



Cour I
A-3504/2016

Arrêt du 8 novembre 2017

Composition

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

Parties

A. _____,
représentée par Maître Thierry Cagianut, avocat,
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

Action en responsabilité de l'état contre la FINMA -
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 décision du 12 décembre 2014, la FINMA a retiré à B._____ l'agrément d'exercer l'activité d'une entreprise d'assurance et ouvert une procédure de faillite. Dite décision est entrée en force.

C.

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.

D.

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.

E.

Par courrier du 8 janvier 2016, la FINMA a informé la demanderesse de son intention de suspendre la demande d'indemnisation précitée jusqu'à droit connu sur le recours 2C_872/2015 pendant devant le Tribunal fédéral (cf. let. A supra) et imparti un délai à la demanderesse pour se prononcer.

Par pli du 14 janvier 2016, la demanderesse a déclaré ne pas pouvoir se prononcer sur l'intention précitée dans la mesure où elle ne citait aucun motif ni base légale. De plus, la demanderesse a allégué qu'elle-même n'était pas concernée par la procédure pendante devant le Tribunal fédéral

et prié la FINMA de préciser si elle entendait seulement suspendre la procédure d'indemnisation relative à B._____. Enfin, la demanderesse a réitéré sa demande d'accès au dossier.

F.

Par courrier du 18 janvier 2016, la FINMA a estimé que plusieurs procédures étaient pendantes et étaient de nature à influencer de manière déterminante l'appréciation de la demande d'indemnisation. La FINMA a dès lors imparti un nouveau délai à la demanderesse pour se prononcer sur la suspension de la procédure.

G.

Par pli du 26 janvier 2016, la demanderesse a relevé que la FINMA avait passé sa demande d'accès au dossier sous silence et exigé qu'un accès au dossier lui soit accordé. La demanderesse a expliqué ne pas pouvoir se prononcer sur la suspension de la procédure sans consulter le dossier. Elle a également allégué que des moyens de preuves, en particulier des témoignages, seraient mis en danger en raison de la longueur des procédures et que des mesures conservatoires pouvaient être demandées, ce qui requerrait de pouvoir consulter le dossier.

Dite demande d'accès au dossier a été réitéré par pli de la demanderesse du 22 février 2016.

H.

Par pli du 24 février 2016, la FINMA a informé la recourante qu'elle allait prendre position sur les courriers de la demanderesse des 26 janvier 2016 et 22 février 2016 et lui impartir un nouveau délai pour se prononcer.

I.

Par pli du 3 mars 2016, la demanderesse a encore une fois exigé d'avoir un accès à son dossier, sans quoi elle ouvrirait une procédure pour déni de justice. La demanderesse a estimé que la FINMA, en tant que juge et partie de première instance, ne pouvait pas lui refuser l'accès au dossier sans apparaître comme étant partial. De plus, la demanderesse a estimé que la FINMA n'avait aucun motif de suspendre la procédure.

J.

Par pli du 15 mars 2016, la FINMA a énoncé les documents figurant dans son dossier, transmis une copie de deux courriers qui n'étaient pas en possession de la demanderesse et déclaré que la recourante avait maintenant connaissance de l'entier du dossier.

K.

Par courrier du 16 mars 2016, la demanderesse s'est étonnée que les actes concernant la procédure d'audit et d'enforcement n'aient pas été versés au dossier et a souligné que les liquidateurs de la faillite de B._____ et la FINMA lui avaient nié l'accès au dossier de la faillite. Elle a également allégué que l'accès au dossier était nécessaire pour formuler une demande de mesure conservatoire de preuves et appuyer la demande d'indemnisation, et non pas uniquement pour se prononcer sur la suspension de la procédure.

L.

Par pli du 18 mars 2016, la FINMA a répété que la demanderesse avait déjà accès à l'entier du dossier de la cause et que dite autorité entendait rendre une décision sujette à recours.

M.

Par courrier du 1^{er} avril 2016, la demanderesse a allégué que le refus de donner accès aux pièces de la procédure d'enforcement ne pouvait s'expliquer que par un désir de protéger la division Enforcement de la FINMA et son auxiliaire et que ce même désir inspirait également son intention de suspendre la procédure d'indemnisation. La demanderesse s'est également étonnée que le dossier ne contienne aucune prise de position de la division Enforcement de la FINMA et de son auxiliaire sur la suspension de la procédure. Enfin, la demanderesse a estimé que n'ayant pas pu se prononcer en toute connaissance de cause sur la suspension de la procédure, une décision violerait son droit d'être entendu.

