



Cour II
B-1873/2009
{T 0/2}

Arrêt du 8 mars 2010

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Philippe Weissenberger, Eva Schneeberger, juges,
Pascal Richard, greffier.

Parties

B-1873/2009 et B-3770/2009
X._____ SA en liquidation,
recourante,

contre

**Autorité fédérale de surveillance des marchés
financiers FINMA,**
Einsteinstrasse 2, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Acceptation illicite de dépôts du public / liquidation /
ouverture de la faillite.

Faits :**A.**

X._____ SA est inscrite au registre du commerce du canton A._____ depuis le 6 juin 2005. Son but se rapporte au négoce et au soutien online relatifs à toutes opérations financières, boursières ainsi qu'aux devises, pour son compte et pour le compte de tiers. Elle est membre de l'Association romande des intermédiaires financiers à Genève. B._____, de nationalité jordanienne, en est le directeur général et C._____, de nationalité jordanienne et titulaire d'un permis B depuis 2006, le président et seul membre restant du conseil d'administration dès lors que D._____ et E._____ ont démissionné en décembre 2008. Les actions de X._____ SA – détenues pour 51% par F._____, domicilié aux États-Unis d'Amérique, et pour 49% par C._____ – ont été entièrement libérées. Depuis le 7 novembre 2008, la société n'a plus d'organe de révision inscrit au registre du commerce même si G._____ et Associés SA assume un mandat de réviseur en matière de lutte contre le blanchiment d'argent depuis février 2009.

B.

En 2007, la Commission fédérale des banques (CFB) a examiné la conformité des activités de X._____ SA avec la législation en vigueur. Elle a toléré la poursuite de dites activités dans la mesure où elle cessait d'offrir des « contracts for difference » et se limitait aux « spot trades » ; elle couvrait de manière complète et permanente le net des positions de ses clients par monnaie et par métal précieux ; elle cessait enfin d'octroyer des intérêts sur les avoirs de ses clients.

X._____ SA a annoncé à la CFB, en juillet 2008, qu'elle entendait demander une autorisation d'exercer à titre de banque et a mandaté, en août 2008, H._____ SA à Zurich de préparer dite demande. Interrogée par l'Autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA) – en janvier 2009 – sur l'aboutissement de ses démarches, X._____ SA a indiqué que la recherche d'investisseurs avait entraîné certaines incertitudes et retardé la mise en place des mesures recommandées par H._____ SA.

Lors de leurs démissions, en décembre 2008, les deux administrateurs ont informé l'autorité de surveillance que les fonds de Fr. 3 millions apportés le 11 novembre 2008 par F._____ dans le cadre d'une

augmentation du capital social, ne figuraient plus sur les comptes de la société en date du 5 décembre 2008. L'un d'eux a également produit, le 8 décembre 2008, un rapport du même jour de I._____ constatant la disparition, en septembre 2008, de 39 comptes de clients du système sans aucune sauvegarde ainsi que certaines lacunes et opacités dans la comptabilité de la société – notamment en ce qui concerne une créance à hauteur de Fr. 7,8 millions – ; pour ces raisons, I._____ indiquait ne pas se saisir du mandat de réviseur ordinaire de X._____ SA.

Par décision superprovisoire du 9 décembre 2008, la CFB a nommé deux chargés d'enquête qu'elle a autorisés à agir en lieu et place des organes de X._____ SA, l'ensemble des comptes de cette dernière ayant été dans le même temps bloqués. Pour le reste, X._____ SA était autorisée à poursuivre l'exploitation de la plate-forme pour les clients existants ; en revanche, elle n'était plus habilitée à procéder à des retraits de fonds ni à accepter de nouveaux clients. Ces derniers ont été informés de cette situation.

Par courriers des 16 et 19 décembre 2008, X._____ SA s'est déterminée sur la décision superprovisoire du 9 décembre 2008.

Dans leur rapport du 19 janvier 2009, les chargés d'enquête ont constaté que X._____ SA proposait à ses clients d'effectuer des transactions sur devises et métaux précieux sur son système de trading accessible au moyen d'une plate-forme Internet. Depuis le 11 décembre 2008, les transactions sur les métaux précieux ont été abandonnées. Les chargés d'enquête mettent notamment en évidence que X._____ SA limite son activité à l'ouverture de comptes, aux vérifications relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent, à l'assistance aux clients, à la gestion et à l'amélioration du site Internet, au marketing ainsi qu'à la comptabilité, les activités proprement dites relatives aux transactions ayant lieu en Jordanie. En outre, la société ne dispose pas d'un système efficace de contrôle interne et souffre de carences du point de vue informatique (elle ne jouit notamment pas d'un système de sauvegarde des données ; 39 comptes de clients ont été ainsi irrémédiablement effacés le 14 septembre 2008). Quant aux opérations de couverture, il a été constaté qu'aucune procédure claire n'est suivie ou appliquée par X._____ SA. Par ailleurs, la comptabilité s'est révélée incomplète et non conforme aux règles applicables en la matière.

En date du 11 février 2009, X._____ SA a pris position quant au rapport des chargés d'enquête du 19 janvier 2009 en indiquant clairement qu'elle avait toujours l'intention d'obtenir une autorisation d'exercer l'activité bancaire.

Les chargés d'enquête ont complété leur rapport et se sont déterminés sur les prises de position de X._____ SA par écritures du 17 février 2009.

C.

Par décision du 23 février 2009, la FINMA a constaté que X._____ SA avait accepté des dépôts du public en violation de la législation sur les banques et prononcé sa dissolution ainsi que sa liquidation. Elle a en outre nommé les deux chargés d'enquête liquidateurs de la société tout en bloquant les comptes et avoirs de cette dernière. De plus, elle a confirmé, jusqu'à l'entrée en force de la décision, la nomination de Mes J._____ et K._____ en tant que chargés d'enquête de même que les pouvoirs qui leur ont été conférés – en particulier celui de prélever une avance de frais – tels que prononcés par le Secrétariat de la CFB dans sa décision superprovisoire du 9 décembre 2008 ; les chargés d'enquête limitant leur intervention aux mesures conservatoires nécessaires, tant en Suisse qu'à l'étranger.

D.

