



Cour I
A-698/2018

Arrêt du 6 décembre 2018

Composition

Claudia Pasqualetto Péquignot (présidente du collège),
Kathrin Dietrich, Jürg Steiger, juges,
Arnaud Verdon, greffier.

Parties

A. _____,
(...)
représentée par
Maître Thierry Cagianut, Baldi & Caratsch,
Zeltweg 44, Case postale 1923, 8032 Zürich,
recourante,

contre

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

Objet

Demande d'indemnisation ; suspension de la procédure.

Faits :**A.**

Par décision du 5 décembre 2014, et au terme d'une procédure d'enforcement ouverte contre B._____, aujourd'hui en liquidation, la FINMA a prononcé le transfert du portefeuille d'assurance de B._____, ainsi que des actifs de la fortune liée y afférente, à C._____. A._____, actionnaire unique de B._____, a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal ou le TAF), lequel, par arrêt B-401/2015 du 18 août 2015, a déclaré le recours irrecevable, dite décision étant confirmée par le Tribunal fédéral (ci-après : TF) dans son arrêt 2C_872/2015 du 1^{er} août 2016.

B.

Par actes du 10 février 2015, la FINMA a dénoncé pénalement certains organes de B._____, auprès du Ministère public genevois – et transmis à cette fin certaines pièces de la procédure de surveillance – lequel a ouvert une instruction pénale le 5 mars 2015.

C.

Par demande du 4 décembre 2015, A._____ (ci-après : la demanderesse) a déposé devant la FINMA une demande d'indemnisation pour près de 75 millions de francs.

Dans le cadre de cette demande, la demanderesse a notamment requis la FINMA de lui accorder un accès au dossier complet des procédures d'audit et d'enforcement.

D.

Par décision incidente du 29 avril 2016, la FINMA a suspendu la procédure relative à la demande d'indemnisation jusqu'à droit connu dans la procédure auprès du Tribunal fédéral, dans la procédure pénale conduite par le Ministère public de Genève et dans la procédure de faillite de B._____.

E.

Par mémoire du 1^{er} juin 2016, A._____ a recouru devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal ou le TAF) contre la décision précitée.

F.

Par arrêt A-3504/2016 du 8 novembre 2017, le Tribunal a constaté qu'en matière d'action en responsabilité, l'organisation de la FINMA ne permettait

pas l'instruction et le prononcé de décisions de manière indépendante et impartiale. En particulier, des personnes intervenant dans le cadre des procédures d'enforcement étaient, de par les mesures organisationnelles, amenées à statuer sur leur propre responsabilité. Dès lors, bien qu'ayant agi conformément aux règles organisationnelles de la FINMA, son directeur aurait dû se récuser. Le recours a ainsi été admis et la cause renvoyée à la FINMA afin qu'elle statue à nouveau, selon une nouvelle composition.

Pour les autres faits antérieurs au 8 novembre 2017, renvoi est fait à l'arrêt A-3504/2016, lequel est entré en force suite à l'arrêt du TF 2C_1054/2017 du 15 mai 2018.

G.

Par courrier du 7 décembre 2017, la FINMA a informé A. _____ de l'adaptation de son organisation interne et communiqué les noms des nouvelles personnes amenées à se prononcer dans sa cause, tout en garantissant que dites personnes n'étaient en aucun cas intervenues dans la procédure d'enforcement menée contre B. _____.

H.

Par décision incidente du 15 décembre 2017, la FINMA (ci-après : autorité inférieure) a suspendu la procédure relative à la demande d'indemnisation jusqu'à droit connu dans la procédure pénale conduite par le Ministère public de Genève et dans la procédure de faillite de B. _____.

I.

Par mémoire du 1^{er} février 2018, A. _____ (ci-après : la recourante) a recouru devant le Tribunal administratif fédéral contre la décision précitée, prenant pas moins de 16 conclusions, dont la principale est de constater la nullité de la décision entreprise.

En substance, la recourante a allégué en premier lieu une violation des règles sur la récusation (cf. recours let. C.1 p. 25 à 39), en deuxième lieu une violation des principes de la proportionnalité et de la célérité (cf. recours let. C.2 et C.3 p. 40 à 65), en troisième lieu la consécration d'un abus de droit (cf. recours let. C.4 p. 66 à 67) et, en dernier lieu, la violation de son droit d'être entendu (cf. recours let. C.5 p. 68).

J.

Dans sa réponse du 27 avril 2018, l'autorité inférieure a conclu principalement à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, à son rejet.

K.

Par acte du 28 juin 2018, la recourante a déposé ses observations finales, confirmant ses conclusions précitées. Elle a en outre requis le Tribunal de prononcer les mesures provisionnelles (cf. recours, conclusions 3 à 5 p. 2).

L.

Par pli du 18 juillet 2018, le Juge instructeur a expliqué à la recourante pourquoi les mesures provisionnelles requises ne seraient pas prononcées.

M.

Par pli du 22 août 2018, la recourante a fait parvenir un décompte de prestations au Tribunal.

N.

Les autres faits pertinents seront examinés dans les considérants en droit ci-dessous.

Droit :**1.**

1.1 La procédure de recours est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose autrement (art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (art. 7 PA), ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

1.2 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, qui ne sont pas réalisées ici, le Tribunal administratif fédéral est compétent, en vertu de l'art. 31 LTAF, pour connaître des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En l'espèce, la FINMA est une autorité fédérale au sens de l'art. 33 let. e LTAF en lien avec l'art. 54 de la loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA, RS 956.1) et le ch. V.2.2.1 de l'Annexe 1 de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA, RS 172.010.1) et l'acte attaqué du 15 décembre 2017 satisfait aux conditions prévalant à la reconnaissance d'une décision au sens de l'art. 5 PA, de sorte que le présent Tribunal est compétent pour connaître de la contestation portée devant lui.

1.3 La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure. Etant la destinataire de la décision attaquée, elle est particulièrement atteinte et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (art. 48 al. 1 PA). Elle a donc qualité pour recourir.

1.4 Les conditions de forme et de respect des délais prescrits par la loi sont respectées (art. 50 et 52 PA).

2.

Il reste encore à déterminer si le recours, s'agissant d'une décision incidente, est recevable au sens des art. 45 ss PA.

2.1 Les décisions incidentes ne sont attaquables que sous certaines conditions. Au sens de l'art. 46 al. 1 PA, les décisions incidentes, qui ne portent pas sur la compétence ou la récusation (cf. art. 45 PA), notifiées séparément peuvent faire l'objet d'un recours si elles peuvent causer un préjudice irréparable (let. a), ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (let. b ; cf. ATF 135 II 30 consid. 1.3.4 ; 134 III 188 consid. 2.1 ; ATAF 2009/42 consid. 1.1 ; arrêt du TAF A-3405/2016 du 8 novembre 2017 consid. 2.1 et les réf. cit.).

2.2 L'art. 46 al. 1 let. a PA ne définit pas la notion de préjudice irréparable. La jurisprudence a néanmoins précisé que, à la différence de ce qui prévaut pour l'art. 93 al. 1 let. a de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110) qui, selon la pratique, suppose un dommage juridique, l'art. 46 al. 1 let. a PA ne subordonne la voie de recours qu'à la survenance d'un préjudice de fait (cf. arrêt du TAF A-3405/2016 précité consid. 2.2 et les réf. cit.). Pour attaquer une décision incidente, il n'est dès lors pas nécessaire que le dommage soit de nature juridique, un simple dommage de fait, notamment économique, est suffisant (cf. ATF 130 II 149 consid. 1.1 ; 120 Ib 97 et les réf. cit. ; ATAF 2009/42 consid. 1.1). La jurisprudence assouplit encore cette exigence puisqu'elle rappelle que point n'est besoin d'ailleurs que le dommage allégué soit à proprement parler "irréparable" ; il suffit qu'il soit d'un certain poids.

En d'autres termes, il faut que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision incidente soit immédiatement annulée ou modifiée, sans attendre le recours ouvert contre la décision finale. Il appartient au recourant d'alléguer et d'établir les raisons pour lesquelles la décision attaquée lui cause – ou menace de lui causer – un dommage au sens de ce qui précède, à moins que celui-ci ne fasse d'emblée aucun doute. Le

préjudice doit avoir sa cause dans la décision incidente attaquée elle-même, et son caractère irréparable tient généralement au désavantage que subirait le recourant s'il devait attendre la décision finale pour entreprendre la décision incidente (cf. arrêt du TAF A-3405/2016 précité consid. 2.2 et les réf. cit.).

2.3 Lorsque l'on examine la portée d'une décision de suspension de procédure et ses effets pour les parties au procès, il faut prendre en considération deux situations différentes : d'une part celle où la partie, estimant que sa cause n'a pas été jugée dans un délai raisonnable, se plaint d'une violation de l'art. 29 al. 1 Cst., ou d'une autre garantie correspondante, l'objet du recours pouvant alors être soit une décision expresse – le cas échéant une ordonnance de suspension –, soit le silence ou l'inaction de l'autorité ; d'autre part, celle où la partie conteste la suspension de la procédure non pas en invoquant la garantie du jugement dans un délai raisonnable (ou le principe de la célérité) mais en présentant d'autres griefs, par exemple l'inopportunité de cette mesure. Dans la première hypothèse, le Tribunal fédéral considère que la condition du préjudice irréparable est réalisée. Cette jurisprudence s'applique essentiellement aux cas où la suspension de la procédure a été prononcée sine die, pour une durée indéterminée, ou lorsque la reprise de la procédure dépendait d'un événement incertain, sur lequel l'intéressé n'avait aucune prise (cf. ATF 138 IV 258 consid. 1.1 ; 134 IV 43 consid. 2 ; arrêt du TF 8C_479/2015 du 18 décembre 2015 consid. 2.4).

2.4 Le Tribunal fédéral a déjà précisé ces notions dans le cadre des procédures en responsabilité de la FINMA (cf. arrêt du TF 2C_1155/2016 du 3 avril 2017 consid. 1.3). Ainsi, pour qu'une décision incidente de suspension de la procédure – jusqu'à droit connu dans d'autres procédures pénales et administratives – soit de nature à créer un préjudice irréparable, il ne suffit pas d'alléguer que la cause ne sera pas jugée dans un délai raisonnable ou que des témoignages puissent ne plus être produits ultérieurement. D'une part, dans la mesure où les actes de procédures – dans les procédures en raison desquelles la suspension de la procédure en responsabilité a été prononcée – se succèdent, une allégation selon laquelle la procédure en responsabilité va durer des années relève de la spéculation et n'est pas démontrée. D'autre part, encore faut-il substantifier ces allégations en désignant précisément les personnes dont le témoignage est requis et expliquer pourquoi le témoignage pourrait disparaître.

2.5

2.5.1 En l'espèce et en substance, la recourante se prévaut de plusieurs violations du droit, notamment concernant les règles en matière de récusation, du droit à avoir accès à un juge indépendant, du principe de célérité de la procédure, elle allègue également l'existence du risque de perdre des moyens de preuve (en particulier des témoignages). Dès lors, la décision incidente du 15 décembre 2017 lui causerait un préjudice irréparable.

2.5.2 L'autorité inférieure considère quant à elle que la procédure n'a pas été suspendue *sine die*, mais pour une durée maximale provisoire et qu'il n'y a pas de violation du principe de célérité. De même, selon elle, il n'existe pas de risque de disparition de moyens de preuve et le grief en lien avec la récusation aurait été trop tardivement soulevé. Dès lors, la recourante ne peut pas se prévaloir d'un préjudice irréparable et il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur le recours.

2.6 Concernant les griefs liés à l'art. 46 PA, il y a lieu de considérer ce qui suit.

2.6.1 Dans sa décision du 15 décembre 2017, la FINMA informe qu'elle examinera à intervalles réguliers la réalisation des conditions de la suspension, pour la première fois au plus tard cinq ans après le prononcé de la présente décision (ch. 2 du dispositif). La procédure est donc suspendue jusqu'à ce que deux conditions résolutoires, à savoir celles de la clôture des procédures pénale et de faillite, soient réalisées ; l'autorité inférieure s'est par ailleurs engagée dans tous les cas à examiner les conditions de la suspension après cinq ans. A l'heure actuelle, les procédures de faillite et pénale étant toujours en cours, la situation procédurale de la recourante est toujours la même que celle qui a été constatée dans l'arrêt A-3504/2016, à savoir qu'elle n'a aucune emprise sur leur clôture, si ce n'est celle de les retarder en usant de toutes les voies de droit qui s'offrent à elle. Toutefois, les procédures pénale et de faillite sont instruites (cf. arrêts du TF 2C_519/2017 et 2C_518/2017 du 28 novembre 2017 relatifs à l'état de collocation de B. _____), de sorte qu'il y a lieu de considérer que ces procédures appelées à fournir les informations nécessaires à la résolution de la cause en responsabilité de la FINMA avancent, même si la durée ne peut en être fixée en l'état actuel des choses. Au passage, il est rappelé que les résultantes de la procédure de faillite sont notamment nécessaires pour connaître la réalité du dommage invoqué par la recourante. Par ailleurs, la responsabilité de la FINMA ne

peut être engagée, au sens de l'art. 19 al. 2 LFINMA, que si l'assujetti n'a pas causé les dommages en violant ses obligations. L'actionnaire unique de la recourante étant poursuivi pénalement pour des actes en lien avec les erreurs supposées de gestion de B._____, il est indéniable que l'issue de la procédure pénale est de nature à influencer l'issue de la procédure en responsabilité. Dès lors que la suspension a été prononcée en raison des autres procédures en cours et que celles-ci avancent, il peut être constaté d'une part que la procédure en responsabilité n'a pas été suspendue *sine die* et que la recourante ne peut pas se prévaloir d'un préjudice irréparable à ce titre.

Les conditions de l'art. 46 PA ne sont donc pas réalisées et le recours est irrecevable en tant qu'il allègue un déni de justice.

2.6.2 L'argumentation de la recourante s'agissant de la perte de moyens de preuve n'est pas plus convaincante. Certes, la recourante désigne les personnes dont elle demande l'audition (cf. ch. 4 des conclusions du recours). Cela étant, elle ne donne aucun élément concret permettant de penser que les témoignages requis ne pourraient plus être produits ultérieurement. En particulier, le fait que certaines des personnes dont elle demande l'audition sont étrangères et donc susceptibles de ne plus se trouver en Suisse pour se faire auditionner ne saurait être rédhibitoire, les auditions de témoins pouvant être effectuées sur commission rogatoire ou par tout autre moyen permettant d'entendre un témoin à distance. De plus, la recourante ne démontre pas que ces personnes seraient sur le point de quitter la Suisse ou qu'elles refuseraient, sur le principe, d'y revenir pour une audition. Il y a lieu de souligner que contrairement aux exemples jurisprudentiels mentionnés par la recourante, l'état de fait pour lequel la recourante demande l'audition des témoins date de l'année 2014 et l'on est donc encore loin d'un écoulement du temps tel que le danger de disparition des moyens de preuve soit d'un intérêt suffisant. Ainsi, la recourante ne saurait actuellement se prévaloir d'un préjudice irréparable.

Dès lors, les conditions de l'art. 46 PA ne sont pas réalisées et le recours est irrecevable en tant qu'il allègue le risque de perte de moyens de preuves.

2.7 S'agissant des motifs de récusation, la FINMA a remis à la recourante les noms des collaborateurs amenés à statuer dans la cause par pli daté du 7 décembre 2017. Aucune date de notification ne figure au dossier. Dans sa réponse, la FINMA a déclaré avoir publié le 8 décembre 2017 son règlement d'organisation du 7 décembre 2017 et le mandat "comité des

offres publiques d'acquisition et de la responsabilité de l'Etat" du 7 décembre 2017 sur son site internet. Dès lors le grief relatif à la récusation serait tardif. Le fait d'invoquer un motif de récusation le 2 février 2018 alors que la composition de l'autorité appelée à statuer est connue depuis le 8 décembre 2017 (au plus tôt) est effectivement de nature à rendre ce grief irrecevable. Toutefois, il sied de relever l'enchaînement rapide des événements, dans la mesure où le pli de la FINMA du 7 décembre 2017 a été notifié le 8 décembre 2017 (au plus tôt), que le 13 décembre 2017 la recourante s'est adressée au Président du conseil d'administration de la FINMA pour demander des éclaircissements sur sa nouvelle organisation et que le 15 décembre 2017 la décision de suspension de la procédure était prononcée. De fait, la recourante n'a pas eu le temps de formuler une éventuelle demande de récusation par-devant la FINMA. Il n'y a donc pas de décision spécifique de l'autorité de première instance ce sur ce point. Une fois que le délai de recours avait commencé de courir, c'est-à-dire le lendemain de la notification de la décision attaquée, il y avait lieu de s'attendre à ce que le grief de la récusation soit invoqué au stade du recours pour contester la validité de la décision de suspension. L'autorité de première instance ne pouvait pas l'ignorer ; il lui aurait été loisible d'attendre une éventuelle demande de récusation, puis de statuer sur cette question – qui aurait pu être éventuellement attaquée séparément – puis seulement ensuite de statuer sur la question de la suspension. La manière de procéder de la FINMA a sans doute économisé diverses étapes de procédure. La conséquence de cette manière de faire ne saurait toutefois être que la recourante ne puisse plus faire examiner la question de la composition de l'autorité de première instance sous prétexte de tardiveté.

En conséquence, le grief n'est pas tardif et le recours est recevable sur ce point en application de l'art. 45 PA.

2.8 Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'entrer en matière sur le recours uniquement en ce qu'il concerne le motif de récusation. Il est pour le surplus irrecevable.

3.

3.1 La procédure de recours est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (art. 12 PA). Les parties doivent toutefois collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA) et motiver leur recours (art. 52 PA). En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et

n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2 ; ATAF 2012/23 consid. 4).

3.2 Le recourant peut invoquer devant le Tribunal la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ainsi que l'inopportunité de la décision entreprise, sauf lorsqu'une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49 PA). L'autorité de recours n'est pas liée par les motifs invoqués par les parties (art. 62 al. 4 PA), ni par les considérants de la décision attaquée (cf. MOSER ET AL., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2^{ème} éd., 2013, n° 3.197). Aussi peut-elle admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués.

4.

4.1 De manière générale, les dispositions sur la récusation sont moins sévères pour les membres des autorités administratives que pour les autorités judiciaires (cf. arrêt du TF 2C_931/2015 du 12 octobre 2016 consid. 5.1). L'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) dispose que toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement, la même garantie étant offerte par l'art. 6 par. 1 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) applicable aux procédures administrative en matière de responsabilité de l'état (cf. ATF 134 I 331 consid. 2.1 ; arrêts du TF 2C_58/2016 du 27 mars 2017 consid. 5.5 ; 2C_84/2012 du 15 décembre 2012 consid. 3.1 non publié in ATF 139 IV 137). Selon la jurisprudence, ce droit permet notamment d'exiger la récusation des membres d'une autorité administrative dont la situation ou le comportement sont de nature à faire naître un doute sur leur indépendance ou leur impartialité ; il tend à éviter que des circonstances extérieures à l'affaire ne puissent influencer une décision en faveur ou au détriment de la personne concernée. La récusation peut s'imposer même si une prévention effective du membre de l'autorité visée n'est pas établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée ; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle. Cependant, seules des circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération ; les impressions purement individuelles d'une des personnes impliquées ne sont pas décisives (cf. ATF 127 I 196 consid. 2b ; 125 I 119 consid. 3b).

4.2 Cette garantie constitutionnelle a été concrétisée à l'art. 10 PA, lequel est applicable à la procédure devant la FINMA (cf. art. 53 LFINMA). Selon l'art. 10 PA, les personnes appelées à rendre ou à préparer la décision doivent se récuser : si elles ont un intérêt personnel dans l'affaire (let. a) ; si elles sont le conjoint ou le partenaire enregistré d'une partie ou mènent de fait une vie de couple avec elle (let. b) ; si elles sont parentes ou alliées d'une partie en ligne directe, ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale (let. b^{bis}) ; si elles représentent une partie ou ont agi dans la même affaire pour une partie (let. c) ; si, pour d'autres raisons, elles pourraient avoir une opinion préconçue dans l'affaire (let. d).

4.3

4.3.1 Il sied dans un premier temps de rappeler que le Tribunal, dans son arrêt A-3504/2016, avait constaté que le comité d'enforcement de la FINMA était compétent tant pour les procédures d'enforcement qu'en responsabilité de la FINMA, ce qui avait pour conséquence que dit organe devait juger son propre travail. Cette organisation de la FINMA ne permettait pas de garantir que les procédures en responsabilité de la FINMA soient conduites dans le respect des art. 6 CEDH et 29 et 30 Cst.

Toutefois, le Tribunal avait également relevé que le législateur fédéral a octroyé une large autonomie organisationnelle à la FINMA, de même qu'il l'a chargée de statuer sur les demandes d'indemnisation introduites en raison de ses propres décisions (cf. art. 19 al. 3 de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires [LRFC, RS 170.32] en lien avec l'art. 19 LFINMA). Dès lors, il s'agit uniquement de vérifier si, dans l'autonomie qui lui a été octroyée par le législateur formel, la FINMA a organisé ses services de manière à respecter les principes procéduraux fondamentaux précités.

4.3.2 Après le prononcé de l'arrêt A-3504/2016, la FINMA a réorganisé ses services et a adopté un nouveau règlement d'organisation le 7 décembre 2017 et un nouveau règlement opérationnel de la même date (tous deux consultables sous : www.finma.ch > Accueil > FINMA > Organisation > Corporate Governance > Règlement d'organisation et Règlement opérationnel ; site consulté en décembre 2018), puis modifié le 8 mars 2018, et adapté le mandat confié au comité permanent des offres publiques d'acquisition et de la responsabilité de l'état (consultable sous : www.finma.ch > Accueil > FINMA > Organisation > Conseil d'administration ; site consulté en décembre 2018).

4.3.2.1 Il ressort de l'art. 4 du règlement d'organisation que le conseil d'administration de la FINMA constitue plusieurs comités permanents. Parmi eux, le comité des offres publiques d'acquisition et de la responsabilité de l'Etat a été nouvellement créé. Ainsi, les procédures en responsabilité de la FINMA sont de la compétence d'un comité permanent du conseil d'administration et non plus du comité d'enforcement, lequel dépend de la direction de la FINMA. Au surplus, la direction et le comité d'enforcement sont subordonnés au conseil d'administration de la FINMA (cf. art. 9 al. 1 LFINMA). De la sorte, la FINMA a réorganisé ses services et a octroyé le pouvoir décisionnel en matière de procédure en responsabilité de la FINMA à un organe qui n'instruit pas ni ne statue dans les procédures d'enforcement. Ainsi, il peut déjà ici être constaté que la situation organisationnelle n'est plus comparable à ce qui prévalait dans l'arrêt A-3504/23016, puisque ce n'est plus l'organe qui statue dans la procédure d'enforcement qui se prononce par la suite sur sa propre responsabilité.

4.3.2.2 L'art. 19 al. 3^{ter} du règlement d'organisation octroie un droit de signature conjoint au membre président le comité des offres publiques d'acquisition et de la responsabilité de l'Etat et un collaborateur de l'unité droit et compliance. Il n'est pas contesté que la décision attaquée respecte les droits de signature et que les signataires ne sont pas intervenus dans le cadre de la procédure d'enforcement.

4.3.2.3 Le nouveau règlement opérationnel de la FINMA (du 7 décembre 2017, la version du 8 mars 2018 n'étant pas applicable à la présente procédure puisque postérieur à la décision querellée) correspond à ce qui a été annoncé à la recourante le 7 décembre 2017 (cf. let. G supra). A savoir, s'agissant des procédures en responsabilité de la FINMA, le pouvoir décisionnel appartient au conseil d'administration de la FINMA, l'unité Droit et compliance (dépendante de la division Services stratégiques) instruit les procédures – les décisions procédurales importantes relevant toutefois du conseil d'administration – et l'organisation interne de l'unité Droit et compliance garantit le respect d'éventuelles obligations de se récuser (cf. art. 12b).

4.3.3 Au vu de ce qui précède, la nouvelle organisation de la FINMA n'est en rien comparable à ce qui prévalait avant l'arrêt A-3504/2016 et offre les garanties nécessaires pour que les procédures en responsabilité de la FINMA soient traitées de manière équitable conformément aux exigences jurisprudentielles (cf. consid. 4.3.1 supra et arrêt A-3504/2016

consid. 4.1.1). Dès lors, il doit être constaté que la nouvelle organisation ne prête pas flanc à la critique institutionnelle.

4.4 La recourante n'a pas soulevé de motifs de récusation précis à l'endroit des personnes amenées à statuer dans la cause, centrant son attention sur l'organisation de la FINMA qui, selon elle, crée des motifs de récusation par ricochet et a donc requis la récusation de toute l'institution et de ses membres et collaborateurs au complet.

4.4.1 La recourante considère que le fait que l'unité Droit et compliance soit subordonnée à la division Service stratégique, elle-même soumise à la direction de la FINMA, et que cette unité soit transversale à toutes les divisions de la FINMA induit de fait des conflits d'intérêt ou l'impossibilité de mener des procédures dans le respect des principes de l'indépendance et de l'impartialité. Cette spéculation de la recourante n'est en rien concrétisée. En effet, par des mesures organisationnelles simples, il est tout à fait possible de s'assurer que les collaborateurs de l'unité Droit et compliance interviennent uniquement dans la procédure d'enforcement ou dans les procédures en responsabilité de la FINMA. L'arrêt A-3504/2016 a soulevé un problème organisationnel de la FINMA, avec pour conséquence qu'une personne aurait dû se récuser. En aucune façon cet arrêt saurait avoir pour conséquence que toutes personnes intervenues dans la première décision de suspension de la procédure, déclarée nulle par l'arrêt précité, devraient se récuser dans la suite de la procédure, notamment dans le cadre du prononcé objet de la présente procédure.

La recourante s'appuie sur l'ATAF 2008/13 pour conclure que l'autorité inférieure au complet devrait se récuser et invite le Tribunal de céans à sommer le Conseil fédéral de désigner une autorité ad hoc pour traiter de la cause. Dans son ATAF 2008/13, le Tribunal a entre autres constaté qu'il existait, dans les faits de dite cause, un rapport de concurrence entre la recourante et l'autorité concernée et un climat d'animosité entre la recourante et le seul fonctionnaire à même de statuer. Certes, l'on peut entrevoir que la recourante n'entretienne pas les meilleures rapports avec l'autorité inférieure qui a transféré contre son gré un portefeuille d'assurés pour un montant de 450 millions de francs. Cela étant, il n'existe aucune raison de penser que tous les employés de la FINMA, en particulier ceux de l'unité Droit et compliance et les membres du conseil d'administration, qui statue depuis décembre 2017 dans de telles procédures, ait un quelconque sentiment de prévention à l'égard de la recourante. Au surplus – et la recourante n'en fournit du reste pas – il n'existe aucun signe de partialité des personnes amenées à statuer. Quant au membre du conseil

d'administration qui serait intervenu, alors qu'il travaillait pour une grande compagnie d'assurance suisse, dans le transfert des actifs de B._____, il n'est pas président du comité des offres publiques d'acquisition et de la responsabilité de l'Etat et sa participation à la prise de décision concernant la suspension de la procédure n'est ni alléguée ni démontrée.

4.5 En conséquence, le grief d'une violation du devoir de récusation est infondé.

5.

5.1 Au vu de ce qui précède, le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

5.2 En application de l'art. 63 al. 1 PA et de l'art. 4 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), les frais de procédure, arrêtés à 2'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ils sont prélevés sur le montant équivalent de l'avance de frais déjà versée. Dans la mesure où la recourante succombe, il n'y a pas lieu de lui allouer une indemnité à titre de dépens (art. 64 al. 1 PA a contrario).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais de procédure de 2'000 francs sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est prélevé sur l'avance de frais déjà versée du même montant.

3.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. ... ; acte judiciaire)

La présidente du collège :

Le greffier :

Claudia Pasqualetto Péquignot

Arnaud Verdon

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 de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition :