducteur (cf. arrêt du Tribunal fédéral 6A.61/2006 du 23 novembre 2006 consid. 1.2.2).

Ainsi, s'il est incontestable – et justifié – qu'il n'existe pas un contrôle abstrait de la garantie d'une activité irréprochable puisqu'un tel contrôle doit logiquement intervenir en relation avec un poste particulier, il faut néanmoins admettre, en raison de l'atteinte à la réputation, un droit au contrôle du caractère pertinent du constat négatif formel, dans une décision au sens de l'art. 5 PA, quant à la garantie d'une activité irréprochable en relation avec un poste en particulier, et ce même lorsque la fonction en cause n'est plus exercée. En fin de compte, il ne s'agit pas de déterminer d'une façon abstraite si l'individu remplit l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable, mais bien d'examiner de manière concrète, en lien avec l'ancien poste, si la constatation opérée précédemment l'a été d'une manière conforme au droit justifiant l'atteinte à la réputation qui s'en est suivie.

Il découle de ces considérations que, nonobstant la cessation de la fonction en cause, une personne ayant fait, dans une décision, l'objet d'un constat négatif de sa réputation et de la garantie d'une activité irréprochable conserve un intérêt actuel à recourir contre ledit constat en raison de l'atteinte à sa réputation.

1.3.3 En l'espèce, la recourante est visée par la décision entreprise, celle-ci mentionnant expressément qu'elle n'offre plus la garantie d'une activité irréprochable. Certes, il est constant qu'elle n'exerce plus, depuis le 1er février 2011, l'activité en cause et que l'admission de son recours ne pourrait de toute façon pas conduire à sa réintégration dans sa fonction, ladite décision étant d'ailleurs entrée en force à l'encontre de la société. Néanmoins, en vertu de ce qui a été développé précédemment, il appert que la mention, dans la décision entreprise, du fait qu'elle n'offre plus la garantie d'une activité irréprochable de même que l'injonction de la FINMA tendant à son remplacement engendre manifestement et inévitablement une atteinte à sa réputation, en particulier sous forme de répercussions sur la manière dont les acteurs commerciaux ou employeurs potentiels apprécient la pertinence d'une éventuelle collaboration avec la recourante. Précisément, au début de l'année 2011, la recourante s'est vu proposer un poste de directrice générale au sein de la société L. SA; se référant au retrait de la procuration en tant que mandataire générale et aux explications de la recourante sur les tenants et aboutissants de la procédure administrative en cours à son égard, la société a informé la recourante quelques jours après sa proposition qu'elle « ne saurait prendre le risque de présenter [sa] candidature à la FINMA et de s'exposer de ce

fait à essuyer un refus d'approbation ainsi qu'à faire l'objet d'éventuels autres désavantages », précisant néanmoins avoir la conviction que les reproches qui lui étaient adressés se fondaient sur une appréciation erronée de la situation.

1.3.4 Dans ces circonstances, il faut bien reconnaître qu'une telle atteinte à la réputation constitue un intérêt actuel au contrôle de sa légalité en relation avec l'activité précédemment exercée.

1.4 Il s'ensuit que la recourante se trouve spécialement atteinte par la décision et qu'elle dispose encore d'un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA).

1.5 Il convient encore de se pencher sur la recevabilité des conclusions formulées par la recourante.

En vertu du principe de l'unité de la procédure, l'autorité de recours ne peut statuer que sur des points que l'autorité inférieure a examinés. Ainsi, l'objet du litige ne saurait s'étendre à des éléments qui ne sont pas compris dans l'objet du recours. Il s'ensuit que l'autorité de recours n'examine et ne juge, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. En revanche, dans la mesure où aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet et un jugement au fond ne peut pas être prononcé. C'est pourquoi les conclusions qui vont au-delà de l'objet du litige sont irrecevables (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_669/2008 du 8 décembre 2008 consid. 4.1; arrêt du Tribunal administratif fédéral B–8243/2007 du 20 mai 2008 consid. 1.4 et les réf. cit.; ULRICH MEYER/ISABEL VON ZWEHL, L'objet du litige en procédure administrative, in: Mélanges Pierre Moor, Berne 2005, p. 439). Par ailleurs, dès lors que l'objet du litige correspond à celui de la décision attaquée dans la mesure où il est contesté devant l'autorité de recours (cf. consid. 1.2), la contestation ne saurait excéder l'objet de la décision entreprise, soit les prétentions ou les rapports juridiques sur lesquels l'autorité inférieure s'est prononcée ou aurait dû se prononcer (cf. Décision de la Commission fédérale de recours en matière de contributions [CRC], du 18 janvier 1999, publiée dans la Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 63.78 consid. 2). Dès lors, l'autorité de recours n'examine pas les prétentions et les griefs qui n'ont pas fait l'objet du prononcé de l'autorité inférieure, sous peine

de détourner sa mission de contrôle, de violer la compétence fonctionnelle de ladite autorité, d'enfreindre le principe de l'épuisement des voies préalables et, en définitive, de priver les parties d'un degré de juridiction (cf. BOVAY, op. cit., p. 390 s.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3e éd., Zurich 2013, no 687 p. 243). En outre, après l'écoulement du délai de recours, le recourant ne peut plus étendre ni compléter les conclusions prises dans son recours; seule une précision desdites conclusions est encore possible. Aussi, l'ensemble des conclusions principales et subsidiaires doivent être formulées dans le délai de recours. En revanche, les requêtes à caractère procédural peuvent être déposées ultérieurement (cf. FRANK SEETHALER/FABIA BOCHSLER, Praxiskommentar, op. cit., art. 52 PA nos 41 s.; voir également arrêt du Tribunal administratif fédéral A–8435/2007 du 4 août 2008 consid. 3.1).