En date du 23 mars 2009, X._____ SA a formé recours contre cette décision (cause B-1873/2009) et conclu à son annulation. Subsidiairement, elle requiert qu'il soit pris acte des mesures préconisées par elle aux fins d'améliorer son système de fonctionnement et la gestion de ses affaires ainsi qu'il lui soit fixé un délai, comme condition à la poursuite de son activité, pour mettre en application lesdites mesures ou en prendre à dire de justice. À titre de mesures provisionnelles urgentes, elle demande à pouvoir poursuivre ses activités commerciales et de négoce ; en particulier, elle requiert que ses comptes et dépôts ne soient plus bloqués, que ses organes soient autorisés à procéder à tous les actes juridiques nécessaires et utiles à la gestion et bonne conduite de ses affaires. Encore, à titre provisionnel urgent, elle requiert que la nomination et les pouvoirs des chargés d'enquête soient annulés et que la décision sur mesures provisionnelles soit communiquée à l'Office du Registre du commerce du canton A_____ ainsi qu'à la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC).

À l'appui de ses conclusions, elle conteste partiellement les faits retenus par l'autorité inférieure notamment en ce qui concerne le non-respect, en décembre 2007, des recommandations de couverture émises par la CFB. Elle fait en outre valoir que l'autorité inférieure n'a pas satisfait à son obligation de motivation et, ainsi, a violé son droit d'être entendu dès lors qu'elle ne s'est pas expressément déterminée sur les explications fournies au sujet du rapport des chargés d'enquête. D'une manière générale, elle avance que son activité s'avère irréprochable, elle-même s'étant toujours empressée de suivre les recommandations de l'autorité de surveillance. À cet égard, elle allègue que ses comptes ont été élaborés, révisés et approuvés dans le respect de la législation en vigueur. En conséquence, elle invoque que la FINMA s'est à tort fondée sur le rapport des chargés d'enquête – lequel se révèle incomplet et erroné – pour conclure au non-respect par la recourante des dispositions légales en matière de négoce en devises. Au demeurant, elle reproche à l'autorité inférieure d'avoir agi de manière contraire au principe de la proportionnalité puisqu'elle n'a pas recherché une mesure moins coercitive à même d'atteindre les buts légaux. Enfin, la décision entreprise violerait la liberté économique. À l'appui de sa requête de mesures provisionnelles urgentes en annulation de la nomination et des pouvoirs des chargés d'enquête, la recourante fait valoir que ceux-ci ne sauraient être nommés liquidateurs dans la mesure où ils auraient dû se récuser car l'un d'eux est avocat-conseil d'une société concurrente.

E.

Par courrier du 14 avril 2009, l'autorité inférieure s'est déterminée sur la requête de mesures provisionnelles formée par la recourante et a conclu à son rejet.

F.

Par décision incidente du 20 avril 2009, le Tribunal administratif fédéral a rejeté la requête de mesures provisionnelles formée par la recourante et a confirmé la nomination des chargés d'enquête ainsi que les pouvoirs qui leur ont été conférés jusqu'à droit connu sur le recours. Il a notamment jugé que les motifs invoqués à l'appui de la demande de récusation desdits chargés d'enquête ne permettaient pas de douter de leur impartialité. Par ailleurs, il a été jugé que l'annulation de leur nomination et des pouvoirs conférés, à ce stade de la procédure, était de nature à porter préjudice aux intérêts dignes de protection des créanciers ainsi qu'à l'intérêt public à un fonctionnement du marché financier conforme au droit.

G.

En date du 18 mai 2009, la FINMA a prononcé la faillite de X._____ SA. Elle a en outre déclaré sa décision immédiatement exécutoire, limitant les tâches des liquidateurs, jusqu'à l'entrée en force de la décision, aux mesures conservatoires nécessaires ainsi qu'aux actes ayant trait à la réalisation des actifs et à la préservation de leur valeur. Elle justifie cette nouvelle décision par la situation de surendettement dans laquelle se trouve la recourante.

H.

Par mémoire du 19 mai 2009, X._____ SA a recouru auprès du Tribunal fédéral contre la décision du Tribunal administratif fédéral du 20 avril 2009 rejetant sa requête de mesures provisionnelles.

I.

La FINMA a fait parvenir, le 2 juin 2009, au Tribunal fédéral et au Tribunal administratif fédéral sa décision de faillite du 18 mai 2009 en déclarant que le recours formé contre sa décision du 23 février 2009 était devenu sans objet.

J.

Par courrier du 10 juin 2009, le mandataire de la recourante a pris acte de la nouvelle décision de la FINMA et a requis du Tribunal administratif fédéral qu'il mette les frais et les dépens relatifs à la procédure de recours du 23 mars 2009 à la charge de celle-ci.

K.

Toujours le 10 juin 2009, X._____ SA a formé recours contre la décision de faillite de la FINMA du 18 mai 2009 (cause B-3770/2009) et conclu, sous suite de frais et dépens, à son annulation. Subsidiairement, elle requiert qu'il soit pris acte des mesures préconisées par elle aux fins d'améliorer son système de fonctionnement et la gestion de ses affaires et qu'il lui soit fixé un délai, comme condition à la poursuite de son activité, pour mettre en application lesdites mesures ou en prendre à dire de justice. À titre de mesures provisionnelles urgentes, elle demande à pouvoir poursuivre ses activités commerciales et de négoce ; en particulier, elle requiert que ses comptes et dépôts ne soient plus bloqués, que ses organes soient autorisés à procéder à tous les actes juridiques nécessaires et utiles à la gestion et bonne conduite de ses affaires. Encore, à titre provisionnel urgent, elle requiert que la nomination et les pouvoirs des chargés d'enquête soient annulés et que la décision sur mesures

provisionnelles soit communiquée à l'Office du Registre du commerce du canton A. _____ ainsi qu'à la FOSC.