N.

Par acte du 12 avril 2016, la demanderesse a introduit un recours pour déni de justice devant le Tribunal administratif fédéral (cause A-2252/2016).

O.

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 (cf. let. A supra), dans la procédure pénale conduite par le Ministère public de Genève (cf. let. C supra) et dans la procédure de faillite de B._____.

P.

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

nullité de la décision, subsidiairement à son annulation, et dans tous les cas à ordonner la poursuite de la procédure d'indemnisation, sous suite de frais et dépens.

En substance, la recourante a notamment allégué en premier lieu une violation des règles sur la récusation (cf. recours n° 83 ss) par le directeur de la FINMA (ci-après : directeur), l'un des deux signataires de la décision attaquée. Selon la recourante, le directeur – et à ce titre membre du comité d'enforcement – avait déjà statué tant sur l'ouverture que la clôture de la procédure d'enforcement. Or, la décision de clôture était justement la source du dommage invoquée dans la procédure d'indemnisation. Le directeur, en raison d'une idée préconçue du dossier, ne pouvait donc s'occuper de la procédure d'indemnisation – laquelle ressortait au surplus pas de la compétence de la division Services stratégiques – sans remettre en cause l'indépendance et l'impartialité de la décision.

Q.

Par écriture spontanée du 30 septembre 2016, la recourante a informé le Tribunal du rejet de son recours 2C_872/2015 devant le Tribunal fédéral (cf. let. A supra). De même, la recourante a déclaré que l'état de collocation dans la procédure de faillite de B._____ avait été déposé le 23 juin 2016 et que la recourante, bien que créancière reconnue en 3^{ème} classe, ne toucherait aucune somme, puisque les liquidateurs estimaient le dividende à 0% pour dite classe de créanciers. Elle a donc estimé que les conditions de suspension de la procédure d'indemnisation n'étaient pas réalisées.

R.

Dans sa réponse du 24 octobre 2016, la FINMA (ci-après également : autorité inférieure) a invoqué que la recourante ne démontrait pas l'existence d'un préjudice irréparable et donc estimé le recours irrecevable. Dit autorité a également écarté le grief relatif à la récusation. Enfin, malgré l'arrêt du Tribunal fédéral et l'évolution de la procédure de faillite de B._____, la FINMA a estimé que les conditions de suspension de la procédure d'indemnisation étaient toujours réalisées. Dès lors, le recours devait être rejeté, sous réserve de sa recevabilité.

S.

Dans ses observations du 2 décembre 2016, la recourante a considéré que son recours était recevable, réitéré que la suspension de la procédure était de nature à faire perdre des moyens de preuve et qu'il existait un motif de récusation envers le directeur de la FINMA. Enfin, la recourante a fait valoir

qu'une décision partielle, concernant uniquement la question de la responsabilité de la FINMA, pouvait être prononcée.

T.

Par courrier du 11 octobre 2017, l'autorité inférieure a transmis au Tribunal son règlement opérationnel, tout en soulignant sa confidentialité.

Par ordonnance du 25 octobre 2017, le Tribunal a informé les parties que les décisions des 5 décembre 2014 et 12 décembre 2014 (cf. let. A et B supra) avaient été versées au dossier. De plus, la recourante a été informée que le règlement opérationnel de la FINMA avait été édité et un extrait des dispositions pertinentes dudit règlement lui a été transmis.

U.

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

Droit :

1.

1.1 Selon l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) en relation avec l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions fondées sur le droit public fédéral à condition qu'elles émanent des autorités énumérées à l'art. 33 LTAF et pour autant qu'aucune des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF ou dans la législation spéciale ne soit réalisée. A teneur de l'art. 33 let. e LTAF en relation avec l'art. 54 de la loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA, RS 956.1), il est en particulier du ressort du Tribunal de juger des recours contre les décisions rendues par la FINMA.

En l'occurrence, l'acte attaqué constitue une décision incidente de suspension de la procédure d'une action en responsabilité au sens de l'art. 5 al. 2 PA en relation avec les art. 45 ss PA (cf. ATF 138 IV 258 consid. 1.1 ; 137 III 522 consid. 1.2).

Il y a lieu ici de préciser qu'il n'est nullement question du déni de justice, lequel fait l'objet d'une procédure distincte (A-2252/2016 ; cf. let. N supra).