En l'espèce, dans son recours, formé en une seule écriture avec Y. et sa succursale de K., la recourante a conclu, sous suite de frais, à la recevabilité de son recours et à l'annulation de la décision entreprise. Dans sa réplique, déposée après le retrait de son recours par Y. et la désignation d'un nouveau représentant, elle requiert tout d'abord, à titre préalable, d'ordonner à la FINMA la production de copies des procès-verbaux établis à l'occasion de la séance tenue le 21 décembre 2007 ainsi que d'une visite effectuée chez Z. le 22 mars 2010, de constater que le rapport d'enquête émis par F. SA en date du 21 avril 2010 n'est pas revêtu de l'impartialité requise et ordonner qu'il soit écarté de la procédure, d'ordonner son audition ainsi que celle de divers autres témoins et, cela fait, d'impartir un bref délai aux parties afin de se déterminer par écrit au sujet des divers témoignages. À titre principal, elle conclut à l'annulation de la décision entreprise en tant qu'elle la concerne, à dire et constater en particulier qu'elle offre toujours la garantie d'une activité irréprochable, à dire et constater que la décision attaquée s'inscrit en violation de ses droits de l'homme, soit en particulier de sa liberté économique et du droit à la protection de sa vie privée et de sa réputation, de débouter la FINMA ainsi que tout opposant de toute autre ou contraire conclusion et de condamner l'autorité inférieure en tous les frais et dépens de la présente cause. Enfin, à titre subsidiaire, elle sollicite de dire et constater que la décision attaquée s'inscrit en violation de ses droits de l'homme, soit en particulier sa liberté économique et du droit à la protection de sa vie privée et de sa réputation, de débouter la FINMA ainsi que tout opposant

de toute autre ou contraire conclusion, de condamner la FINMA en tous les frais et dépens de la présente cause.

La seule conclusion formulée par la recourante dans le délai de recours tend à l'annulation de la décision. S'agissant de celles formulées au stade de la réplique, portant sur la production de copies des procès-verbaux et la mise à l'écart du rapport d'enquête, il s'agit de requêtes de nature procédurale pouvant être articulées également après l'écoulement du délai de recours. Par ailleurs, demander l'annulation de la décision en tant qu'elle la concerne revient à réduire l'objet de la contestation dès lors que les éléments touchant Y. ne sont plus contestés; aussi, il ne s'agit pas d'une nouvelle conclusion (cf. consid. 1.2). Ensuite, la recourante demande de dire et constater qu'elle offre toujours la garantie d'une activité irréprochable. La décision entreprise constate que la recourante n'offre plus ladite garantie; ainsi qu'il a été exposé précédemment, cette appréciation résulte d'un examen du comportement de la recourante en lien direct avec une activité spécifique, soit son activité au sein de Z., tel que cela ressort de la motivation de la décision entreprise. La conclusion de la recourante, formulée de manière générale, tend à une constatation abstraite de sa réputation. Or, cela ne constitue pas l'objet de la procédure. Seule l'annulation de la décision en tant qu'elle concerne la recourante peut être prononcée en cas d'admission du recours, ce qui revient, en d'autres termes, à déterminer si la constatation opérée par l'autorité inférieure à la suite de l'examen de l'activité de la recourante auprès de Z. l'aurait été en violation du droit. La conclusion de la recourante, en tant qu'elle vise une constatation abstraite de sa bonne réputation, excède l'objet du litige et se révèle dès lors irrecevable. Enfin, quant à la conclusion de la recourante demandant de dire et constater que la décision viole les droits de l'homme, il appert que ce point n'a pas non plus fait l'objet de la décision entreprise, ni dans sa motivation, ni dans son dispositif. Aussi, elle s'avère, sous cet angle, irrecevable. Tout au plus, l'examen d'une éventuelle violation des droits de l'homme pourrait intervenir, si nécessaire, dans la motivation du présent arrêt dès lors que ce grief a été invoqué par la recourante.

1.6 Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 11, art. 50 et art. 52 al. 1 PA), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et art. 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

1.7 Le recours est ainsi recevable, à l'exception de la conclusion portant sur une constatation abstraite relative à la réputation de la recourante ainsi que celle relative au constat formel d'une violation des droits de l'homme.

2. La recourante critique le choix des chargés d'enquête et conteste leur impartialité. Elle relève que G., qu'elle tient pour l'un des principaux intervenants de la FINMA dans le cadre de cette affaire, a accompli son stage d'avocat du mois d'août 2007 au mois d'octobre 2009 au sein de F., laquelle s'est vu confier l'enquête. Elle estime que le choix des enquêteurs, qu'elle qualifie de manifestement inopportun, mène à douter fortement de l'indépendance de ces derniers, à tout le moins du point de vue des apparences. Elle en conclut que les constats défavorables contenus dans ce rapport doivent donc être écartés et, dans la mesure où ledit rapport fonde la décision querellée, celle-ci doit être annulée puisqu'elle s'inscrit en violation de l'art. 29 al. 1 Cst.

Sur ce point, l'autorité inférieure souligne que la recourante a été dûment informée de la nomination des chargés d'enquête en les personnes de Mes H. et I., de F. et qu'elle a également été invitée à se déterminer à ce propos par courrier de la FINMA du 4 mars 2010. Elle ajoute que, pour le surplus, la recourante n'expose nullement en quoi son droit d'être entendu aurait été restreint par F. ou en quoi le fait qu'un employé de la FINMA ait travaillé dans cette étude en qualité de stagiaire mettrait en péril l'impartialité du rapport. Elle explique que les chargés d'enquête sont liés à la FINMA par des contrats de mandat et se doivent d'être indépendants des parties à la procédure. Elle conclut en disant que l'écartement du rapport des chargés d'enquête de la procédure n'est nullement justifié.

Dans ce contexte, la recourante se prévaut d'une violation de l'art. 29 al. 1 Cst. prescrivant que toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable.

2.1 La FINMA est tenue, conformément à l'art. 12 PA, de constater les faits d'office, disposant pour ce faire notamment d'expertises de spécialistes dont font partie les rapports des chargés d'enquête (cf. ANDRÉ TERLINDEN, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, Zurich 2010, p. 139 s.; BENEDIKT MAURENBRECHER/ANDRÉ TERLINDEN, in: Watter/Vogt [éd.], Basler

Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2e éd., Bâle 2011 [ci-après: Kommentar BEHG und FINMAG], art. 36 LFINMA nos 21 ss). Ainsi, la récusation du chargé d'enquête, en sa qualité d'expert, s'examine au regard des art. 29 al. 1 Cst. et art. 6 par. 1 CEDH garantissant l'équité du procès. S'agissant des exigences d'impartialité et d'indépendance, l'art. 29 al. 1 Cst. assure au justiciable une protection équivalente à celle de l'art. 30 Cst. relatif aux garanties dans la procédure judiciaire, à l'égard de laquelle l'art. 6 par. 1 CEDH n'a pas de portée propre. Selon la jurisprudence, les parties à une procédure ont le droit d'exiger la récusation d'un expert dont la situation ou le comportement sont de nature à faire naître un doute sur son impartialité. Cette garantie tend notamment à éviter que des circonstances extérieures à la cause ne puissent influencer le jugement en faveur ou au détriment d'une partie. Elle n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective est établie, car une disposition interne de l'expert ne peut guère être prouvée; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partiale. Seules des circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération; les impressions individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1P.17/2002 du 30 janvier 2002 consid. 3.2 et les réf. cit.).

S'agissant plus particulièrement du chargé d'enquête, son rôle est défini à l'art. 36 al. 1 LFINMA, selon lequel la FINMA peut ainsi 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 œuvre les mesures de surveillance qu'elle a ordonnées. Dans l'exécution de ses tâches d'élucidation des faits, le chargé d'enquête doit en principe s'en tenir à leur établissement, l'appréciation juridique incombant à l'autorité ou au juge (cf. MAURENBRECHER/TERLINDEN, Kommentar BEHG und FINMAG, op. cit., art. 36 LFINMA no 18; TERLINDEN, op. cit., p. 140; voir également arrêts du Tribunal fédéral 2A.332/2006 du 6 mars 2007 consid. 3 et 2A.360/2006 du 12 septembre 2006 consid. 3.2). En outre, la loi requiert uniquement de la part des chargés d'enquête qu'ils disposent de compétences spécifiques et qu'ils soient indépendants. L'indépendance implique notamment qu'ils doivent conduire leurs mandats de manière impartiale et objective. Aussi, le chargé d'enquête doit être dans une certaine mesure indépendant de la FINMA (cf. MAURENBRECHER/TERLINDEN, Kommentar BEHG und

FINMAG, op. cit., art. 36 LFINMA n^os^ 53 s.; TERLINDEN, op. cit., p. 221 ss).

Pour ce qui est de la PA, elle ne contient pas de dispositions concrétisant les exigences constitutionnelles s'agissant de la récusation des spécialistes et experts indépendants désignés par les autorités administratives; les dispositions applicables aux autorités judiciaires contenues à l'art. 34 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédérale (LTF, RS 173.110) trouvent application par analogie (art. 19 PA en relation avec l'art. 58 al. 1 de la loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale [PCF, RS 273] et l'art. 34 LTF; cf. STEFAN BREITENMOSER/MARION SPORI FEDAIL, Praxiskommentar, op. cit., art. 10 PA n^o^ 36; RETO FELLER, in: Auer/Müller/Schindler [éd.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zurich/St-Gall 2008 [ci-après: Kommentar VwVG], art. 10 PA n^o^ 5). Constituent des motifs de récusation au sens de la LTF notamment le fait d'avoir un intérêt personnel dans la cause (art. 34 let. a LTF) ou celui d'être prévenu de toute autre manière, notamment en raison d'une amitié étroite ou d'une inimitié personnelle avec une partie ou son mandataire. S'agissant d'un expert, le fait qu'il ait une relation personnelle étroite avec un membre de l'autorité appelée à statuer ne constitue pas une raison d'admettre sa partialité (cf. BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Praxiskommentar, op. cit., art. 10 PA n^o^ 37 et la réf. cit.). Il sied enfin de souligner que, selon la jurisprudence, dans l'intérêt d'une administration efficace de la justice, les demandes de récusation formées à l'encontre du personnel des tribunaux à l'exception des juges, c'est-à-dire en particulier les personnes aidant le juge à décider, doivent être admises avec d'autant plus de retenue que leur admission peut compliquer ou retarder la procédure (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B_22/2007 du 29 mai 2007 consid. 3.3).