À l'appui de ses conclusions, la recourante conteste les faits sur lesquels se fonde l'autorité inférieure s'agissant de sa demande d'autorisation bancaire. À cet égard, elle se prévaut d'avoir mandaté H. _____ pour effectuer les démarches en vue de la demande d'autorisation mais que cette dernière n'a pas honoré son mandat. Elle avance également avoir toujours respecté les mesures préconisées par l'autorité inférieure en 2007 quant à la couverture des risques. À ce sujet, elle ajoute que les augmentations de capital prévues pour fin 2008 ont volontairement été retardées eu égard à la présente procédure et que les actionnaires confirment leur volonté de consolider financièrement la société, une fois l'enquête terminée. Concernant la perte de tout accès aux données des clients, elle l'explique par le comportement des chargés d'enquête s'obstinant à ne pas défrayer les sociétés jordaniennes avec lesquelles la recourante se trouve en étroite collaboration. Enfin, elle conteste que le rapport des chargés d'enquête reflète sa situation financière réelle dès lors qu'il retient des provisions pour des prétentions infondées. Elle estime par conséquent que c'est à tort que la FINMA a prononcé la faillite et que cette décision s'avère disproportionnée et contraire à la liberté économique puisque les actionnaires ont pris l'engagement de fournir à la société les ressources nécessaires excluant ainsi toute idée de surendettement.

L.

Par décision incidente du 15 juin 2009, le Tribunal administratif fédéral a rejeté la requête de mesures provisionnelles formée par la recourante dans son recours du 10 juin 2009.

M.

En date 24 juin 2009, le Tribunal administratif fédéral a procédé, avec l'accord des parties, à la jonction des causes B-1873/2009 et B-3770/2009, la procédure ainsi unifiée étant désormais instruite sous la référence B-1873/2009.

N.

Le 3 août 2009, le Tribunal fédéral a rayé du rôle la cause relative au recours formé par la recourante contre la décision incidente du Tribunal administratif fédéral du 20 avril 2009.

O.

Par courrier du 10 août 2009, le mandataire de la recourante a informé le Tribunal administratif fédéral de la résiliation du mandat confié.

P.

Invitée à se déterminer sur le recours du 10 juin 2009, l'autorité inférieure a conclu à son rejet par écritures du 13 août 2009.

Q.

Par ordonnance du 28 septembre 2009, le Tribunal administratif fédéral a constaté que la recourante n'avait pas répondu à l'invitation à répliquer et a clôturé l'échange d'écritures.

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.

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

1.2 En vertu de l'art. 31 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), ledit Tribunal connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021), prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. Demeurent réservées les exceptions - non réalisées en l'espèce - prévues à l'art. 32 LTAF.

L'acte entrepris constitue une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. a PA susceptible de recours auprès du Tribunal administratif fédéral en vertu des art. 31 et 33 let. e LTAF en relation avec l'art. 54 al. 1 de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA, RS 956.1)

Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

1.3 La recourante, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteinte par la décision et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA).

Lorsqu'une personne morale est mise en faillite, dans le cadre d'une procédure d'assujettissement, ses organes ne disposent plus, en règle générale, des pouvoirs pour la représenter dès lors que ceux-ci leur ont été, par décision superprovisionnelle de l'autorité de surveillance, retirés pour être transférés aux chargés d'enquête. Dans ce cas, on ne saurait exiger qu'elle recoure contre la décision de faillite par l'intermédiaire des chargés d'enquête – seuls habilités à ce stade – dès lors que les conclusions du recours sont directement liées à leur nomination (cf. arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 octobre 2003 dans la cause *Credit and Industrial Bank c. République tchèque* 29010/95, ch. 50 ss). De jurisprudence constante, les organes d'une société mise en liquidation sont par conséquent autorisés, malgré le retrait des pouvoirs de représentation par l'autorité de surveillance dans sa décision, à attaquer celle-ci pour l'entreprise concernée par la voie du recours de droit administratif (ATF 131 II 306 consid. 1.2.1, arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.1, arrêt du TF 2A.332/2006 du 6 mars 2007 consid. 2.3.1).

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

Les recours sont ainsi recevables.

2.

À titre liminaire, il sied de constater que la FINMA a déclaré sans objet sa décision du 23 février 2009 par nouvelle décision du 18 mai 2009. En principe, l'autorité inférieure n'est pas habilitée, en raison de l'effet dévolutif attaché au recours, à modifier sa décision aux dépens du recourant en cours de procédure de recours (cf. ATF 127 V 228 consid. 2b/bb ; ATAF 2007/29 consid. 4.3 ; ANDREA PFLEIDERER in : BERNHARD WALDMANN/PHILIPPE WEISSENBERGER [édit.], *PraxisKommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, n° 39 ad art. 58 PA). Cela étant, la recourante a admis que son recours du 23 mars 2009 était devenu sans objet par courrier du 10 juin 2009 si bien qu'il

convient de considérer qu'elle a renoncé aux conclusions prises dans ses écritures à l'exclusion de celles relatives aux frais et dépens. Dans ces circonstances, il sied de prendre acte de l'accord des parties et de déclarer le recours du 23 mars 2009 sans objet, seule la question des frais et dépens s'avérant encore litigieuse. C'est d'ailleurs en vue du règlement de dite question que le Tribunal de céans a joint les causes B-1873/2009 et B-3770/2009 par décision incidente du 24 juin 2009. En effet, dès lors que la procédure concernant le recours du 10 juin 2009 formé contre la décision du 18 mai 2009 déterminera si la recourante a accepté des dépôts du public en violation de la législation bancaire et si celle-ci se trouvait en situation de surendettement, elle permettra également de définir la partie dont le comportement a occasionné l'issue de la procédure relative au recours du 23 mars 2009 devenue sans objet.

3.

La LFINMA est entrée intégralement en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Cette loi vise à regrouper la surveillance étatique des banques, des entreprises d'assurance et des autres intermédiaires financiers au sein d'une seule autorité de surveillance afin notamment de renforcer le contrôle sur les marchés financiers. Ainsi, la CFB, l'Office fédéral des assurances privées et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent sont remplacés par la FINMA dès le 1^{er} janvier 2009 (art. 58 al. 1 LFINMA).

La LFINMA a, entre autres, modifié partiellement la loi sur les banques du 8 novembre 1934 (LB, RS 952.0). Il se pose dès lors la question du droit applicable à la présente procédure. Selon les principes généraux du droit, l'ancien droit reste applicable en procédure de recours si la décision attaquée a pour objet les conséquences juridiques d'un comportement ou d'un événement passés (ATF 133 III 105 consid. 2, ATF 119 Ib 103 consid. 5). En revanche, les nouvelles règles de procédure s'appliquent dès leur entrée en vigueur à toutes les causes qui sont encore pendantes (ATF 130 V 1 consid. 3.2). Le législateur peut toutefois prévoir des dispositions transitoires dérogeant aux principes précités (ATF 107 Ib 133 consid 2b ; cf. Pierre Moor, Droit administratif, vol. I, 2e éd., Berne 1994, p. 176 s.), tel n'est toutefois pas le cas dans la présente cause.