1.2 Conformément à l'art. 48 al. 1 PA, a qualité pour former recours celui qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de

la possibilité de le faire (al. 1 let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (al. 1 let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Pour satisfaire aux exigences de l'art. 48 al. 1 let. b et c PA, le recourant doit se trouver dans une relation spéciale, étroite et digne d'être prise en considération avec l'objet de la contestation (cf. notamment ATAF 2009/16 consid. 2.1 ; 2007/20 consid. 2.4 ; arrêts du TAF A-7101/2014 du 16 février 2017 consid. 1.3 ; A-3595/2015 du 21 septembre 2016 consid. 1.3.1).

En l'espèce, la qualité pour recourir de la recourante n'est pas contestée par la décision querellée, le Tribunal parvenant à la même conclusion, eu égard au fait notamment qu'elle est la destinataire directe de la décision querellée.

1.3 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 ; arrêts du TAF A-5468/2014 du 27 novembre 2014 consid. 1.1 ; A-372/2012 du 25 mai 2012 consid. 1.2 et A-4353/2010 du 28 septembre 2010 consid. 1.5 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 suppose en principe 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. arrêts du TAF A-6748/2015 du 22 février 2016 consid. 1.2 ; A-5468/2014 précité consid. 1.2 et les réf. cit. ; CLÉA BOUCHAT, L'effet suspensif en procédure administrative, 2015, n° 545). 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 ; arrêt du TAF A-6748/2015 précité consid. 1.2). 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. arrêts du TAF A-5468/2014 précité consid. 1.2 et les réf. cit. ; B-4935/2009 du 31 août 2009 consid. 1.4 ; CLÉA BOUCHAT, op.cit., n° 546).

2.3 Lorsque l'on examine la portée d'une décision de suspension 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

2.4.1 En l'espèce et en substance, la recourante allègue avoir un intérêt à recourir dans la mesure où elle se prévaut d'une violation des règles en matière de récusation. De même, elle estime que la suspension de la procédure serait de nature à mettre en péril l'administration des preuves de sa demande d'indemnisation, ce d'autant plus que dite suspension a été prononcée sine die. Dès lors, la décision incidente du 29 avril 2016 risque de lui causer un préjudice irréparable.

2.4.2 L'autorité inférieure considère quant à elle et en substance, que le recours est irrecevable dans la mesure où une violation du principe de célérité n'est pas démontré et que la recourante échoue à démontrer qu'elle subirait un préjudice irréparable. Si l'autorité inférieure retient que le motif de récusation allégué par la recourante est infondé, elle n'argumente en rien sur la recevabilité du recours en considération de ce grief.

2.5 La suspension de la procédure a été prononcée sine die, soit pour une durée indéterminée. Plus précisément, elle a été suspendue jusqu'à droit connu dans trois procédures distinctes (cf. let. O supra). Si la première condition, soit la clôture de la procédure devant le Tribunal fédéral 2C_872/2015 en date du 1^{er} août 2016 – de même que la demande de révision 2F_27/2016 de cet arrêt – est réalisée (cf. let. A supra), les procédures pénales et de faillite sont toujours en cours et la recourante 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. Dès lors, au sens de la jurisprudence précitée (cf. consid. 2.3 supra), il y a lieu de constater que la suspension de la procédure prononcée le 29 avril 2016 est de nature à causer un préjudice irréparable à la recourante.

2.6 Le recours est ainsi recevable en application de l'art. 46 al. 1 let. a PA. Dès lors, il y a lieu d'entrer en matière sur dit recours. Les autres allégués en matière de recevabilité du recours peuvent donc souffrir de rester ouverts.

3.

3.1 La procédure 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 La recourante 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., Berne 2013, n° 3.197). Aussi peut-elle admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués.

3.3

3.3.1 L'objet du litige est défini par les conclusions du recours, lesquelles doivent rester dans le cadre de l'acte attaqué. Partant, la recourante ne peut que réduire l'objet du litige par rapport à l'objet de la contestation, puisque son élargissement ou sa modification mènerait à une violation de la compétence fonctionnelle de l'autorité supérieure (cf. ATF 136 II 457 consid. 4.2 ; 136 II 165 consid. 5 ; arrêt du TAF A-6810/2015 du 13 septembre 2016 consid. 1.3 ; MOSER ET AL., *op. cit.*, n° 2.7 ss).

