



Examen de Juridictions fédérales

Professeurs F. Bellanger, N. Jeandin et Y. Jeanneret

Examen du mercredi 14 septembre 2022

Durée : 2 heures

Frank a été pendant plusieurs années le président du conseil d'administration de la Banque RISQUETOUT. Il a démissionné en septembre 2021.

En novembre 2019, le Conseil d'administration de la Banque a approuvé l'octroi d'un crédit à la société SALVO SA pour financer l'achat de la licence pour la fabrication et la commercialisation d'un médicament. Par la suite, en juin 2021, cette société a été mise en faillite et la Banque RISQUETOUT a perdu 27 millions de francs.

Suite à cette faillite, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après : la FINMA) a mené des investigations visant à déterminer la nécessité d'ouvrir une enquête à l'encontre de la Banque RISQUETOUT et ses organes dirigeants relativement à son organisation et à un potentiel conflit d'intérêts affectant Frank, son président du Conseil d'administration de l'époque, en raison de ses liens d'amitié avec Carlos, le patron de la société SALVO SA.

La Banque RISQUETOUT a aussi fait procéder à une enquête par une fiduciaire et a ouvert une action civile à Genève contre Frank en octobre 2021. Elle a transmis, également en octobre 2021, le rapport d'enquête de la fiduciaire à la FINMA.

En décembre 2021, la FINMA a mis un terme à ses investigations et a statué : seule la Banque RISQUETOUT a fait l'objet d'un blâme pour gestion inadéquate des risques liés à l'octroi du crédit en faveur de SALVO SA.

Le 5 janvier 2022, Frank a requis de la FINMA la copie des documents qu'elle détient le concernant, en relation avec l'affaire RISQUETOUT/SALVO. *accès au dossier*

La FINMA lui a répondu par courrier du 10 janvier 2022 que la recherche et la préparation des documents requis allaient prendre du temps et que les renseignements demandés ne pourraient pas lui être transmis avant la fin du mois d'avril 2022.

Frank a répondu immédiatement en confirmant sa requête, expliquant qu'elle était bien limitée aux fichiers en relation avec le crédit octroyé par la Banque RISQUETOUT à SALVO SA et qu'il n'était pas nécessaire d'inclure dans les fichiers à transmettre ceux qui étaient publics et, finalement, qu'il acceptait que les documents lui soient remis pour le terme indiqué.

Le 28 avril 2022, la FINMA a informé Frank du fait qu'elle n'était pas encore parvenue à effectuer la recherche complète des documents. Elle joignait à son courrier les pièces déjà collectées, à savoir des procès-verbaux, des courriels et des courriers. La FINMA expliquait avoir noirci toutes les informations qui ne concernaient pas Frank. Elle supposait être en mesure de terminer ses recherches et la préparation des données d'ici la fin du mois de juillet 2022.

Par courrier du 25 mai 2022, Frank s'est déterminé auprès de la FINMA sur les pièces reçues. Il contestait le caviardage massif des documents, qui selon lui les rend incompréhensibles. Il reprenait les pièces transmises en indiquant les passages où il requérait un accès plus étendu. Il indiquait qu'il entendait avoir accès aux documents en question afin de pouvoir assurer sa défense dans le cadre du procès civil ouvert en parallèle à son encounter par la Banque RISQUETOUT. Frank demandait en outre des compléments, notamment que d'autres fichiers, en possession de la FINMA, soient également produits, dès lors qu'ils étaient cités dans l'un des documents transmis. Enfin, il concluait en demandant, pour le cas où la FINMA refuserait de corriger les caviardages contestés et de compléter son envoi conformément à sa requête, le prononcé d'une décision formelle, pour le 30 juin 2022 au plus tard.

Le 3 juin 2022, la FINMA a accusé réception du courrier de Frank et indiqué être en mesure d'y apporter une réponse et de fournir les derniers documents contenant ses données personnelles d'ici mi-novembre 2022. Frank n'a pas réagi.

La FINMA a transmis de nouveaux documents, largement noircis, à Frank par courrier A+ du 22 août 2022, déposé le lendemain dans la boîte à lettre de Frank, qui était en vacances à l'étranger. La FINMA indiquait qu'elle n'avait pas pu examiner intégralement sa demande. S'agissant des documents complémentaires dont Frank souhaitait obtenir une copie, elle a indiqué reporter toute communication de ceux-ci en raison de la procédure civile en cours et de la production d'intérêts prépondérants de tiers. Elle informait Frank être en mesure de lui donner de plus amples informations d'ici la moitié du mois de décembre 2022. Enfin, elle attirait l'attention de Frank sur le fait que si, à l'issue de la transmission des documents, il entendait maintenir sa requête de décision formelle, il lui appartiendrait de la motiver.

Parallèlement, le 6 juin 2022, Frank a demandé à la FINMA de délier de leur secret de fonction ses deux collaborateurs, Markus et Philippe, qui ont géré l'enquête contre la Banque RISQUETOUT jusqu'à l'adoption du blâme contre la Banque. Il a justifié sa demande par le fait qu'il a cité ces deux personnes comme témoins dans le cadre de la procédure civile pour qu'ils puissent témoigner sur les faits et documents dont ils ont connaissance.

Par courrier simple du 5 septembre 2022, reçu dans sa boîte aux lettres le lendemain, la FINMA a écrit à Frank, que, selon sa pratique, elle ne fournissait aucune entraide administrative aux tribunaux civils. En outre, elle a souligné qu'en tant qu'autorité administrative, elle exécute un mandat de droit public et que la participation à des litiges de droit civil comme en l'espèce contreviendrait aux buts de la surveillance des marchés financiers. Elle a expliqué qu'en conséquence elle ne livrait aux tribunaux civils aucun document, ses collaborateurs ou mandataires n'étant par ailleurs pas témoins dans des procédures civiles ; de plus, elle s'est référée à l'art. 40 let. c LFINMA en expliquant que cette pratique avait été confirmée par le Tribunal administratif fédéral dans l'ATAF 2014/19 qui avait constaté expressément que les tribunaux civils n'étaient, faute de base légale, pas autorisés à exiger de la FINMA la production de documents. Pour ces motifs, la FINMA a indiqué qu'elle ne délierait pas Markus et Philippe de leur secret de fonction.

Frank, qui est rentré il y a trois jours de vacances, vient vous trouver avec ces courriers. :

Volet courrier du 22 août 2022 :

1. Veuillez analyser l'éventuelle voie de recours à l'encontre de l'acte du 22 août 2022 (toutes les conditions de recevabilité du recours sont à analyser).
2. A supposer qu'aucune voie de recours ne soit ouverte à l'encontre du courrier du 22 août 2022 et sachant que Frank est un homme particulièrement pressé, quel moyen procédural pourriez-vous envisager de lui suggérer ?
3. Si, en dépit de la mise en œuvre du moyen procédural identifié à la question précédente (n°2) la FINMA devait demeurer passive, à quelle autorité Frank devrait-il s'adresser, sous quelle forme et dans quel délai ?
4. Dans le prolongement de la question précédente (n° 3), la décision que prendrait l'autorité saisie, si elle ne donnait pas suite à la demande de Frank, serait-elle définitive ou pourrait-elle faire l'objet d'une contestation par-devant le Tribunal fédéral (veuillez éventuellement analyser toutes les conditions d'ouverture de la voie de recours) ?

Volet courrier du 5 septembre 2022 :

5. Veuillez analyser la recevabilité du ou des recours subséquemment ouverts à l'encontre de l'acte du 5 septembre 2022 (toutes les conditions de recevabilité de chaque recours sont à analyser ; des renvois aux éléments de réponse précédents sont admis).
6. Le ou les recours a/ont-il(s) effet suspensif ?
7. Dans le cadre de son ou de ses recours, Frank pourrait-il obtenir la levée du secret de fonction par le moyen de mesures provisionnelles ?

Annexe (une annexe) :

- Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers ; LFINMA ; RS 956.1)