



Arrêt du 30 octobre 2018

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Stephan Breitenmoser, Eva Schneeberger,
Daniel Willisegger, Francesco Brentani, juges,
Fabienne Masson, greffière.

Parties

1. **A.**_____ ,
2. **B.**_____ ,
3. **C.**_____ ,
4. **D.**_____ ,
5. **E.**_____ ,
6. **F.**_____ ,
7. **G.**_____ ,
8. **H.**_____ ,
9. **I.**_____ ,
10. **J.**_____ ,
11. **K.**_____ ,
12. **L.**_____ ,
13. **M.**_____ ,
14. **N.**_____ ,
15. **O.**_____ ,
16. **P.**_____ ,
17. **Q.**_____ ,
18. **R.**_____ ,
19. **S.**_____ ,
20. **T.**_____ ,
21. **U.**_____ ,
22. **V.**_____ ,
23. **W.**_____ ,

-
- 24. **X.**_____ ,
 - 25. **Y.**_____ ,
 - 26. **Y.**_____ ,
 - 27. **Z.**_____ ,
 - 28. **AA.**_____ ,
 - 29. **BA.**_____ ,
 - 30. **CA.**_____ ,
 - 31. **DA.**_____ ,
 - 32. **EA.**_____ ,
 - 33. **FA.**_____ ,
 - 34. **GA.**_____ ,
 - 35. **HA.**_____ ,
 - 36. **IA.**_____ ,
 - 37. **JA.**_____ ,
 - 38. **KA.**_____ ,
 - 39. **LA.**_____ ,
 - 40. **MA.**_____ ,
 - 41. **NA.**_____ ,
 - 42. **OA.**_____ ,
 - 43. **PA.**_____ ,
 - 44. **QA.**_____ ,
 - 45. **RA.**_____ ,
 - 46. **SA.**_____ ,
 - 47. **TA.**_____ ,
 - 48. **UA.**_____ ,
 - 49. **VA.**_____ ,
 - 50. **WA.**_____ ,
 - 51. **XA.**_____ ,

tous représentés par Maîtres Etienne Soltermann
et Cristobal Orjales, avocats,
recourants,

contre

**Autorité fédérale de surveillance
des marchés financiers FINMA,**
Laupenstrasse 27, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Demande de levée du secret de fonction / déni de justice.

Faits :**A.**

Le 16 octobre 2015, les recourants ont introduit une demande en paiement à l'encontre de YA._____ SA (ci-après : la banque) par-devant le Tribunal civil de première instance de la République et canton de Genève (ci-après : le tribunal civil). Ils reprochent à la banque son manque de diligence dans la surveillance des comptes de ZA._____ et de AB._____ Ltd. ouverts auprès d'elle, ayant servi à l'élaboration par ZA._____ d'une large escroquerie, organisée sur le modèle du schéma de « Ponzi », dont ils ont été victimes. L'ancienne Commission fédérale des banques, alors compétente, avait mandaté la société BB._____ GmbH en tant que liquidatrice dans la faillite du groupe AB._____. Elle l'avait également chargée de rédiger un rapport d'enquête sur lequel les recourants se sont notamment fondés dans leur demande en paiement. En outre, ils y ont notamment expressément requis le témoignage de CB._____ et DB._____.

B.

En date du 23 août 2017, les recourants ont demandé à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA (ci-après : FINMA ou autorité inférieure) de délier de leur secret de fonction quatre collaborateurs de BB._____ GmbH ayant participé à la rédaction du rapport susmentionné, soit CB._____, DB._____, EB._____ et FB._____ ; ils ont expliqué avoir requis leur audition en qualité de témoins devant le tribunal civil afin qu'ils confirment l'exactitude du contenu dudit rapport et accroissent ainsi sa force probante.

C.

Par courrier du 5 septembre 2017, la FINMA a indiqué 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 (RS 956.1). Elle a noté 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. Celle-ci a considéré qu'il ne saurait en aller

différemment de l'audition de témoins. Elle a déclaré que, pour ces motifs, elle ne délierait pas les personnes concernées de leur secret de fonction.