3.3.2 Dans sa décision du 26 avril 2016, la FINMA a uniquement prononcé la suspension de la procédure d'indemnisation. Toutefois, il ne ressort pas du dossier, et la FINMA ne l'allègue pas, que dite autorité aurait transmis une quelconque information à la recourante sur les personnes appelées à statuer dans la suspension de la procédure d'indemnisation introduite de la recourante. Dès lors, la recourante est légitimée à soulever le grief de la récusation dans la procédure de recours (cf. ATF 128 V 82 consid. 2 b), un motif de récusation devant être immédiatement invoqué sous peine d'être forclos (cf. ATF 140 I 240 consid. 2.4).

Par contre, les allégués de la recourante s'agissant respectivement du refus d'accès aux documents de la procédure d'enforcement et du déni de justice à ce propos sont extrinsèques à la présente procédure et donc irrecevables. Certes, la FINMA a expliqué dans sa décision du 29 avril 2016 que les pièces de la procédure d'enforcement n'avaient pas encore été versées au dossier de la procédure d'indemnisation. Cela étant, bien

que dite autorité tente de se justifier dans la procédure introduite contre elle pour déni de justice (cf. let. N supra), force est de constater que la décision du 29 avril 2016 (cf. let. O supra) objet de la présente procédure n'a pas pour vocation de statuer sur un droit d'accès de la requérante aux pièces de la procédure d'indemnisation.

4.

La requérante a soulevé un motif de récusation à l'encontre du directeur de la FINMA, lequel a signé la décision querellée. Ce grief de nature formelle doit être traité en premier lieu.

4.1

4.1.1 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 administratives 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).

4.1.2 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).

4.1.3 L'art. 13 du code de conduite de la FINMA du 19 novembre 2008 (consultable sous : www.finma.ch, Accueil > Documentation > Bases légales > Lois et ordonnances > FINMA ; site consulté en novembre 2017) prévoit, en matière de récusation, que notamment dans le cadre de procédures administratives, les personnes travaillant pour la FINMA sont tenues d'éviter tout propos susceptible de donner l'impression de leur partialité dans le cas d'espèce. L'art. 14 alinéa premier de ce code dispose quant à lui que les personnes travaillant pour la FINMA doivent se récuser notamment pour les affaires dans lesquelles : elles ont un intérêt personnel (let. a) ; un de leurs proches (conjoint, partenaire, parents ou enfants) ont un intérêt personnel dans la mesure où les personnes travaillant pour la FINMA en ont connaissance (let. b) ; d'autres personnes avec lesquelles elles sont en lien étroit sont impliquées (let. c) ; elles ont été elles-mêmes impliquées activement avant d'entrer au service de la FINMA (let. d) ; elles pourraient avoir une opinion préconçue pour d'autres motifs ou donner une impression de partialité (let. e). Quant au second alinéa, il précise que les personnes tenues de se récuser ne doivent pas être informées de l'affaire en question et ne doivent participer ni à la discussion ni à la prise de décision. Elles seront informées a posteriori de l'issue de l'affaire.

4.2

Dans un premier temps, il sied de constater ce qui suit.

4.2.1 La procédure de responsabilité de l'état introduite le 4 décembre 2015 est une nouvelle procédure indépendante de la procédure d'enforcement close par les décisions des 5 et 12 décembre 2014. Il ne saurait toutefois être ignoré que la procédure de responsabilité de l'état vise non pas à juger le bien-fondé de ces décisions – dit examen du bien-fondé faisant l'objet de recours jusqu'à épuisement des voies de droits et en l'espèce les décisions des 5 et 12 décembre 2014 sont entrées en force (voir aussi l'art. 12 LRCF) – mais à juger, en substance, si, par dites décisions, la FINMA a causé illicitement un dommage à la recourante (cf. art. 3 LRCF et 19 LFINMA par renvoi de l'art. 19 LRCF). Dès lors, il y a

lieu de relever que malgré leur indépendance, les deux procédures présentent un rapport étroit.

4.2.2 Le directeur de la FINMA et les chefs de la division Services stratégiques et de la division Enforcement sont les trois membres permanents du comité d'enforcement (cf. règlement opérationnel de la FINMA du 18 décembre 2008, état au 1^{er} mai 2017 ; voir aussi www.finma.ch, Accueil > FINMA > Organisation > Direction, site consulté en novembre 2017), dont la compétence est d'ouvrir et de clore les procédures d'enforcement. Les décisions du 5 décembre 2014 et 12 décembre 2014 (cf. let. A et B supra) ont mis un terme à la procédure d'enforcement ouverte le 3 juillet 2014. Bien que les décisions précitées soient signées uniquement par les chefs de la division Services stratégiques et de la division Enforcement, il y a lieu de retenir que le directeur de la FINMA, de par sa fonction, a participé au prononcé de dites décisions. D'ailleurs, la FINMA n'a pas contesté ce fait dans sa réponse du 24 octobre 2016, se bornant à estimer respectivement que son directeur n'avait pas d'idée préconçue du dossier ni d'intérêt personnel et que la recourante échouait à démontrer l'existence d'un motif de récusation.