En l'espèce, la décision attaquée a pour objet la constatation d'une violation par la recourante de normes juridiques relatives à la surveillance des marchés financiers et les conséquences juridiques

qui en découlent. La décision attaquée doit, par conséquent, être examinée à la lumière des dispositions en vigueur au moment où les activités en cause ont été accomplies, à savoir les dispositions de la LB dans leur teneur jusqu'à la fin 2008 puisque dès le 9 décembre 2008 les organes de la recourante n'étaient plus habilités à la représenter. Cela étant, il convient de relever que les modifications introduites par la LFINMA, en ce qui concerne le cas d'espèce, s'avèrent de nature formelle (cf. message du Conseil fédéral du 1er février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741 ss, spéc. 2807 et 2811 ss).

4.

La recourante se plaint d'un défaut de motivation de la décision entreprise dans la mesure où l'autorité inférieure n'a pas examiné les explications fournies quant au rapport des chargés d'enquête. Dès lors qu'il s'agit d'un grief de nature formelle, il convient de le traiter en premier lieu.

4.1 Aux termes de l'art. 35 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 (al. 1). De manière plus générale, la jurisprudence a déduit du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]) celui d'obtenir une décision motivée. Il suffit à cet égard que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision de manière que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 129 I 232 consid. 3.2). L'autorité n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les arguments invoqués par les parties. Il n'y a violation du droit d'être entendu que si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes qui lui paraissent pertinents (ATF 130 II 530 consid. 4.3). Le droit d'être entendu est de nature formelle, de sorte que sa violation entraîne en principe l'annulation de la décision entreprise sans qu'il soit nécessaire de vérifier si, au fond, la décision apparaît justifiée (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa et les réf. cit.).

4.2 En l'espèce, l'autorité inférieure a repris les constatations des chargés d'enquête pour en déduire que la recourante avait accepté des dépôts du public en violation de la législation bancaire. Elle a

notamment relevé les faits lui permettant d'inférer que la recourante ne disposait pas d'une autorisation bancaire et qu'elle n'avait quasi aucune perspective d'en obtenir une. Ensuite, elle a exposé en quoi ces éléments de fait se révélaient déterminants pour l'appréciation juridique de la situation de la recourante. Aussi, même si elle ne s'est pas expressément déterminée quant aux arguments développés par la recourante dans ses prises de position à la suite du rapport des chargés d'enquête, la FINMA a suffisamment exprimé les motifs l'ayant guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision. De plus, au vu des arguments développés dans son mémoire de recours, la recourante ne saurait se plaindre de ne pas avoir été en mesure d'en saisir la portée. En conséquence, il faut admettre que, motivée à satisfaction, la décision attaquée ne viole pas le droit d'être entendu de la recourante.

Mal fondé le recours doit être rejeté sur ce point.

5.

La FINMA exerce la surveillance conformément aux lois sur les marchés financiers notamment la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB, RS 952.0 ; 1.art. 23 al. 1 LB [RO 1997 82] ; cf. également art. 6 al. 1 LFINMA). Elle a pour but de protéger les créanciers, les investisseurs et les assurés, et d'assurer le bon fonctionnement des marchés financiers ; elle contribue ce faisant à améliorer la réputation et la compétitivité de la place financière suisse (art. 5 LFINMA). En tant qu'autorité de surveillance, il lui incombe également de déterminer si une entreprise est assujettie à la loi et si elle doit avoir une autorisation (art. 1 et 3 LB ; ATF 126 II 111 consid. 3). Elle prend les décisions nécessaires à l'application de la LB ainsi que de leurs dispositions d'exécution et veille au respect des prescriptions légales ; si elle apprend que des infractions à celles-ci ou d'autres irrégularités ont été commises, elle prend les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal et à la suppression des irrégularités (art. 23^{bis} al. 1 et 23^{ter} al. 1 LB [RO 1971 808] ; cf. également art. 31 LFINMA). En tant qu'elle doit veiller de manière générale au respect des prescriptions légales, son pouvoir de surveillance n'est pas limité aux seules entreprises qui sont assujetties à la loi. Selon la pratique, elle est également autorisée à utiliser les moyens légaux prévus pour exercer sa surveillance, même à l'égard d'instituts ou de personnes dont l'assujettissement à la loi est litigieux (ATF 132 II 382 consid. 4.1 et les réf. cit.).

6.

D'un point de vue matériel, la recourante conteste avoir exercé une activité bancaire en violation de la loi ainsi que le surendettement retenu par l'autorité inférieure. À cet égard, la recourante fait grief à l'autorité inférieure d'une constatation inexacte et incomplète des faits.

La constatation des faits est incomplète lorsque toutes les circonstances de fait et les moyens de preuve déterminants pour la décision n'ont pas été pris en compte par l'autorité inférieure. Elle est inexacte lorsque l'autorité a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve, ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces, par exemple (BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 395 s.). Or, en l'espèce, il ressort de l'échange d'écritures que toutes les allégations de la recourante se contentent de critiquer les conclusions auxquelles est parvenue la FINMA dans l'appréciation de sa situation juridique et financière, sans jamais cependant démontrer quels faits auraient été constatés de manière erronée.

Ce n'est donc pas tant la constatation des faits tels que retenus par l'autorité inférieure mais davantage leur appréciation que conteste la recourante. Ce grief se confond dès lors avec celui de la violation du droit et celui de l'inopportunité de la décision entreprise.

7.

À titre liminaire, il sied d'examiner si la recourante a exercé une activité bancaire à titre professionnel au sens de la législation y afférente sans disposer pour ce faire d'une autorisation.

7.1 Les personnes physiques ou morales qui ne sont pas assujetties à la loi sur les banques ne peuvent accepter des dépôts du public à titre professionnel (art. 1 al. 2 LB et 3a de l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne [OB, RS 952.02]). Agit à titre professionnel au sens de la LB, celui qui sur une longue période accepte plus de 20 dépôts du public (art. 3a al. 2 OB). Le caractère « professionnel » de l'activité peut cependant également être établi d'une autre manière (cf. arrêt du TAF B-2474/2007 du 4 décembre 2007 consid. 3.1.2 et les réf. cit.). Il est ainsi donné lorsque la personne concernée montre clairement la volonté de recevoir de tels dépôts ou prend des dispositions afin de toucher par son action un nombre indéterminé de personnes ; agit donc également à titre

professionnel, celui qui fait de la publicité pour obtenir des fonds en dépôt, en particulier par des annonces dans la presse ou les médias électroniques, par des prospectus ou par des circulaires, quand bien même il en résulte moins de 20 dépôts (art. 3 al. 1 OB ; cf. également Circulaire 96/4 de la CFB du 22 août 1996 : Acceptation à titre professionnel de dépôts du public par des établissements non bancaires au sens de la loi sur les banques [Circ.-CFB 96/4 Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires], n° 9 ; ATF 132 II 382 consid. 6.3.1 et les réf. cit., ATF 131 II 306 consid. 3.2.1, arrêt du TF 2A.51/2007 du 5 juin 2007 consid. 3.1, ; RASHID BAHAR/ERIC STUPP, in : Basler Kommentar, Bankengesetz, n° 10 ad art. 1 LB). Il ressort de l'OB que tous les passifs ont le caractère de dépôts du public, toutes les exceptions étant exhaustivement énumérées à l'art. 3a al. 3 et 4 OB (Circ.-CFB 96/4 Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires, n° 10 et 19 ; arrêt du TAF B-1645/2007 du 17 janvier 2008 consid. 2.3).

7.1.1 Jusqu'au 1^{er} avril 2008, l'art. 3a al. 3 let. c OB (RO 1995 253) prévoyait que les soldes en compte de clients auprès de négociants en valeurs mobilières, en devises ou en métaux précieux, auprès de gérants de fortune ou d'entreprises analogues qui servaient uniquement à exécuter des opérations de clients, n'étaient pas considérés comme des dépôts lorsqu'aucun intérêt n'était accordé sur les comptes. De tels soldes en compte devaient provenir directement de la liquidation d'opérations sur devises ou métaux précieux et avoir pour seul but de tenir à disposition les liquidités nécessaires pour la liquidation de l'affaire principale se situant au premier plan (Circ.-CFB 96/4 Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires, n° 16).

7.1.2 Depuis le 1^{er} avril 2008, l'exception de l'art. 3a al. 3 let. c OB ne concerne plus les négociants en devises (RO 2008 1199) ; en vertu de l'art. 62a al. 1 et 2 OB, les négociants en devises en exercice – soumis désormais à la loi – doivent s'annoncer auprès de l'autorité de surveillance dans un délai de trois mois à compter de l'entrée en vigueur de la modification de l'ordonnance. Ils se voient en outre astreints, dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur, à satisfaire aux exigences de la loi et déposer une requête en autorisation.

Dès le 1^{er} avril 2008, les négociants en devises déjà en exercice au moment du changement législatif doivent considérer deux options s'ils entendent poursuivre leur activité, à savoir remplir les conditions

d'autorisation requises en tant que banques ou adapter leur modèle d'affaires à une activité non soumise à autorisation, par exemple, en renonçant à intervenir en leur propre nom (cf. Commentaire de la CFB de novembre 2007 sur la modification de l'article 3a al. 3 de l'OB, p. 9). Durant la période transitoire, le négoce en devises est en principe toléré pour autant qu'il soit exercé en conformité avec les exigences prévalant avant le 1^{er} avril 2008. Pour les négociants entendant obtenir une licence bancaire, l'autorité inférieure s'attendait toutefois à trouver chez eux des qualités s'apparentant avec les exigences de l'art. 3 LB afin qu'elles y coïncidassent le moment venu. Aussi, la période transitoire prévue à l'art. 62a OB ne constitue pas une prolongation de la situation légale prévalant avant la modification précitée mais une transition permettant une adaptation concrète aux exigences de la licence bancaire.

7.2 En l'espèce, il ressort du rapport des chargés d'enquête (pièces B 294 ss du dossier de première instance) que la recourante proposait à ses quelque 3'000 clients d'effectuer des transactions sur les devises et les métaux précieux par le biais de son système de trading on-line, le négoce en métaux précieux ayant été abandonné dès le 11 décembre 2008. Les chargés d'enquête ont également relevé que les activités propres de la recourante se limitaient en fait à l'ouverture des comptes des clients, à la vérification des exigences en matière de blanchiment d'argent, à l'assistance de la clientèle, à la gestion du site Internet ainsi qu'au marketing et à la comptabilité. En effet, les opérations de trading ainsi que le support informatique et technique s'avèrent, pour l'essentiel, effectués par des sociétés jordaniennes dépendant de C._____, l'intervention de ces dernières n'étant régies par aucune convention écrite. Le rapport d'enquête révèle en outre que la recourante est dépourvue d'un contrôle interne en matière de comptabilité et de gestion des risques ; elle ne dispose pas non plus d'un système informatique de sauvegarde des données. À ce sujet, il convient de signaler que certains clients se sont plaints de l'effacement de leurs données et ont fait valoir des prétentions pécuniaires contre la recourante. Quant à la comptabilité, les chargés d'enquête ont constaté des lacunes dans la documentation des charges ainsi que dans la transcription des opérations du système de trading. Ces irrégularités avaient d'ores et déjà été pointées par l'ancien organe de révision de la recourante ainsi que par son conseil d'administration.

S'agissant plus précisément du système de trading, la recourante offre à ses clients un système accessible au moyen d'une plate-forme Internet. Les clients doivent effectuer un dépôt auprès de L._____ à Bâle ou de M._____ à Chypre en tant que marge leur permettant d'ouvrir des positions de change. Une fois l'avis de crédit confirmé par la banque, la recourante crédite le compte du client l'habilitant à réaliser ses opérations de trading en fonction du niveau de risque choisi par ce dernier. La recourante prélève un spread sur chaque transaction. Les fonds des clients ne sont pas destinés à être changés mais constituent une garantie pour la recourante sur les opérations ouvertes. S'agissant des opérations de couverture, la recourante dispose d'un compte auprès de N._____ à New-York. À ce sujet, les experts relèvent que la recourante couvre, à la fin de chaque jour ouvert au trading, le résultat net des positions ouvertes par ses clients en ouvrant les mêmes positions auprès de N._____. Cette procédure de couverture fait, selon les chargés d'enquête, courir un risque à la recourante en raison du caractère continu des opérations de trading alors que les opérations de couverture n'ont lieu que chaque soir. Cela étant, la recourante précise que son système imprime toutes les deux heures le résultat des positions de ses clients de sorte qu'il est possible de déterminer si des opérations de couverture doivent être entreprises antérieurement. De plus, il faut mentionner que le spread prélevé par N._____ s'avère plus élevé que celui retenu par la recourante pour les transactions accomplies par ses clients. En outre, les opérations de couverture auprès de N._____ ne s'effectuent que pour un montant de 100'000 unités si bien que pour les positions inférieures ou supérieures de ses clients, la recourante se voit contrainte de couvrir davantage que nécessaire, subissant ainsi un risque de change ou alors celui de ne pas procéder à une couverture des positions. La recourante estime quant à elle que le risque encouru est infime. Les chargés d'enquête ont enfin constaté que la recourante ne connaissait pas de procédure claire de couverture, les employés ne semblant en tous les cas pas en avoir connaissance.

7.3 Sur le vu de ce qui précède, force est de constater qu'avec ses quelque 3'000 clients la recourante accepte des dépôts du public et offre un service de négoce en devises au sens de la LB, ce qu'elle ne conteste d'ailleurs pas. Elle ne prétend pas non plus bénéficier d'une licence bancaire pour ce faire ni avoir déposé une demande formelle en ce sens dans le délai prévu par la loi (art. 62a al. 2 OB). Reste donc à savoir si ses activités sont conformes au droit. À ce sujet, en

décembre 2008, la société I._____ a renoncé au mandat de révision que lui proposait la recourante aux motifs des insuffisances informatiques ayant conduit à la perte de données de certains clients, des différences comptables constatées entre la comptabilité et le système de trading, du défaut de comptabilisation journalière des opérations de couverture, du défaut de documentation de certaines créances et charges. S'agissant plus précisément des opérations de couverture des positions des clients, I._____ indique que la recourante y procède une fois par jour mais que les résultats du compte y afférent auprès de N._____ ne se révèlent retranscrits que mensuellement dans les livres comptables. Le précédent réviseur de la recourante avait également relevé des irrégularités comptables motivant sa démission en juillet 2008. Or, en décembre 2007, la CFB avait expressément exigé de la recourante – pour être habilitée à continuer à exercer ses activités – qu'elle n'offre pas d'intérêts à ses clients, qu'elle couvre complètement et en permanence les positions de ses clients en devises et en métaux précieux ainsi qu'elle limite ses activités aux « spot trades » à l'exclusion des « contracts for difference ». La question de savoir si la recourante devait satisfaire à ces exigences afin de pouvoir continuer à exercer ses activités de négoce en devises avant la modification de l'OB peut rester indéterminée dès lors que, depuis le 1^{er} avril 2008 – outre le dépôt d'une demande formelle dans le délai prévu par la loi (art. 62a al. 2 OB) – on est en droit d'attendre d'une entité souhaitant obtenir une autorisation bancaire qu'elle présente des qualités s'apparentant avec les exigences de l'art. 3 LB (cf. consid. 7.1). En conséquence, dans la mesure où la recourante a fait part de son intention de requérir une licence bancaire, l'autorité de surveillance est habilitée à exiger qu'elle satisfasse à des conditions allant au-delà de celles prévues pour le négoce de devises tel qu'autorisé avant la modification de l'OB. En outre, les exigences en matière de couverture retenues par l'autorité inférieure tendent à éviter des risques de change et sont conformes aux finalités de la législation sur la surveillance des marchés financiers, à savoir la protection des créanciers et des investisseurs ainsi que la réputation de la place financière helvétique. En l'occurrence, il apparaît qu'en décembre 2008, la recourante ne remplissait pas les exigences arrêtées par l'autorité de surveillance en décembre 2007 puisque, comme relevé par I._____, les positions des clients de la recourante n'étaient pas couvertes en permanence. Cette constatation ressort également du rapport d'enquête (cf. consid. 7.2). De plus, comme l'admet la recourante elle-même, les positions de ses clients ne sont pas entièrement couvertes dès lors

que la banque par laquelle elle procède aux opérations de couverture n'autorise que les montants de 100'000 unités alors que les clients ont loisir de procéder à des transactions pour 10'000 unités (pièce A 250 du dossier de première instance). À cela s'ajoute que les irrégularités comptables constatées aussi bien par I._____ que par les chargés d'enquête ne permettent pas de donner un aperçu régulier de sa situation financière réelle ; en effet, la recourante n'était pas à même, en décembre 2008, de réconcilier régulièrement ses livres comptables avec les transactions effectuées sur la plate-forme de trading on-line. En conséquence, outre le fait que la recourante n'ait formé aucune demande formelle d'autorisation bancaire à ce jour, les carences comptables et organisationnelles établies aussi bien par I._____ que par les chargés d'enquête ainsi que la non-couverture permanente et complète des positions des clients démontrent clairement qu'elle ne présente pas des qualités s'apparentant avec les exigences de l'art. 3 LB. Dans ces circonstances, les activités de la recourante ne pouvaient être exercées sans une autorisation formelle de l'autorité de surveillance.

7.4 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il convient de constater que la recourante a accepté des dépôts du public à titre professionnel en violation de la législation en matière bancaire.

8.

La recourante fait également valoir que les mesures retenues par l'autorité inférieure sont contraires au principe de la proportionnalité. À cet effet, elle indique entendre tout mettre en oeuvre pour l'obtention d'une autorisation bancaire. Elle ajoute avoir pris toutes les mesures en vue d'assurer une gestion optimale de ses activités, d'établir une procédure comptable journalière, de procurer par ses actionnaires les ressources financières nécessaires et d'embaucher une personne expérimentée dans le domaine bancaire pour le poste de « risk et compliance office ». En conséquence, elle estime pouvoir satisfaire aux conditions d'autorisation au point que la liquidation puis la faillite prononcées par l'autorité inférieure s'avèrent disproportionnées et contraires à la liberté économique.

8.1 Si des indices concrets suffisants permettent de penser qu'en violation du devoir d'information une activité soumise à autorisation est exercée sans que celle-ci n'ait été accordée, l'autorité inférieure a le pouvoir – et même le devoir – d'entreprendre les investigations nécessaires et d'adopter les mesures utiles pour rétablir l'ordre légal

(ATF 126 II 111 consid. 3a, arrêt du TF 2A.119/2002 du 11 décembre 2002 consid. 2.1 ; cf. également art. 31 LFINMA). Ainsi, s'il s'avère qu'une personne physique ou morale a exercé, sans disposer de l'autorisation nécessaire, une activité couverte par les lois sur les marchés financiers et soumise à autorisation, l'autorité inférieure est autorisée à prendre des mesures pouvant aller jusqu'à l'interdiction d'exercer l'activité en cause, respectivement à la dissolution et à la liquidation de l'entité concernée (ATF 132 II 382 consid. 4.2 et les réf. cit., arrêt du TF 2C_276/2009 du 22 septembre 2009 consid. 3.2 ; cf. également art. 37 al. 3 LFINMA) ; en cas de surendettement, la liquidation sera ordonnée selon les règles en matière de faillite bancaire (ATF 131 II 306 consid. 4.1.3, arrêt du TF 2C_276/2009 du 22 septembre 2009 consid. 3.2).

Le choix de la mesure à adopter dans une situation concrète est une question d'appréciation. L'autorité de surveillance, en tant qu'autorité spécialisée dans la surveillance des marchés financiers, jouit d'une importante marge de manoeuvre dans le choix des mesures qu'elle décide d'appliquer. Elle doit cependant se conformer aux principes généraux régissant toute activité administrative, ce qui implique notamment l'interdiction de l'arbitraire, le respect de l'égalité de traitement ainsi que des principes de la proportionnalité et de la bonne foi. La mesure choisie correspondra également aux buts essentiels de la législation sur les marchés financiers, à savoir la protection respectivement des créanciers et des investisseurs, d'une part, et la réputation de la place financière helvétique, d'autre part (ATF 135 II 356 consid. 3.1, ATF 131 II 306 consid. 3.1.2, ATF 130 II 351 consid. 2.2 ; ATAF 2008/23 consid. 3.3).

En cas de surendettement d'une personne morale exerçant, sans autorisation, une activité couverte par la législation bancaire, il n'est plus nécessaire de procéder à un examen approfondi des possibilités d'assainissement de l'intermédiaire financier non autorisé (art. 28 ss LB) puisqu'il est exclu que ce dernier, à la suite du refus d'autorisation ainsi que du prononcé de la liquidation, poursuive ses activités en qualité d'intermédiaire autorisé (ATF 132 II 382 consid. 4.2, ATF 131 II 306 consid. 4.1.3, arrêt du TF 2C_276/2009 du 22 septembre 2009 consid. 3.2). En outre, lorsque l'autorité de surveillance a constaté qu'une société accepte illégalement des dépôts du public et prononcé sa liquidation, elle garde la faculté ultérieurement, s'il existe des indices suffisants de surendettement, d'ouvrir une procédure de faillite (cf. ATF 131 II 306 consid. 4.1.3 ss). L'exécution d'une procédure de

faillite tend au désintéressement égalitaire de l'ensemble des créanciers dès qu'il existe des doutes quant au recouvrement total des créances. Il convient de la sorte de ne pas se montrer trop exigeant pour la reconnaissance du surendettement et d'évaluer avec précaution les avoirs et les prétentions de la société débitrice (cf. ATF 131 II 306 consid. 4.1.3 ; arrêt du TAF B-4409/2008 du 27 janvier 2010 consid. 8.4).

8.2 En l'espèce, une autorisation subséquente relative aux activités de la recourante par l'autorité inférieure n'entre en considération que si celle-ci démontre être en mesure de satisfaire aux exigences relatives au capital minimal, à l'organisation adéquate ainsi qu'à la garantie de l'activité irréprochable (art. 3 al. 2 lit. a à c LB ; cf. ATF 132 II 382 consid. 7.1, ATF 131 II 306 consid. 3.3). À cet égard, il n'appartient pas à l'autorité inférieure de rechercher si la recourante serait en mesure de satisfaire aux conditions légales en vue d'une autorisation ; en effet, le fardeau de l'allégation et de la preuve incombe à la recourante (cf. arrêt du TAF B-4409/2008 du 27 janvier 2010 consid. 8.2). Or, à ce jour, la recourante, quoiqu'elle prétende vouloir disposer d'une autorisation bancaire, n'a déposé aucune demande formelle en ce sens dans le délai prévu par la loi (art. 62a al. 2 OB). Elle n'a par ailleurs nullement démontré sa capacité à satisfaire dans un avenir proche aux exigences de la législation bancaire. Au contraire, bien que les actionnaires se soient engagés à augmenter le capital-actions de plusieurs millions de francs, la recourante ne dispose pas à ce jour matériellement du capital requis et – au vu du rapport des chargés d'enquête (cf. consid. 7.2 et 7.3) – elle témoigne de déficiences importantes en termes d'organisation et de comptabilité. De plus, il paraît douteux – eu égard aux révélations intervenues lors de la procédure d'enquête – que ses organes et actionnaires satisfassent à la garantie d'une activité irréprochable. En effet, F._____ serait, selon la presse (cf. pièces C 208-216 du dossier de première instance), accusé de fraude aux États-Unis alors que B._____ aurait continué à offrir des services de négoce en devises en insoumission aux décisions de l'autorité de surveillance (cf. pièces C 217 et 234 du dossier de première instance). Dans ces circonstances, une autorisation subséquente relatives aux activités de la recourante ne saurait être envisagée.

8.3 S'agissant de l'établissement de la situation financière de la recourante, c'est à juste titre qu'elle a été arrêtée à la valeur de liquidation vu que l'octroi d'une autorisation subséquente n'entre pas

en considération (cf. consid. 8.2).

Selon la jurisprudence, il y a surendettement lorsqu'il résulte du bilan intermédiaire que les créances des créanciers de la société ne sont plus couvertes (ATF 131 II 306 consid. 4.3.1). En l'espèce, les comptes de la recourante au 31 décembre 2008, établis par une société externe, laissent apparaître un surendettement à hauteur de Fr. 10'342'127.- à la valeur de liquidation (cf. pièces C 17 ss du dossier de première instance). Il a été tenu compte, par la constitution de provisions, des prétentions de clients de la société, notamment ceux dont les données ont été effacées. La recourante avance quant à elle que ces prétentions sont sans fondement de sorte que le rapport relatif à sa situation financière ne reflète pas la réalité. À ce sujet, il ne suffit pas à la recourante de contester une prétention pour que celle-ci ne soit pas prise en considération. Cela étant, la question du bien-fondé de la constitution de ces provisions – s'élevant selon le rapport de la société externe mandatée à Fr. 8'531'717.- – peut rester indécidée dès lors que même si on en fait abstraction, la recourante présenterait malgré tout, au 31 décembre 2008, un surendettement à hauteur de plus de Fr. 1,8 millions à la valeur de liquidation. Nonobstant, il sied de relever que ces provisions paraissent pour le moins justifiées puisque, depuis l'ouverture de la faillite, des créances ont été produites par les clients de la recourante pour un montant supérieur à USD 77 millions sans compter les productions de nature commerciale. Dans ces circonstances, il n'y pas lieu de critiquer l'autorité inférieure lorsque, à la lecture des pièces du dossier et compte tenu des évaluations prudentes auxquelles il faut procéder dans l'intérêt des créanciers, elle a considéré qu'il existait un danger concret de surendettement.

8.4 La recourante fait également valoir que sa liquidation par la voie de la faillite contreviendrait au principe de la proportionnalité ainsi qu'à la liberté économique.

8.4.1 Selon la jurisprudence, le principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.) se compose traditionnellement des règles d'aptitude – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé –, de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés – et de proportionnalité au sens étroit – qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et sur le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public – (ATF 130 II 425 consid. 5.2, ATF 128 II 292 consid. 5.1, ATF 125 I 474 consid. 3 et la

jurisprudence citée).

En l'espèce, il a été démontré à l'envi que l'octroi d'une autorisation bancaire subséquente ne se révélait pas envisageable (cf. consid. 8.2) et qu'on ne saurait reprocher à l'autorité inférieure d'avoir considéré qu'il existait un risque concret de surendettement de la recourante (cf. consid. 8.3). Par conséquent, dans de telles circonstances, le choix de la FINMA de prononcer la faillite s'avère pleinement conforme au principe de la proportionnalité, aucune autre mesure n'étant à même de rétablir l'ordre légal.

8.4.2 S'agissant de la prétendue violation de la liberté économique invoquée par la recourante, il sied de constater que cette dernière ne motive pas plus avant son grief. En effet, elle se contente d'alléguer que la décision entreprise constitue une atteinte inadmissible à sa liberté économique garantie par l'art. 27 Cst. sans démontrer que l'interdiction d'acceptation de dépôts du public à défaut d'autorisation expresse serait dépourvue de base légale, ne serait pas justifiée par un intérêt public prépondérant ni se limiterait à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis. Nonobstant, il convient de souligner que la législation en matière de marchés financiers vise un intérêt public, à savoir la protection respectivement des créanciers et des investisseurs, d'une part, et la réputation de la place financière helvétique, d'autre part (cf. consid. 8.1), de sorte que l'obligation d'obtenir une autorisation pour l'acceptation de dépôts du public constitue une mesure de police admissible au regard du droit constitutionnel (cf. également art. 95 al. 1 Cst.). En outre, cette obligation repose sur une base légale formelle claire (l'art. 3 LB) et se révèle nécessaire ainsi que proportionnée en vue d'atteindre les objectifs visés par la loi (cf. arrêt du TAF B-7798/2008 du 2 juin 2009 consid. 8.1). Mal fondé et insuffisamment motivé, le grief doit donc être rejeté dans la mesure où il est recevable.

8.5 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, force est de constater que c'est à juste titre que l'autorité inférieure a prononcé la faillite de la recourante.

9.

La recourante se prévaut enfin que la décision entreprise reposerait sur une appréciation arbitraire des faits.

De jurisprudence constante, une décision est arbitraire, au sens de

l'art. 9 Cst., lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou encore heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable ; encore faut-il que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat. A cet égard, il convient de ne s'écarter de la solution retenue que si celle-ci apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motif objectif et en violation d'un droit certain. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution paraît également concevable, voire même préférable (ATF 132 III 209 consid. 2.1, ATF 131 I 57 consid. 2, ATF 129 I 8 consid. 2.1).

En l'espèce, comme il a été démontré ci-dessus, la recourante a accepté des dépôts du public à titre professionnel sans disposer d'une licence bancaire (cf. consid. 7) et n'est pas en mesure de déposer une demande à cet effet (cf. consid. 8.2). Il a par ailleurs été constaté qu'elle se trouvait en situation de surendettement (cf. consid. 8.3). Dans ces circonstances, on ne saurait reprocher un quelconque arbitraire à l'autorité inférieure lorsqu'elle a prononcé la faillite de recourante.

10.

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours du 10 juin 2009 doit être rejeté.

11.

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 et 4 FITAF). Lorsqu'une procédure devient sans objet, les frais sont en règle générale mis à la charge de la partie dont le comportement a occasionné cette issue (art. 5 1^{ère} phrase FITAF).

En l'espèce, les frais sont fixés à Fr. 8'000.- pour les deux procédures

jointes compte tenu de la valeur litigieuse – laquelle ne peut cependant pas facilement être évaluée – des deux décisions incidentes rendues en relation avec les mesures provisionnelles ainsi que de l'ampleur et de la difficulté de la cause. Par ailleurs, dans la mesure où la recourante a accepté des dépôts du public en violation de la législation bancaire et se trouvait en situation de surendettement, c'est à juste titre que la FINMA a prononcé la faillite (cf. consid. 7 et 8). En conséquence, c'est le comportement de la recourante qui a provoqué l'issue de la procédure relative au recours du 23 mars 2009. De plus, elle a succombé dans l'ensemble de ses conclusions s'agissant du recours du 10 juin 2009. En conséquence, les frais de procédure doivent être intégralement mis à sa charge. Ils seront prélevés sur l'avance de frais de Fr. 8'000.- d'ores et déjà versée par la recourante.

Vu l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 PA).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours du 23 mars 2009 est devenu sans objet.

2.

Le recours du 10 juin 2009 est rejeté.

3.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 8'000.- pour les deux procédures jointes, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant sera compensé par l'avance de frais déjà versée de Fr. 8'000.- dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.

Il n'est pas alloué de dépens.

5.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (Acte judiciaire)

Le président du collège :

Le greffier :

Jean-Luc Baechler

Pascal Richard

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 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). 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 : 11 mars 2010