2.2 À la lecture des pièces versées au dossier, il appert que l'identité des chargés d'enquête a été communiquée à Y. et Z. par l'autorité inférieure par courrier du 4 mars 2010 et qu'elles ont été invitées à déposer leurs éventuelles déterminations. Le représentant de Y. a expressément indiqué, par pli du 5 mars 2010, ne pas s'opposer à la nomination d'un chargé d'enquête de sorte qu'il renonçait à ce qu'une décision soit rendue. Le 8 mars 2010, la FINMA a donc confirmé la nomination immédiate des deux chargés d'enquête annoncés. Le point de savoir si la détermination du représentant de Y. lie également la recourante et si le droit de demander la récusation des chargés d'enquête doit aujourd'hui être con-

sidéré comme périmé (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1P.17/2002 du 30 janvier 2002 consid. 3.1 et les réf. cit.) peut rester indécis dès lors que l'impartialité et l'indépendance des chargés d'enquête ne sauraient de toute façon être remises en question en l'espèce (cf. consid. 2.3).

2.3 En effet, à la base de sa requête, la recourante invoque uniquement le fait qu'un collaborateur de l'autorité inférieure a effectué un stage au sein de l'étude dans laquelle œuvrent les chargés d'enquête. De prime abord, il y a lieu d'admettre, avec l'autorité, que la recourante n'a pas expliqué sur quoi reposerait le manque d'impartialité invoqué. Eu égard aux considérations développées précédemment, il faut bien reconnaître que le fait qu'un collaborateur de la FINMA connaisse personnellement les chargés d'enquête ne saurait suffire à faire naître un doute sur leur impartialité. Au surplus, même l'existence, si elle était démontrée, d'une relation amicale étroite − que la recourante n'invoque au demeurant pas − ne constituerait pas à elle seule une telle circonstance.

2.4 Il découle de ce qui précède que rien ne justifie de nier aux chargés d'enquête l'impartialité requise à leur fonction. Dans ces circonstances, la conclusion préalable de la recourante tendant à ce que les éléments de leur rapport qui lui sont défavorables soient écartés doit être rejetée, étant toutefois encore précisé que l'admission du grief aurait conduit à la mise à l'écart de l'ensemble du rapport et non des parties défavorables à la recourante uniquement.

3. Sous l'angle du droit d'être entendu, la recourante s'en prend à la motivation de la décision litigieuse, qu'elle qualifie de confuse en tant qu'il serait difficile de comprendre si la FINMA entend lui imputer, de manière selon elle inadmissible, une responsabilité objective pour l'ensemble des dysfonctionnements de Z. dont on sait qu'ils sont le fait de l'ancienne direction, ou si elle entend au contraire reconnaître une responsabilité personnelle à son encontre, ce qui serait infondé au vu des circonstances du cas d'espèce et ce que la FINMA ne démontrerait en rien. Elle relève également l'absence d'éléments concrets à l'appui de la sanction prononcée à son encontre alors qu'il serait avéré qu'elle a accompli tout ce qui était en son pouvoir.

3.1 Le devoir pour l'autorité de motiver sa décision afin que le destinataire puisse la comprendre, la contester utilement, s'il y a lieu, et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle a été déduit de la garantie du droit d'être entendu consacré à l'art. 29 al. 2 Cst. Cette obli-

gation est cependant définie avant tout par les dispositions spéciales de procédure et, en particulier, par l'art. 35 PA. À teneur de cette norme, les autorités sont tenues de motiver leurs décisions écrites, même lorsqu'elles sont notifiées sous forme de lettre. Bien que cette norme juridique ne fixe pas les limites de cette obligation, la doctrine et la jurisprudence admettent que la motivation doit porter sur tous les points nécessaires et se prononcer sur tous les arguments pertinents soulevés par les parties; sont nécessaires et pertinents non pas tous les arguments soulevés, mais seuls ceux qui sont de nature à influer de manière déterminante sur le contenu de la décision de telle sorte que l'intéressé puisse savoir pour quels motifs elle a été prise – et, dès lors, par quels moyens il peut la contester – et que l'autorité de recours puisse statuer en connaissance de cause sur le bien-fondé de la décision attaquée (cf. MOOR/POLTIER, op. cit., p. 348 et 350 et les réf. cit.). L'étendue de la motivation se définit selon les circonstances du cas particulier; ainsi, l'obligation de motiver est d'autant plus stricte lorsque la décision repose sur un pouvoir de libre appréciation de l'autorité, lorsqu'elle fait appel à des notions juridiques indéterminées, lorsqu'elle porte gravement atteinte à des droits individuels, lorsque l'affaire est particulièrement complexe ou lorsqu'il s'agit d'une dérogation à une règle légale (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral B–3538/2010 du 3 février 2011 consid. 5.3.4 et C–322/2006 du 23 avril 2009 consid. 2.1 et les réf. cit.; MOOR/POLTIER, op. cit., p. 351 et les réf. cit.; FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, Praxiskommentar, op. cit., art. 35 PA n^{os} 18 et 21 ss).

S'agissant en particulier de la motivation des décisions portant sur des mesures prononcées dans le domaine relevant de la présente cause, il sied de considérer que la distinction entre les mesures ad personam prévues à l'art. 51 al. 2 let. f LSA et les sanctions administratives frappant l'institution (audit effectué par des chargés d'enquête, retrait de l'agrément, etc.) nécessite que les décisions de la FINMA et des autorités de recours précisent quel acteur est visé par un reproche déterminé (cf. CHATTON, op. cit., p. 1204). Aussi, sans établissement préalable d'une responsabilité individuelle, il ne saurait être question de relever de son poste un dirigeant ni de prononcer une interdiction d'exercer à l'encontre d'un employé dirigeant ou d'un responsable subalterne (cf. CHATTON, op. cit., p. 1208).

3.2 Afin de déterminer l'étendue de l'obligation de l'autorité inférieure de motiver sa décision in casu (cf. consid. 3.3) ainsi que d'exami-

ner si elle l'a respectée, il convient à ce stade de fixer le contexte légal applicable.

3.2.1 La LSA est entrée en vigueur le 1er janvier 2006. Elle réglemente la surveillance des entreprises d'assurance et des intermédiaires d'assurance par la Confédération et a notamment pour but de protéger les assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus (art. 1 al. 1 et 2 LSA). D'une manière plus générale, elle vise au bon fonctionnement du secteur de l'assurance (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_94/2012 du 3 juillet 2012 consid. 2.7 et les réf. cit.) et à la sauvegarde de la confiance qu'il doit inspirer (cf. message du Conseil fédéral du 9 mai 2003 concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance [Loi sur la surveillance des assurances, LSA] et la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, FF 2003 3353, spéc. 3372).

Lorsqu'une entreprise étrangère entend exercer une activité d'assurance en Suisse, elle se trouve tenue de satisfaire un certain nombre d'exigences spécifiques. Elle doit notamment établir en Suisse une succursale et désigner un mandataire général pour la diriger (art. 15 al. 1 let. b LSA). Ce dernier doit jouir d'une bonne réputation et offrir la garantie d'une activité irréprochable (art. 14 al. 1 let. b LSA) et posséder des qualifications professionnelles spécifiques. Des conditions supplémentaires quant au mandataire général sont précisées dans l'ordonnance sur la surveillance du 9 novembre 2005 (OS, RS 961.011). Le mandataire général d'une entreprise d'assurance étrangère doit ainsi avoir son domicile en Suisse et assumer la direction effective du siège de l'ensemble des affaires suisses. Il doit avoir les connaissances nécessaires à l'exploitation d'affaires d'assurance. Préalablement à la nomination d'un nouveau mandataire général, son curriculum vitae et la procuration de la direction sont remis à la FINMA (art. 16 OS). L'art. 17 OS précise les obligations et attributions du mandataire général:

> [1] Le mandataire général représente l'entreprise d'assurance étrangère vis-à-vis de la FINMA et des tiers dans toutes les affaires qui concernent l'exécution de la législation sur la surveillance des assurances. Il a notamment les obligations et les attributions suivantes:
>
> a. il acquiert ou aliène, pour le compte de l'entreprise d'assurance, des biens destinés à la constitution ou à la modification du cautionnement ou de la fortune liée, selon les instructions reçues de l'entreprise d'assurance ou les décisions de la FINMA;

b. il conserve les pièces et documents au siège de l'ensemble des affaires suisses et il tient les livres et registres (art. 19);

c. il délivre aux autorités préposées à la tenue des registres publics, y compris les registres fonciers, des déclarations liant l'entreprise d'assurance et portant exécution des actes juridiques prévus à la lettre a;

d. il délivre des déclarations concernant les tarifs et autres documents destinés à être utilisés en Suisse.

[2] Il a qualité pour représenter l'entreprise d'assurance devant les tribunaux suisses et les autorités de poursuites et de faillite, et pour recevoir valablement les notifications et communications faites à l'adresse de l'entreprise d'assurance.

[3] Ne sont pas de sa compétence les déclarations portant sur:

a. l'extension de l'agrément;

b. la renonciation à l'agrément;

c. les modifications du plan d'exploitation de l'entreprise d'assurance, sous réserve de l'al. 1, let. d;

d. le compte annuel concernant l'ensemble des opérations de l'entreprise d'assurance;

e. le transfert volontaire du portefeuille d'assurance suisse.

À teneur de l'art. 19 OS, le mandataire général conserve les documents relatifs au portefeuille suisse d'assurance au siège de l'ensemble des affaires suisses et tient les livres et registres qui s'y rapportent; sur demande motivée, la FINMA peut toutefois autoriser que certains documents soient conservés dans un autre lieu.

Sous l'angle du droit de la surveillance, le mandataire général au sens de l'art. 15 LSA se présente comme la personne de contact centrale pour la majorité des intérêts touchant les activités d'assurance déployées en Suisse. Ainsi, les tâches dévolues au mandataire général de par la loi relèvent avant tout du droit de la surveillance. La position de mandataire général au sens de l'art. 15 LSA ne confère à lui seul aucun pouvoir étendu de représentation pour les affaires de la succursale découlant du droit privé. L'art. 17 OS prescrit seulement que le mandataire général représente l'entreprise d'assurance étrangère vis-à-vis de la FINMA et des tiers dans toutes les affaires qui concernent l'exécution de la législation sur la surveillance des assurances. Il semble toutefois que l'étendue

de ce pouvoir de représentation manque d'une certaine clarté (cf. CHRISTIAN LANG, in: Hsu/Stupp [éd.], Basler Kommentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz, Bâle 2013 [ci-après: Kommentar VAG], art. 15 LSA n^{os} 21 et 25).

3.2.2 Les notions de bonne réputation et de garantie d'une activité irréprochable se présentent comme des notions juridiques indéterminées dont la teneur correspond, contrairement à ce qu'affirme la recourante, à celles contenues à l'art. 3 al. 2 let. c LB, à l'art. 10 al. 2 let. d LBVM ainsi qu'à l'art. 14 al. 1 let. a LPCC (cf. HANSJÜRG APPENZELLER, Kommentar VAG, op. cit., art. 14 LSA n^{o} 2). Il en va de même de celles figurant aux art. 4 et art. 5 LSR (cf. arrêts du Tribunal fédéral 2C_505/2010 du 7 avril 2011 consid. 4.2 et 2C_834/2010 du 11 mars 2011 consid. 3.2). Il convient donc de tenir compte de la jurisprudence ainsi que de la doctrine développées à ce sujet.

Les exigences quant à la réputation ainsi qu'à la garantie d'une activité irréprochable visent en premier lieu à protéger les créanciers et, par là, à préserver la crédibilité dont doit bénéficier la place financière suisse. La garantie d'une activité irréprochable présuppose que les personnes visées possèdent les compétences professionnelles requises par leur position, 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 − notamment en matière de droit de la surveillance des assurances mais également les dispositions civiles et pénales −, 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 réf. cit. 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. BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB, in: Bodmer/Kleiner/Lutz [éd.], Kommentar zum schweizerischen BankG, Zurich, art. 3 LB n^{os} 191 ss [édition avril 2005]; CHRISTOPH WINZELER, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler [éd.], Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2^{e} éd., Bâle/Genève/Munich 2005, art. 3 LB n^{o} 16 et 25; PHILIPPE A. HUBER/PETER HSU, Kommentar BEHG und FINMAG, op. cit., art. 10 LBVM n^{o} 60 et les réf. cit.; Bulletin CFB 45, p. 164 consid. 1c). La notion de bonne réputation implique également de l'intégrité, de la droiture, de la conscience et de la fermeté de caractère

ainsi que des compétences professionnelles (cf. Bulletin CFB 3, p. 12 consid. 1).

Le contrôle des exigences professionnelles et personnelles posées par l'art. 14 LSA 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 société en cause, 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, 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, op. cit., art. 3 LB n° 181 [édition avril 2005]; AELLEN, op. cit., p. 140 et 199 ss).

S'agissant d'appliquer lesdites notions juridiques indéterminées, l'autorité inférieure dispose d'un certain pouvoir d'appréciation (cf. ATAF 2010/39 consid. 4.1.1 et les réf. cit.; arrêt du Tribunal administratif fédéral B–5113/2011 du 28 juin 2012 consid. 5.1). 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 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.

Le Tribunal administratif fédéral a constaté qu'il s'imposait de prendre en considération, à l'occasion de l'examen de la garantie d'une activité irréprochable, non seulement la gravité, le nombre et le moment des éventuels manquements, mais également toutes les circonstances qui influent de manière positive sur la réputation ou qui laissent apparaître les actes négatifs sous un jour plus favorable (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B–7348/2009 du 3 juin 2010 consid. 12.3).

3.2.3 Enfin, pour ce qui est du choix de la mesure à adopter dans une situation concrète, l'autorité de surveillance dispose en matière de surveillance des assurances privées d'un très large pouvoir d'appréciation puisqu'elle est habilitée, selon l'art. 51 al. 1 LSA, à prendre les mesures conservatoires qui lui paraissent nécessaires pour sauvegarder les intérêts des assurés (cf. RENATO DEGLI UOMINI/HANS-PETER GSCHWIND, Kommentar VAG, op. cit., art. 51 LSA n^{os} 2 et 4; voir aussi KATJA ROTH PELLANDA, Kommentar BEHG und FINMAG, op. cit., art. 31 LFINMA n^{o} 10; ATF 135 II 356 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 2C_565/2010 du 14 avril 2011 consid. 4.1). Les instances de recours n'interviennent qu'en cas d'excès (cf. ATF 132 II 382 consid. 4.1 et les réf. cit.). L'autorité inférieure se conformera cependant au but de la loi ainsi qu'aux principes généraux régissant toute activité administrative (cf. DEGLI UOMINI/GSCHWIND, op. cit., art. 51 LSA n^{o} 4) ce qui implique notamment l'interdiction de l'arbitraire, le respect de l'égalité de traitement ainsi que les principes de la proportionnalité et de la bonne foi (cf. ROTH PELLANDA, Kommentar BEHG und FINMAG, op. cit., art. 31 LFINMA n^{o} 11).

3.3

3.3.1 En l'espèce, un devoir de motivation accru s'impose à plusieurs titres. Tout d'abord, l'autorité inférieure dispose d'une marge de manœuvre importante s'agissant d'interpréter les notions juridiques indéterminées que constituent la bonne réputation ainsi que la garantie d'une activité irréprochable figurant à l'art. 14 al. 1 LSA (cf. 3.2.2) et dans le choix des mesures à prendre afin de rétablir l'ordre légal et de protéger les intérêts des assurés. De plus, il convient de tenir compte de la complexité de l'état de fait de la présente affaire (cf. consid. 3.1) de même que des conséquences néfastes du constat de défaut de garantie d'une activité irréprochable sur la carrière professionnelle de la recourante (cf. consid. 1.3).

3.3.2 À la lecture de la décision entreprise, il appert que les manquements relatifs à la violation de l'obligation d'annonce des contrats de délégation (art. 4 al. 2 let. j LSA), la violation des modalités de délégation définies par la pratique de l'autorité de surveillance et l'absence d'une organisation adéquate des relations avec les délégataires de fonctions importantes d'assurance (art. 4 LSA et explications sur le plan d'exploitation) de même que

3.3.3 la violation de l'obligation de rapport à la FINMA au sens de l'art. 25 LSA ne sont pas reprochés à la recourante personnellement. Le sont en revanche le manque d'organisation et la gestion inadéquate de la fin des relations avec C. ainsi que la violation de l'obligation de conservation de la documentation d'assurance au sens des art. 17 al. 1 let. b et art. 19 OS.

3.3.4 Sous l'angle de la garantie d'une activité irréprochable, l'autorité inférieure a brièvement exposé cette notion pour ensuite critiquer le comportement de Z. lors de la résiliation immédiate des conventions la liant à C. ainsi que dans l'invocation d'un transfert de portefeuille. Elle a conclu de l'ensemble de ces éléments qu'ils dénotaient un manque de connaissance du cadre réglementaire suisse, un manque d'organisation dans la gestion des relations avec les intermédiaires d'assurance ainsi qu'une violation des obligations du mandataire général et de Z. d'offrir la garantie d'une activité irréprochable. En outre, s'agissant de l'obligation de conservation des documents, elle a noté que Z. ne disposait pas des documents d'assurance alors que ni la FINMA ni l'OFAG n'ont autorisé leur conservation dans un autre lieu et qu'aucune demande en ce sens ne leur a été adressée. Elle a jugé qu'en raison de son caractère systématique, ce manquement devait être qualifié de grave et qu'il remettait également en cause la garantie d'une activité irréprochable de la mandataire générale. Pour ce qui est du choix de la mesure, la FINMA a indiqué que, même s'il était probable que cette situation avait été en partie héritée du précédent mandataire général, force était de constater que l'actuelle mandataire générale n'avait pas pris de mesures adéquates pour y remédier; elle a considéré que, par conséquent, celle-ci n'offrait plus la garantie d'une activité irréprochable. Elle a encore noté que, indépendamment du courrier annonçant le départ de la recourante, sans qu'une date n'ait été arrêtée, la situation ne pouvait durer, de sorte qu'il convenait à ses yeux d'ordonner à Y. de proposer, dans un délai de 30 jours dès la notification de la décision, un nouveau mandataire général

pouvant entrer en fonction immédiatement et satisfaire aux exigences de l'art. 14 LSA; elle a ajouté que, en raison de la complexité de la situation, il devrait disposer d'une solide expérience en matière d'exploitation d'une entreprise d'assurance en Suisse et de la réglementation y relative.

3.3.5 Sur la base des faits constatés, en considération des principes jurisprudentiels en la matière ainsi que de l'exigence d'une motivation détaillée (cf. consid. 3.1 ss), il appartenait à l'autorité inférieure d'exposer et d'apprécier non seulement la gravité, le nombre et le moment des manquements reprochés à la recourante mais également toutes les circonstances influant de manière positive sur sa réputation (cf. consid. 3.2.2). Dans ce contexte, elle ne pouvait se dispenser de présenter clairement et précisément la situation héritée par la recourante à son entrée en fonction, en particulier les difficultés rencontrées ainsi que la responsabilité du précédent mandataire; à cet égard, il eût également présenté un certain intérêt d'exposer précisément quelle était la tâche confiée à la recourante, sa marge de manœuvre au regard des instructions reçues ainsi que ses rapports avec sa hiérarchie. Sur cette base, il lui incombait ensuite de se pencher sur les efforts raisonnablement exigibles de la recourante ou encore de mettre en balance les actes accomplis avec, d'une part, l'ampleur de la tâche en raison de l'existence d'une crise majeure qu'elle a elle-même reconnue et, d'autre part, la nécessité de fixer des priorités ou les actes que la recourante aurait, aux yeux de la FINMA, dû accomplir en expliquant par ailleurs clairement en quoi les mesures prises ne s'avéraient pas pertinentes.

Or, la décision entreprise ne satisfait pas à ces exigences. S'agissant notamment de la situation antérieure à l'entrée en fonction de la recourante, la FINMA y a certes noté dans la partie « En fait » que la succursale se trouvait alors dans une crise majeure, puisque la presque totalité de sa documentation avait disparu et que les collaborateurs clés avaient quitté leur poste entre janvier 2008 et août 2009, rendant la reprise de la gestion de la succursale particulièrement difficile; plus loin, elle a qualifié de probable le fait que la situation difficile dans laquelle se trouvait la succursale à l'entrée en fonction de la recourante a été en partie héritée du précédent mandataire général, soulignant encore la complexité de la situation lorsqu'il s'agissait de définir les exigences requises du mandataire général à nommer. Cela étant, à la lecture de ladite décision, on ignore tout du rôle joué par la situation de la succursale avant la prise de fonction de la recourante dans l'appréciation

de sa garantie d'une activité irréprochable. La conclusion que la recourante n'offrirait plus la garantie d'une activité irréprochable découle d'une appréciation des faits en cause reprochés exclusivement; on cherche en vain une évaluation globale des actes au regard de leur contexte.

En outre, il appartenait encore à l'autorité inférieure de procéder à un pronostic sur les risques que des actes similaires se reproduisent à l'avenir (cf. consid. 3.2.2). Dans ce contexte et dans le respect de son obligation accrue de motiver sa décision, elle devait expliquer en quoi consistaient ces risques et pour quels motifs ils pouvaient être qualifiés de probables. Or, ces explications font défaut dans la décision. De surcroît, en lien avec le facteur de la probabilité et sous l'angle de la proportionnalité, elle était tenue de prendre en compte le départ annoncé de la recourante. En effet, il sied de rappeler que l'examen de la garantie d'une activité irréprochable intervient exclusivement en rapport avec une fonction particulière; aussi, en toute logique, les risques considérés ne peuvent manifestement pas se reproduire lorsque l'activité en cause n'est plus exercée. L'obligation de motiver sa décision imposait à l'autorité inférieure d'expliquer pour quelles raisons elle estimait que la négation de la garantie d'une activité irréprochable s'avérait toujours d'actualité et pourquoi d'autres mesures ne pouvaient être envisagées comme suffisantes. Certes, il était permis d'attendre de Y. qu'elle informe la FINMA de la date du départ de la recourante dès sa fixation; il n'en demeure pas moins qu'il appartient à l'autorité inférieure d'établir les faits pertinents (art. 12 PA). Aussi, il lui incombait à tout le moins de préciser pourquoi elle jugeait le départ de la recourante non pertinent au point de ne pas même s'enquérir de sa date précise. Une telle indication se justifiait d'autant plus que la proposition d'un nouveau mandataire général interviendrait par la force des choses à une date très proche du départ annoncé de la recourante. Dans sa réponse, la FINMA a expliqué que, sur le vu des graves violations du droit de la surveillance, il y avait lieu de craindre à l'avenir des violations similaires et des problèmes d'organisation auxquels le mandataire général ne serait pas à même de remédier au sein de Z. à brève échéance; elle a ajouté que l'intérêt à assurer à brève échéance le remplacement du mandataire général apparaissait prépondérant par rapport à l'intérêt de la recourante et de Y. au maintien de cette fonction, raison pour laquelle l'ordre de remplacement se révélait la seule mesure adéquate. Un tel constat ne saurait cependant être qualifié de suffisant: si l'on peut en effet saisir les raisons justifiant de remplacer la mandataire générale dans un bref délai dans l'hypothèse où les faits re-

prochés sont avérés, cela ne donne pas pour autant les indications indispensables quant à la nécessité de prononcer encore un avis négatif sur la garantie d'une activité irréprochable de la recourante.

3.4 Dans ces circonstances et en raison des exigences accrues de motivation en présence de notions juridiques indéterminées, du pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure qui en découle, de la marge de manœuvre qui est la sienne dans le choix de la mesure visant le rétablissement de l'ordre légal, de la complexité de l'état de fait à apprécier ou encore des conséquences d'une appréciation négative de la garantie d'une activité irréprochable, force est de constater que l'autorité inférieure n'a pas suffisamment respecté ses obligations d'examen et de motivation s'agissant de la garantie d'une activité irréprochable.

Le droit d'être entendu représente une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (cf. ATF 126 V 130 consid. 2b, ATF 125 I 113 consid. 3). Une telle violation, si elle s'avère de moindre gravité, peut cependant, à titre exceptionnel (cf. ATF 126 I 68 consid. 2), être considérée comme guérie au cours de la procédure de recours, en particulier lorsque l'autorité complète les motifs ayant guidé sa décision et le recourant est invité, par un second échange d'écritures, à se prononcer à ce sujet (cf. LORENZ KNEUBÜHLER, Kommentar VwVG, op. cit., art. 35 PA n^{os} 19 ss), lorsque la cognition de l'instance de recours ne se trouve pas limitée par rapport à celle de l'instance inférieure et qu'il n'en résulte aucun préjudice pour le recourant (cf. ATF 126 V 130 consid. 2b, ATF 124 II 132 consid. 2d; arrêt du Tribunal administratif fédéral B–1621/2008 du 3 juillet 2008 consid. 6). En l'espèce, il faut tout d'abord bien reconnaître que la violation du droit d'être entendu constatée précédemment apparaît difficilement susceptible d'être qualifiée de mineure de sorte que le mécanisme de la guérison ne peut trouver application. Quand bien même il le serait, la violation du droit d'être entendu du recourant précédemment établie ne saurait être considérée comme guérie dans le cadre de la présente procédure de recours puisque l'autorité inférieure n'a pas donné davantage les clés de son appréciation; ainsi, la recourante n'a pu convenablement se déterminer à ce sujet. En effet, si la FINMA a défini avec un peu plus de précision la notion de garantie d'une activité irréprochable, elle n'a pas pallié l'absence de nombreux éléments pourtant pertinents et même indispensables à sa motivation. Pour ce motif déjà, il

se justifie d'annuler la décision attaquée dans la mesure où elle constate que la recourante n'offre plus la garantie d'une activité irréprochable. Dans ces circonstances, point n'est besoin d'examiner les autres griefs de la recourante ni les moyens de preuve offerts comme la production de diverses pièces ou son audition personnelle.