D.

Entendue en qualité de témoin lors d'une audience du 12 septembre 2017, CB._____ a indiqué n'avoir pas demandé à être déliée de son secret de fonction, prenant en outre note d'un courrier de la FINMA selon lequel elle ne l'avait pas été.

E.

Le 28 septembre 2017, les recourants ont sollicité une nouvelle fois la levée du secret de fonction desdites personnes, mettant formellement la FINMA en demeure de rendre une décision sujette à recours au sens de l'art. 5 PA jusqu'au 6 octobre 2017 au plus tard.

F.

Par écritures du 9 octobre 2017, les recourants ont formé recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre le courrier de la FINMA du 5 septembre 2017 (cause B-5740/2017). Sous suite de frais et dépens, ils concluent principalement au constat que la FINMA a commis un déni de justice formel en ne rendant pas une décision conformément à leur requête et au renvoi de la cause à la FINMA avec l'injonction de rendre une décision dans les meilleurs délais ; subsidiairement, ils demandent l'annulation de la décision – si elle devait être considérée comme telle – du 5 septembre 2017 et le constat que les points sur lesquels seront appelés à témoigner les collaborateurs de BB._____ GmbH ne sont pas couverts par le secret de fonction dès lors qu'ils sont de nature publique ; plus subsidiairement, ils sollicitent l'annulation de la décision – si elle devait être considérée comme telle – du 5 septembre 2017, et que ces personnes soient déliées du secret de fonction et autorisées à témoigner ; encore plus subsidiairement, ils requièrent l'annulation de la décision – si elle devait être considérée comme telle – du 5 septembre 2017 et le renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

G.

Par courrier du 18 octobre 2017 adressé aux recourants, l'autorité inférieure a, en premier lieu, rappelé la teneur de son courrier du 5 septembre 2017. En outre, elle a indiqué que leur demande du 28 septembre 2017 et les explications y figurant n'étaient aucunement de nature à justifier un changement de sa pratique. Elle a par ailleurs renvoyé à l'art. 41 LFINMA, indiquant que, dans le cas où les recourants

persisteraient à vouloir que les personnes concernées soient déliées de leur secret de fonction, il conviendrait au préalable de demander l'intervention du tribunal civil compétent ; elle a ajouté n'avoir été contactée par aucune autorité juridique genevoise.

H.

Le 20 novembre 2017, les recourants ont formé recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre le courrier de l'autorité inférieure du 18 octobre 2017 (cause B-6561/2017). Ils demandent préalablement sa jonction avec la procédure B-5740/2017, formulant pour le surplus les mêmes conclusions que celles figurant dans leur recours du 9 octobre 2017.

I.

Le tribunal de céans a procédé à la jonction des causes B-5740/2017 et B-6561/2017 par décision incidente du 23 novembre 2017.

J.

Invitée à se déterminer, l'autorité inférieure conclut principalement à la non-entrée en matière sur les recours et, subsidiairement, à leur rejet au terme de ses remarques responsives du 22 décembre 2017. Elle déclare n'avoir jamais refusé de prononcer une décision sujette à recours, ni dans son courrier du 5 septembre 2017 ni dans celui du 18 octobre 2017 ; elle estime que ces deux courriers ne constituent toutefois pas des décisions administratives au sens de l'art. 5 PA. En outre, elle explique que, selon la pratique, une éventuelle levée du secret de fonction ne peut être accordée qu'en présence d'une convocation officielle du tribunal compétent ; se référant à l'art. 41 LFINMA, elle ajoute que, si cette convocation donne lieu à des différends, le Tribunal administratif fédéral statue sur les demandes de l'une des autorités concernées, les parties à cette procédure étant uniquement les autorités et non les particuliers. Elle note n'avoir reçu aucune convocation officielle, pas plus qu'elle n'a eu connaissance d'une telle convocation pour les témoins concernés. Elle précise que, dans tous les cas, il ne revient pas aux parties de demander directement à la FINMA que certaines personnes soient déliées du secret de fonction. Enfin, elle déclare ignorer pourquoi et à quel propos elle aurait dû prononcer une décision et même pourquoi elle serait tenue d'en rendre une.

K.

Dans leurs déterminations du 15 janvier 2018, les recourants déclarent persister dans l'intégralité de leurs conclusions, à savoir que l'autorité inférieure est tenue de donner suite à la demande de levée du secret de fonction du 23 août 2017 en rendant une décision. Ils observent

notamment avoir fourni des pièces attestant de la convocation officielle en qualité de témoins des collaborateurs de BB. _____ GmbH en produisant la convocation de l'une d'entre eux, qui s'est présentée devant le tribunal civil le 12 septembre 2017 mais n'y a cependant pas témoigné, faute d'avoir été déliée de son secret de fonction. Finalement, ils mentionnent que le tribunal civil, ayant lui-même invité les recourants à s'adresser à l'autorité inférieure, s'est déclaré prêt à entendre ladite collaboratrice en qualité de témoin une fois celle-ci déliée de son secret de fonction.

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.

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

2.

À teneur des art. 31 et 33 let. d LTAF en relation avec l'art. 54 LFINMA, il est du ressort du Tribunal administratif fédéral de juger des recours contre les décisions rendues par la FINMA. En outre, en vertu de l'art. 46a PA, le recours est également recevable si, sans en avoir le droit, l'autorité saisie s'abstient de rendre une décision sujette à recours ou tarde à le faire (recours pour déni de justice). Le recours pour déni de justice doit être adressé à l'autorité qui aurait été compétente pour connaître du recours contre la décision qui n'a précisément pas été rendue (cf. arrêts du TAF A-692/2014 du 17 juin 2014 consid. 1.4, A-36/2013 du 7 août 2013 consid. 1 et A-2723/2007 du 30 janvier 2008 consid. 1.3, non publié in ATAF 2009/1 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2^{ème} éd., 2013, n. 5.18 ; Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4206). Il s'ensuit que le Tribunal administratif fédéral s'avère compétent pour statuer sur le présent recours.

3.

3.1 Conformément à sa teneur, l'art. 46a PA présuppose en outre qu'aucune décision susceptible de recours n'ait été rendue (cf. FELIX UHLMANN, in : *Praxiskommentar VwVG*, 2016, art. 46a PA n° 6). En vertu de l'art. 5 al. 1 PA, sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral

et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (let. b) ou de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c). Conformément à l'art. 5 al. 2 PA, sont aussi considérées comme des décisions les mesures en matière d'exécution (art. 41 al. 1 let. a et b), les décisions incidentes (art. 45 et 46), les décisions sur opposition (art. 30 al. 2 let. b et 74), les décisions sur recours (art. 61), les décisions prises en matière de révision (art. 68) et d'interprétation (art. 69). Acte de souveraineté adressé à un particulier, la décision a pour objet de régler une situation juridique, c'est-à-dire de déterminer, de manière obligatoire et contraignante, les droits et obligations de sujets de droit (cf. MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3^e éd. 2011, p. 179 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n° 2.13).

La décision fixe un régime juridique individuel et concret et s'oppose en cela à la norme qui est de nature générale et abstraite. La décision est individuelle dans la mesure où elle s'adresse à un cercle déterminé de destinataires et concrète dans la mesure où elle se rattache à une situation particulière (cf. MOOR/POLTIER, op. cit., p. 198 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n° 2.12 ss). Ses effets doivent se produire tant à l'égard des autorités qu'à celui de son destinataire (cf. ATF 135 II 38 consid. 4.3 ; 131 II 13 consid. 2.2 ; 121 II 473 consid. 2a ; 101 Ia 73 consid. 3a ; UHLMANN, op. cit., art. 5 PA n° 20).

La décision se trouve assortie d'un caractère contraignant, c'est-à-dire que la relation juridique est tranchée de manière définitive et qu'elle ne peut en principe plus être remise en cause (cf. MARKUS MÜLLER, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, art. 5 PA n° 20). Cette nature obligatoire à l'égard de l'administration et de l'administré concerné apparaît ainsi comme une caractéristique des actes dont il est question à l'art. 5 al. 1 PA. S'ils n'étaient pas obligatoires, personne ne disposerait alors d'un intérêt suffisant à leur contestation par la voie du recours (cf. ATF 104 Ib 239 consid. 1). Ne constituent ainsi pas une décision l'expression d'une opinion, une simple communication, une prise de position, une recommandation, un renseignement, une information, un projet de décision ou l'annonce d'une décision, car il leur manque un caractère juridique contraignant (cf. ATAF 2016/4 consid. 5.2.2 ; 2016/3 consid. 3.2 ; 2009/20 consid. 3.2 ; arrêts du TF 2C_282/2017 du 4 décembre 2017 consid. 2.1 ; 1C_197/2008 du 22 août 2008 consid. 2.2 et réf. cit. ; UHLMANN, op. cit., art. 5 PA n° 97).

Conformément à l'art. 35 al. 1 PA, même si l'autorité les notifie sous forme de lettre, les décisions écrites sont désignées comme telles, motivées et indiquent les voies de droit. Cela étant, lorsqu'il s'agit de qualifier un acte de décision, il importe peu que celle-ci soit désignée comme telle ou qu'elle en remplisse les conditions formelles fixées par la loi (cf. ATF 133 II 450 consid. 2.1 ; ATAF 2008/15 consid. 2). Est bien plutôt déterminant le fait qu'elle revête les caractéristiques matérielles d'une décision (cf. ATAF 2009/43 consid. 1.1.4 ss ; arrêt du TAF A-1672/2016 du 25 octobre 2016 consid. 1.2.1 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n° 2.14), selon des critères objectifs et indépendamment de la volonté de l'autorité ou de celle de l'administré (cf. arrêt du TAF A-5161/2013 du 7 avril 2015 consid. 1.2.1 non publié dans ATAF 2015/22). Il doit donc s'agir d'un acte de souveraineté individuel adressé à un particulier, par lequel un rapport de droit administratif concret, formant ou constatant une situation juridique, est réglé de manière obligatoire et contraignante (cf. BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2015, p. 330 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5^e éd., 2006, ch. 854 ss ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., p. 27, ch. 2.13 ss). Il n'y a pas de décision lorsque l'acte en question ne contient pas d'éléments visant à produire des effets juridiques et ne constate pas non plus des droits ou des devoirs individuels concrets ; dans un tel cas, le recours privé de tout objet doit être déclaré irrecevable (cf. arrêt du TAF B-2771/2011 du 9 octobre 2012 consid. 1.3 *in fine* et réf. cit.).

3.2 En l'espèce, il convient d'examiner si les courriers de l'autorité inférieure des 5 septembre 2017 et 18 octobre 2017 constituent des décisions au sens de l'art. 5 PA. À cet égard, force est d'emblée de constater que les conditions formelles prévues en particulier à l'art. 35 al. 1 PA – soit notamment la mention qu'il s'agit d'une décision ainsi que l'indication des voies de droit – ne sont manifestement pas remplies. Nonobstant, ce constat ne suffit pas encore à exclure l'existence d'une décision. De plus, la volonté de la FINMA, contestant la qualification de décisions des deux courriers en cause, ne s'avère pas non plus déterminante même si l'on peut raisonnablement attendre de l'autorité inférieure qu'elle rende ses décisions sous la forme prescrite et que, dès lors, le fait significatif que les deux courriers n'en remplissent pas les exigences formelles peut apparaître comme un indice probant qu'elle n'entendait pas régler de manière définitive la situation de droit concrète qui lui était soumise. De même, l'interprétation qu'en donnent les recourants ne joue aucun rôle. Est seul décisif, en définitive, le point de savoir si les courriers en cause dans la présente procédure réunissent objectivement les spécificités structurelles d'une décision.

S'agissant du courrier du 5 septembre 2017, il appert certes que l'autorité inférieure paraît s'opposer à la levée du secret de fonction ; en outre, il ne ressort pas de ce courrier qu'elle entendait se prononcer une nouvelle fois ultérieurement sur la demande des recourants. Cela étant, dans leur courrier du 23 août 2017 auquel le pli de l'autorité inférieure du 5 septembre 2017 fait suite, les recourants ne sollicitaient pas (encore) expressément que l'autorité inférieure rende une décision au sens de l'art. 5 PA sur cette question. En outre, la motivation de sa position par l'autorité inférieure se révèle particulièrement laconique et peu précise si bien que l'on peine en particulier à y discerner clairement sur quelle base elle la fonde. En effet, d'une part, elle se réfère à l'art. 40 let. c LFINMA à teneur duquel elle peut refuser de communiquer aux autorités de poursuite pénale et à d'autres autorités suisses des informations non accessibles au public ou de leur transmettre des documents dans la mesure où cette collaboration n'est pas compatible avec les buts de la surveillance des marchés financiers. Elle paraît de la sorte considérer que la voie empruntée par les recourants n'est pas adéquate et que ceux-ci ne seraient ainsi pas habilités à requérir la levée du secret de fonction ; elle confirmera d'ailleurs ce point dans son courrier du 18 octobre 2017 puis dans ses remarques responsives du 22 décembre 2017. D'autre part, elle déclare quand même qu'elle ne lèvera pas le secret de fonction. Cela étant, l'emploi du futur, suivant une référence à la collaboration entre les autorités, laisse penser qu'elle ne rejette pas de manière formelle la requête des recourants tendant à la levée du secret de fonction mais qu'elle les renseigne sur sa pratique en matière de collaboration. Par conséquent, faute de caractère clairement contraignant, son courrier du 5 septembre 2017 ne saurait être qualifié de décision au sens de l'art. 5 PA.

Pour ce qui est de son courrier du 18 octobre 2017, l'autorité inférieure se contente en substance d'y rappeler le contenu de son courrier du 5 septembre 2017. Renvoyant à l'art. 41 LFINMA, il indique en outre aux recourants que, s'ils persistent à demander que soient déliées de leur secret de fonction les personnes concernées, il leur faudra au préalable demander l'intervention du tribunal civil compétent, précisant n'avoir, jusqu'à ce jour été contacté dans cette affaire par aucune autorité juridique du canton de Genève. Ainsi, il sied de relever que la FINMA n'y tranche pas davantage la question du secret de fonction que dans son courrier du 5 septembre 2017. Au contraire, elle y exprime plus clairement encore que les recourants n'ont pas emprunté la voie adéquate sans pour autant refuser formellement d'entrer en matière ; en outre, la teneur de ce courrier indique, comme celle du précédent, qu'elle considère que la levée sera refusée si la voie appropriée est empruntée.

3.3 Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que les courriers de la FINMA des 5 septembre 2017 et 18 octobre 2017 ne constituent pas des décisions au sens de l'art. 5 PA.

4.

Par ailleurs, le dépôt d'un recours pour déni de justice suppose non seulement que l'autorité inférieure n'ait pas rendu la décision attendue mais également que l'intéressé ait requis de l'autorité compétente cette décision et qu'il existe un droit à se la voir notifier (cf. ATAF 2014/44 consid. 4.2 ; ATAF 2009/1 consid. 3 ; arrêt A-692/2014 consid. 2.2 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^{ème} éd. 2013, n° 1306 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *op. cit.*, n° 5.20). Cela étant, la question de savoir si un recourant dispose d'un droit à se voir notifier la décision qu'il demande ou si ce n'est pas le cas, par exemple en raison du défaut de qualité de partie, ne constitue pas une question de recevabilité du recours pour déni de justice mais doit être tranchée dans le cadre de son examen matériel (cf. arrêt du TAF B-4726/2016 du 10 avril 2017 consid. 2.2 et les réf. cit.).

Partant, les recours pour déni de justice s'avèrent recevables.

5.

Dans ses courriers des 5 septembre 2017 et 18 octobre 2017, l'autorité inférieure laisse entendre qu'il appartient au juge civil de requérir la collaboration de la FINMA sur la base des art. 38 ss LFINMA et que, de ce fait, les recourants ne pourraient pas se voir notifier la décision qu'ils demandent. Or, il appert que ces dispositions comprennent des normes concernant la collaboration avec, d'une part, les autorités pénales (art. 38 LFINMA) et, d'autre part, les « autres autorités suisses » (art. 39 LFINMA). En vertu de cette seconde disposition, la FINMA est habilitée à communiquer à d'autres autorités suisses exerçant des tâches de surveillance ainsi qu'à la Banque nationale suisse (BNS) les informations non accessibles au public dont elles ont besoin pour s'acquitter de leurs tâches (al. 1) ; elle peut en outre échanger avec le Département fédéral des finances des informations non accessibles au public concernant certains participants au marché si cela sert à maintenir la stabilité du système financier (al. 2). D'emblée, il apparaît que les « autres autorités » au sens de cette disposition sont uniquement celles exerçant des tâches de surveillance. Il s'agit en particulier de la Commission des offres publiques d'acquisition, l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision et la Commission de la concurrence, mais aussi l'Office fédéral de la santé publique, l'Office fédéral des assurances sociales et la

Commission fédérale de l'électricité. Peuvent également entrer en ligne de compte les autorités cantonales et régionales, et notamment celles qui travaillent dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Cette disposition ne concerne pas d'autres autorités (notamment judiciaires et fiscales) (cf. Message du 3 septembre 2014 concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers, FF 2014 7235, 7361). De surcroît, les participants à la procédure prévue à l'art. 41 LFINMA visant le règlement des litiges découlant de la collaboration sont les seules autorités entre lesquelles existent les différends en matière de collaboration ; les personnes physiques éventuellement concernées ne peuvent pas prendre part à la procédure (art. 36a LTAF ; cf. SCHWOB/WOHLERS, in : Basler Kommentar Börsengesetz Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2^{ème} éd., 2011, art. 39 LFINMA n° 3). Aussi, le tribunal civil ne peut requérir la collaboration de la FINMA sur la base des art. 38 ss et que, quand bien même il le pourrait, les recourants ne seraient pas habilités à y prendre part.

6.

6.1 Un droit à se voir notifier une décision (cf. supra consid. 4) existe lorsqu'une autorité est tenue d'agir, de par le droit applicable, en rendant une décision, et que l'intéressé qui s'en prévaut a la qualité de partie selon l'art. 6 PA en relation avec l'art. 48 al. 1 PA (cf. ATAF 2009/1 consid. 3 ; ATAF 2008/15 consid. 3.2 ; cf. également MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n° 5.20 et n° 5.23 ; JÉROME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédérale, 2013, n° 114, p. 73).

En outre, l'art. 14 LFINMA, portant sur le secret de fonction, ne précise pas quelles sont les personnes habilitées à solliciter sa levée ni la procédure à suivre. Il prescrit seulement que le personnel et les organes de la FINMA sont tenus de garder le secret sur les affaires du service (al. 1), que l'obligation de garder le secret subsiste après la fin des rapports de travail ou de la période de fonction (al. 2), qu'un membre du personnel ou d'un organe de la FINMA ne peut s'exprimer, dans le cadre d'une audition ou d'une procédure judiciaire, en tant que partie, témoin ou expert sur des faits liés à sa fonction et constatés dans l'accomplissement de ses tâches, que s'il y a été autorisé par la FINMA (al. 3) et que les personnes mandatées par la FINMA (chargés d'audit, chargés d'enquête, délégués à l'assainissement, liquidateurs, gérants) sont également soumises au secret de fonction (al. 4). À défaut de disposition spécifique, il convient d'appliquer les principes découlant de la PA. Selon la jurisprudence, le principe consacré à l'art. 25 al. 2 PA, selon lequel l'autorité compétente donne suite à une demande en constatation si le requérant prouve qu'il a

un intérêt digne de protection, est également valable, par analogie, pour les décisions ordonnant une prestation et les décisions formatrices (cf. ATF 120 Ib 351 consid. 3a et la réf. cit. ; arrêt du TF 2C_188/2010 du 24 janvier 2011 consid. 4.5 ; ISABELLE HÄNER, in : Praxiskommentar VwVG, art. 25 PA n° 14). D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'intérêt digne de protection au sens de l'art. 25 al. 2 PA peut être de nature juridique ou un simple intérêt de fait ; en tout état de cause, il doit être particulier, direct et actuel (cf. ATF 120 Ib 351 consid. 3b ; 114 V 201 consid. 2c et arrêts cités). La possibilité que les parties à une procédure civile demandant l'audition de témoins soumis au secret de fonction disposent d'un intérêt digne de protection suffisant à obtenir une décision sur la levée dudit secret ne saurait être d'emblée exclue (cf. ATF 142 II 256). Cela étant, pour que l'autorité habilitée à prononcer sa levée (art. 320 al. 2 CP) puisse reconnaître aux parties à une procédure civile l'existence d'un tel intérêt, une simple requête de leur part en ce sens à n'importe quel moment ne suffit pas ; l'admission de cet intérêt présuppose au contraire à tout le moins qu'une ordonnance de preuves (art. 154 CPC [RS 272]) désignant l'audition des témoins demandés comme moyens de preuve admis ait déjà été rendue.

6.2 En l'espèce, les recourants ont expressément demandé à l'autorité inférieure de prononcer la levée du secret de fonction de quatre collaborateurs de BB._____ GmbH ayant participé à la rédaction du rapport d'enquête, soit CB._____, DB._____, EB._____ et FB._____. Cela étant, il appert que le dossier produit par les recourants ne comprend pas d'ordonnance de preuves au sens de l'art. 154 CPC qui admettrait comme moyen de preuve l'audition des personnes dont la levée du secret de fonction a été demandée à l'autorité inférieure. Conformément à ce qui a été exposé précédemment, faute de contenir au moins ce document, le dossier ne permet ni à la FINMA ni au tribunal de céans de leur reconnaître un intérêt digne de protection et, partant, un droit à obtenir une décision au fond sur cette question.

6.3 Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que l'absence de droit à obtenir une décision doit conduire au rejet des recours pour déni de justice.

7.

En outre, les recourants ont formé différentes conclusions subsidiaires sur le fond visant le cas où les courriers de la FINMA des 5 septembre 2017 et 18 octobre 2017 constitueraient des décisions au sens de l'art. 5 PA. Dès lors qu'il est établi que ces courriers ne peuvent être qualifiés comme telles

(cf. supra consid. 3), lesdites conclusions se révèlent irrecevables (cf. ATAF 2016/28 consid. 1.4).

8.

8.1 Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 1^{ère} phrase FITAF).

En l'espèce, les recourants ont succombé dans l'ensemble de leurs conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à 3'000 francs, doivent être intégralement mis à leur charge. Ils seront compensés par l'avance de frais de 3'000 francs versée par les recourants dès l'entrée en force du présent arrêt.

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

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Les recours sont rejetés, dans la mesure où ils sont recevables.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 3'000 francs, sont mis à la charge des recourants. Ce montant sera compensé par l'avance de frais déjà versée de 3'000 francs dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (acte judiciaire) ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; acte judiciaire).

Le président du collège :

La greffière :

Jean-Luc Baechler

Fabienne Masson

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). 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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 1^{er} novembre 2018