4.2.3 La décision de suspension de la procédure d'indemnisation du 29 avril 2016 porte une double signature. La première signature est celle du directeur de la FINMA. Celui-ci était déjà en place – et donc membre du comité d'enforcement de par sa fonction – au moment de l'ouverture et de la clôture de la procédure d'enforcement contre B._____. La seconde est celle du chef de la division Services stratégiques, lequel n'est cependant pas le même qui avait signé les décisions des 5 décembre 2014 et 12 décembre 2014 et contre lequel aucun motif de récusation n'a été élevé.

4.2.4 Enfin, il est incontestable que le législateur fédéral a octroyé une large autonomie 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 [LRCE, RS 170.32] en lien avec l'art. 19 LFINMA). Il n'y a pas lieu ici de contester la compétence de la FINMA de conduire les procédures en responsabilité introduites contre elle-même, et ce malgré les interrogations juridiques institutionnelles et constitutionnelles (notamment le respect des art. 29 à 30 Cst.) que peut soulever ce choix du législateur formel.

4.3

4.3.1 En premier lieu, il peut être relevé qu'en menant, et suspendant la procédure d'indemnisation, le comité d'enforcement, par l'entremise du directeur de la FINMA, a respecté le règlement opérationnel de la FINMA, lequel lui confère le soin de gérer les procédures d'indemnisation. Dès lors, le directeur avait, au nom du comité d'enforcement, la compétence matérielle et fonctionnelle de prononcer la suspension de la procédure d'indemnisation. De même, les règles internes de la FINMA sur la double signature ont été respectées.

4.3.2 En deuxième lieu, comme mentionné ci-dessus, le simple fait que la FINMA elle-même statue sur les demandes d'indemnisation adressées contre elle peut être de nature à soulever des questions en matière de respect des garanties constitutionnelles de procédure (cf. consid. 4.2.4 supra), étant rappelé qu'en matière d'actions en responsabilité les garanties de l'art. 6 CEDH s'appliquent bien qu'elles relèvent du droit administratif (cf. consid. 4.1.1 supra). Dès lors, la FINMA se doit de prendre les mesures organisationnelles nécessaires pour assurer aux assujettis, ou à ceux qui l'étaient, le respect des garanties procédurales précitées.

A cet égard, si l'on peut entrevoir des raisons sous-jacentes quant à la répartition des compétences au sein de la FINMA (dont l'attribution aux plus hautes sphères exécutives du prononcé de décisions portant sur des montants potentiellement considérables), force est de constater que dite autorité a mis en place une organisation qui ne respecte aucunement la garantie constitutionnelle et légale du droit à voir sa cause traitée équitablement (cf. consid. 4.1.1 et 4.1.2 supra). En effet, en confiant à l'organe chargé de prendre des décisions d'enforcement – lesquelles sont de nature à potentiellement créer des dommages de grande ampleur (pouvant s'élever à plusieurs milliards de francs suisses) – le soin de juger s'il a lui-même occasionné un dommage en violation d'un devoir essentiel de fonction en rendant dites décisions, la FINMA a organisé ses services de façon à ce que l'organe mis en cause juge son propre travail, ne garantissant ainsi en aucune façon le droit à une procédure équitable. En effet, l'on ne perçoit pas comment dit organe peut juger de manière impartiale et équitable quant à savoir s'il a lui-même correctement agi. A tout le moins, il y a lieu de reconnaître que le comité d'enforcement a une opinion préconçue dans les procédures d'indemnisations introduites consécutivement à son prononcé de décisions.

Il peut donc déjà ici être constaté qu'en raison de son organisation interne, la FINMA, en tant qu'autorité fédérale, n'offre pas la garantie que les procédures d'indemnisation introduites contre elle en raison de décisions de son comité d'enforcement soient menées de manière équitable et impartiale.

4.3.3 En dernier lieu, le même constat peut être dressé s'agissant des personnes physiques qui composent le comité d'enforcement. Certes, l'organisation interne de la FINMA contraint les membres du comité précité à statuer dans la procédure d'enforcement puis d'indemnisation, soit à juger si dans le cadre de leur propre travail ils ont commis une violation d'un devoir de fonction essentiel ayant occasionné un dommage à un assujetti. Cela étant, malgré les hautes qualifications et la probité – présumée et nécessaire pour préserver la crédibilité de cette autorité – des membres du comité d'enforcement, également membres de la direction de la FINMA, l'on ne perçoit pas comment ils pourraient traiter de manière équitable et impartiale des procédures visant à juger s'ils ont eux-mêmes correctement fait leur travail. D'une part, ces procédures sont, dans une certaine mesure, de nature à mettre l'autorité qu'ils dirigent dans une situation pour le moins délicate. En effet, si la procédure introduite par la recourante le 4 décembre 2015 ne porte "que" sur environ 75 millions de francs, de telles procédures sont susceptibles de porter sur des centaines de millions, voir des milliards de francs suisses. D'autre part, l'on ne saurait totalement faire abstraction du fait que la reconnaissance par les membres du comité d'enforcement d'avoir fait une erreur occasionnant un dommage de quelques millions, ou plus, de francs à son employeur est de nature à remettre en cause leur statut et futur professionnel.

Ainsi, lorsqu'un membre du comité d'enforcement a participé au prononcé d'une décision d'enforcement, cette même personne ne saurait participer et statuer dans la procédure d'indemnisation introduite en raison de dite décision d'enforcement sans avoir une idée préconçue du dossier. Dès lors, le directeur de la FINMA en participant au prononcé des décisions des 5 et 12 décembre 2014 – lesquelles sont entrées en force et ont eu pour effet de transférer de B._____ (dont la recourante est l'unique actionnaire) à C._____ le portefeuille d'assurances pour une valeur d'environ 450 millions de francs, de retirer l'agrément de B._____ et d'ouvrir la procédure de faillite de B._____ – devait se récuser dans la procédure d'indemnisation introduite par la recourante. A ce titre, il peut être relevé qu'une fois le grief de la récusation élevé par la recourante et connu par la FINMA, ce sont une des deux cheffes de l'unité organisationnelle Droit et compliance – soit deux rangs hiérarchiques

inférieurs à celui de directeur de la FINMA – de même qu'un de ses employés qui ont signé la réponse au recours.

4.3.4 Ainsi, l'organisation interne de la FINMA ne permet pas de traiter les requêtes d'action en responsabilité tout en respectant les garanties de procédure des art. 6 CEDH et 29 Cst. En plus de ce problème organisationnel de l'autorité, force est de constater que le directeur de la FINMA a participé au prononcé des décisions des 5 et 12 décembre 2014 et qu'il avait donc un motif indiscutable de récusation dans la procédure d'indemnisation.

5.

Il ressort de ce qui précède que l'autorité inférieure a violé le droit fédéral. Compte tenu de l'ensemble des éléments exposé ci-dessus, le directeur de la FINMA devait se récuser dans la procédure d'indemnisation. Ainsi, le recours doit être admis, et la nullité de la décision de suspension de dite procédure du 29 avril 2016 constatée.

6.

6.1 Obtenant gain de cause, la recourante n'a pas à supporter de frais de procédure (art. 63 al. 1 a contrario et al. 3 PA). Aucun frais n'est mis à la charge de l'autorité inférieure déboutée (art. 63 al. 2 PA).

6.2 En outre, la recourante a droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Dans les conclusions du recours, le mandataire de la recourante a requis l'allocation en faveur de cette dernière d'une indemnité de dépens. Dit mandataire n'a toutefois fourni aucun décompte comportant la liste des frais. Conformément à l'art. 14 al. 2 FITAF, le Tribunal, en l'absence de décompte de prestations, fixe l'indemnité sur la base du dossier. Au vu de l'ensemble des circonstances du cas, de l'importance de l'affaire, du degré de difficulté de cette dernière et de l'ampleur du travail accompli par le mandataire de la recourante, le Tribunal estime, au regard des art. 8 FITAF et ss, que le versement d'un montant global de 1'200 francs à titre de dépens (y compris supplément TVA selon l'art. 9 al. 1 let. c FITAF) apparaît comme équitable en la présente cause.

(dispositif à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis dans la mesure où il est recevable.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure.

3.

Un montant de Fr. 1'200.- est alloué à la recourante, à titre de dépens, à charge de l'autorité inférieure.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :