



Cour II
B-741/2016

Arrêt du 13 mai 2016

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Ronald Flury et Eva Schneeberger, juges,
Fabienne Masson, greffière.

Parties

X. _____ SA,
représentée par Maître Rodrigue Sperisen, avocat,
recourante,

contre

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

Objet

Entraide administrative internationale.

Faits :**A.**

A.a Par requête du 21 janvier 2015, l'Autorité française des marchés financiers (ci-après : AMF ou autorité requérante) a sollicité l'assistance administrative de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA dans le cadre d'une enquête visant à déterminer si des transactions réalisées sur le titre A._____ ne l'avaient pas été dans des conditions contraires aux dispositions législatives et réglementaires françaises, notamment celles relatives à l'utilisation d'une information privilégiée.

L'AMF a exposé que A._____ était une société française spécialisée dans (...); son titre est coté à la bourse Euronext Paris. Le 5 juin 2014, (...), après une suspension du cours du titre, A._____ a annoncé publiquement la signature d'un accord avec la société B._____ portant sur la cession de la totalité de sa participation dans la société C._____ pour un montant de (...). Le 6 juin 2014, lors de la reprise de la cotation, le titre A._____ se révélait en hausse de 29 %. Au cours de son enquête, l'AMF a relevé les transactions suivantes sur le titre A._____ effectuées par D._____ SA (ci-après : D._____ ou la banque) pour le compte de sa cliente E._____ SA : achats de 25'000 titres le 27 mai 2014 et de 50'000 titres le 28 mai 2014 ainsi que vente de 75'000 titres le 3 septembre 2014.

L'AMF a requis les informations suivantes : l'identité des bénéficiaires économiques pour le compte desquels les transactions précitées ont été réalisées, une copie des documents d'ouverture de compte ouvert au nom de E._____ SA, de la documentation Know your customer (ci-après : documentation KYC) et de toute procuration donnée sur ce(s) compte(s) ainsi que, pour chacun des bénéficiaires économiques, le détail des transactions réalisées sur l'année 2014 afin de déterminer les habitudes d'investissement de ce client. L'AMF a, en outre, demandé à la FINMA de lui indiquer, dans l'hypothèse où les transactions ont été effectuées pour le compte de personnes morales ou physiques résidant dans un autre pays que la Suisse, si elle avait une quelconque opposition à ce que l'AMF contacte le régulateur compétent de ce pays afin de poursuivre son enquête.

A.b Donnant suite à la requête d'entraide, la FINMA a, par courrier du 5 février 2015, enjoint D._____ de lui transmettre les documents et informations demandés par l'AMF ainsi que le nom, l'adresse et la profession du ou des donneurs d'ordre des transactions.

A.c Par courrier du 13 février 2015, la banque a transmis à la FINMA les renseignements et documents requis. Il en ressort notamment que les trois transactions identifiées ont été effectuées pour le compte de X. _____ SA (ci-après : la recourante), sise à F. _____ ; (...).

A.d Par courrier du 1^{er} avril 2015 adressé à la recourante par l'intermédiaire de la banque, la FINMA l'a informée de la demande d'entraide, indiquant considérer que les conditions s'avéraient remplies. Elle lui a fixé un délai pour lui faire savoir si elle renonçait à une décision formelle et, dans le cas contraire, à en exposer les motifs et à faire élection de domicile en Suisse.

A.e Le 13 avril 2015, la recourante a demandé à la FINMA le droit de consulter la requête d'entraide de l'AMF, le courrier de la FINMA du 5 février 2015 ainsi que le courrier de la banque du 13 février 2015.

A.f Mise en possession des documents sollicités, la recourante s'est référée, le 4 juin 2015, à un courrier de la FINMA à E. _____ SA du 20 novembre 2014 de même qu'à l'annexe 2 d'un courrier de E. _____ SA du 10 décembre 2014 visant déjà les transactions en cause. Elle a requis la FINMA de préciser si elle avait joint les dossiers (...), (...) et (...). Elle s'est en outre opposée à toute remise de données confidentielles la concernant à l'AMF. Elle a enfin demandé à consulter l'ensemble du dossier.

A.g En date du 3 juillet 2015, la FINMA a informé la recourante que les affaires susmentionnées étaient traitées de manière indépendante. Elle lui a en outre transmis une copie du dossier.

A.h Dans sa détermination du 16 juillet 2015, la recourante s'est opposée à la transmission de données la concernant à l'AMF. Renvoyant à une décision du Conseil constitutionnel français du 18 mars 2015 selon laquelle les dispositions des art. L. 465-1 et L. 621-15 du Code monétaire et financier (ci-après : CMF) s'avéraient contraires à la Constitution française sauf pour les professionnels régulés par l'AMF, elle a déclaré que cette dernière n'était pas fondée à requérir la collaboration de la FINMA dans le cas d'espèce. La recourante a en outre estimé que la transmission du détail des transactions réalisées sur l'année 2014 violerait le principe de la proportionnalité.

A.i En date du 30 septembre 2015, la recourante a expliqué comprendre l'intérêt et le droit de l'autorité requérante d'obtenir le nom et les

coordonnées des personnes ayant passé ou bénéficié des transactions sous enquête ; elle a toutefois indiqué ne pas pouvoir accepter que la demande de l'AMF porte également, sans motivation suffisante et en violation du principe de la proportionnalité, sur l'obtention de la documentation KYC et des relevés de compte faisant apparaître d'autres transactions n'ayant aucun lien avec l'entraide. Elle s'est déclarée disposée à accepter la transmission de ses noms et coordonnées personnelles, des nom et adresse de son bénéficiaire économique, des informations relatives au trading des titres A._____ la concernant ainsi que la communication du mandat de gestion conclu avec son gestionnaire, à l'exception de toute information complémentaire. Elle a en outre prié la FINMA d'interpeller l'AMF sur les conséquences de la décision constitutionnelle du 18 mars 2015.

A.j Après avoir demandé et reçu de la FINMA un projet de transmission à l'AMF des données la concernant, la recourante a requis le prononcé d'une décision formelle par pli du 17 décembre 2015.

B.

Par décision du 28 janvier 2016, la FINMA a décidé d'accorder l'entraide administrative internationale à l'AMF et de lui communiquer les informations et documents remis par D._____, tout en lui demandant de les traiter de façon confidentielle conformément à l'accord multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations (MMoU) de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV). Elle a, de surcroît, expressément attiré l'attention de l'AMF sur le fait que ces informations et documents pouvaient être utilisés exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers ou retransmis, à cet effet uniquement, à d'autres autorités, tribunaux ou organes ; en outre, il a été précisé que la transmission desdites informations à d'autres fins à des autorités pénales n'était possible qu'avec l'accord explicite de la FINMA. À la base de son argumentation, celle-ci a considéré en substance que, d'un côté, il ne lui appartenait pas de se prononcer sur les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel et que, de l'autre, la transmission des données concernant la recourante respectait le principe de la proportionnalité.

C.

Par mémoire du 5 février 2016, mis à la poste le même jour, la recourante a formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral concluant, sous suite de dépens, à l'admission de son recours et à l'annulation de la décision ; à la suspension de la transmission à l'AMF telle

que prévue par le ch. 1.1 du dispositif de la décision entreprise et des pièces 021 à 026, 027, 030 à 037 et 040 à 089 jusqu'à réception de garanties écrites de la part de l'autorité requérante ; à l'interdiction de transmettre à l'AMF les pièces 028, 029 et 039 sans caviardage.

D.

Invitée à se déterminer sur le recours, l'autorité inférieure a, sous suite de frais, conclu à son rejet dans la mesure de sa recevabilité au terme de ses remarques responsives du 29 février 2016 dont le paragraphe 13 inachevé a été complété le 7 mars 2016 à la demande du Tribunal de céans.

E.

Dans ses remarques du 29 mars 2016, la recourante a déclaré en substance persister dans les conclusions prises dans son recours du 5 février 2016.

F.

Par pli non sollicité du 12 avril 2016, la recourante s'est référée à des envois de la Direction générale des finances publiques, Direction nationale des vérifications de situations fiscales, à son ayant droit économique. Elle déduit de ces documents que, sous couvert d'entraide administrative internationale en matière boursière, les autorités françaises chercheraient en fait à obtenir la transmission de l'intégralité de son portefeuille de titres pour l'année 2014 dans le but de redresser fiscalement son ayant droit économique.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Droit :

1.

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

1.1 À teneur de l'art. 42a al. 6 LFINMA (RS 956.1 ; pour l'applicabilité des art. 42 et 42a LFINMA à la présente procédure, cf. arrêt du TAF B-7195/2015 du 25 janvier 2016 consid. 2 et les réf. cit.), la décision de la FINMA de transmettre des informations à l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers peut, dans un délai de dix jours, faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral.

L'acte attaqué constitue une décision de la FINMA au sens de l'art. 5 al. 1 let. a PA accordant l'assistance administrative à une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers. Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

1.2 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).

1.3 Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 11 et 52 al. 1 PA de même qu'art. 42a al. 6 LFINMA) ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

2.

À teneur de l'art. 42 al. 2 LFINMA, l'autorité de surveillance ne peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations non accessibles au public que si :

- ces informations sont utilisées exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers ou sont retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes (let. a ; principe de la spécialité) ;
- les autorités requérantes sont liées par le secret de fonction ou par le secret professionnel, les dispositions applicables à la publicité des procédures et à l'information du public sur de telles procédures étant réservées (let. b ; exigence de la confidentialité).

Par ailleurs, l'art. 42 al. 4 LFINMA prescrit que l'assistance administrative est octroyée avec diligence. La FINMA respecte le principe de la proportionnalité. De plus, le Conseil fédéral a indiqué, dans son message du 3 septembre 2014 concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers, que l'art. 42 al. 2 LFINMA posait définitivement les conditions auxquelles la transmission d'informations aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers était possible, précisant que cette disposition correspondait dans une large mesure à l'art. 38 al. 2 LBVM (cf. FF 2014 7235, 7363). Aussi, la jurisprudence rendue sur la base de cette disposition conserve sa pertinence également sous le nouveau droit. Le Conseil fédéral a ajouté que les informations transmises devaient servir

exclusivement à l'exécution du droit sur les marchés financiers, c'est-à-dire en particulier aux fins suivantes : vérification du respect des conditions d'autorisation ; surveillance continue de l'activité au niveau de l'établissement ou du groupe dans son ensemble ; mise en œuvre de la législation sur les marchés financiers ; examen de la nécessité d'un retrait de l'autorisation ; surveillance du bon fonctionnement du marché financier et des risques systémiques sur le marché (cf. FF 2014 7236, 7364).

3.

La recourante souligne que la jurisprudence constante – reconnaissant que l'AMF se présente comme une autorité de surveillance des marchés financiers à laquelle l'entraide peut en principe être accordée – a été rendue sans que les conséquences de la décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du Conseil constitutionnel français du 18 mars 2015 n'aient été soulevées et prises en compte. Elle note que la requête d'entraide, datée du 21 janvier 2015, a été formulée avant cette décision. Elle explique que le Conseil constitutionnel y a statué sur le fondement du principe de nécessité des peines et a considéré que les dispositions des art. L. 465-1 et L. 621-15 CMF étaient contraires à la Constitution française sauf pour les professionnels régulés par l'AMF ; il résulterait de cette décision que l'AMF ne peut pas engager ou continuer des poursuites sur le fondement de l'art. L. 621-15 CMF à l'encontre d'une personne non régulée par cette dernière dès lors que des poursuites auraient déjà été engagées pour les mêmes faits et à l'encontre des mêmes personnes devant le juge judiciaire statuant en matière pénale sur le fondement de l'art. L. 465-1 CMF. Elle juge non contesté qu'elle ne se présente pas comme une personne morale régulée par l'AMF, une information pénale ayant en outre été ouverte par réquisitoire supplétif du 14 novembre 2014 pour les mêmes faits et les mêmes personnes que ceux visés et couverts par la présente requête d'entraide. Elle en déduit que la compétence de l'AMF à enquêter sur le cas d'espèce et à requérir la transmission d'informations confidentielles s'avère sujette à caution. Elle considère que l'entraide ne peut in casu pas être accordée à l'AMF sans garantie écrite confirmant que celle-ci est habilitée à enquêter.

De son côté, l'autorité inférieure renvoie, dans sa réponse, à sa décision du 28 janvier 2016 selon laquelle en particulier il n'appartient pas à la FINMA de se prononcer sur la question de savoir si une autorité pénale serait compétente pour entamer des poursuites portant sur les mêmes faits ; elle y a estimé que la décision du Conseil constitutionnel ne saurait faire obstacle à l'octroi de l'entraide administrative à l'AMF en tant qu'elle ne remet pas en cause sa compétence de recevoir l'entraide administrative

de la FINMA. En outre, se référant à l'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7195/2015 du 25 janvier 2016, l'autorité inférieure note que l'AMF constitue l'autorité compétente pour rechercher les manquements et infractions relevant des missions que lui confère l'art. 621-1 CMF ; à ses yeux, quand bien même l'on devrait admettre que la compétence de l'AMF d'engager des poursuites pour les mêmes faits et les mêmes personnes serait limitée par la décision du Conseil constitutionnel, une telle compétence ne se présenterait pas comme une condition de l'entraide.

3.1 De jurisprudence constante, l'AMF est considérée comme une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 42 al. 2 LFINMA (avant le 1^{er} janvier 2016 : art. 38 al. 2 LBVM) à laquelle l'entraide administrative peut être accordée dans la mesure où elle satisfait aux conditions exposées précédemment (cf. supra consid. 2 ; arrêt du TAF B-8397/2010 du 31 janvier 2011 consid. 4 et les réf. cit.).

3.1.1 En date du 18 mars 2015, le Conseil constitutionnel français a rendu la décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC dans laquelle il s'est prononcé sur la constitutionnalité des articles L. 465-1 et 621-15 CMF (décision disponible sur le site Internet du Conseil constitutionnel, < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2014-453/454-qpc-et-2015-462-qpc/decision-n-2014-453-454-qpc-et-2015-462-qpc-du-18-mars-2015.143440.html> >, consulté le 02.05.2016). Il a considéré que ces deux normes méconnaissaient le principe de nécessité des délits et des peines, ajoutant qu'elles devaient être déclarées contraires à la Constitution française. S'agissant des effets de cette déclaration d'inconstitutionnalité, il a affirmé qu'il ne lui appartenait pas d'indiquer les modifications qui devaient être retenues pour qu'il y soit remédié ; que l'abrogation immédiate de l'article L. 465-1 CMF et des dispositions contestées de l'article L. 621-15 du même code aurait pour effet, en faisant disparaître l'inconstitutionnalité constatée, d'empêcher toute poursuite et de mettre fin à celles engagées à l'encontre des personnes ayant commis des faits qualifiés de délit ou de manquement d'initié, que celles-ci aient ou non déjà fait l'objet de poursuites devant la commission des sanctions de l'AMF ou le juge pénal, et entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives ; que, par suite, il y avait lieu de reporter au 1^{er} septembre 2016 la date de l'abrogation de l'article L. 465-1 CMF, des dispositions contestées de l'article L. 621-15 et de celles des articles L. 466-1, L. 621-15-1, L. 621-16 et L. 621-16-1, qui en étaient inséparables. Cela étant, le Conseil constitutionnel a également prononcé qu'afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la

publication de sa décision, des poursuites ne pourraient être engagées ou continuées sur le fondement de l'article L. 621-15 CMF à l'encontre d'une personne autre que celles mentionnées au paragraphe II de l'article L. 621-9 du même code dès lors que des premières poursuites auront déjà été engagées pour les mêmes faits et à l'encontre de la même personne devant le juge judiciaire statuant en matière pénale sur le fondement de l'article L. 465-1 du même code ou que celui-ci aura déjà statué de manière définitive sur des poursuites pour les mêmes faits et à l'encontre de la même personne.

3.1.2 Certes, la décision du Conseil constitutionnel – qui n'est susceptible d'aucun recours et s'impose aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles (art. 62 al. 3 de la Constitution française du 4 octobre 1958 ; < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/les-fondements-textuels/textes-relatifs-au-conseil-constitutionnel.142949.html#58-1067> > ; < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/presentation-generale.206.html> >, consultés le 02.05.2016) – ne remet pas en cause d'une manière générale la compétence de l'AMF d'engager ou de continuer des poursuites fondées sur l'article L. 621-15 CMF ; elle la nie en revanche dans un cas de figure bien particulier, soit lorsque lesdites poursuites visent une personne ne figurant pas dans la liste du paragraphe II de l'article 621-9 CMF (désignant les entités ou personnes astreintes, en vertu des dispositions législatives et réglementaires, à des obligations professionnelles dont l'AMF veille au respect) et que des premières poursuites auront déjà été engagées pour les mêmes faits et à l'encontre de la même personne devant le juge judiciaire statuant en matière pénale sur le fondement de l'article L. 465-1 du même code ou que celui-ci aura déjà statué de manière définitive sur des poursuites pour les mêmes faits et à l'encontre de la même personne. Or, le point de savoir si la procédure diligentée par l'AMF à la base d'une requête d'entraide constitue précisément ce cas de figure se révèle indispensable en vue de statuer sur la requête. En effet, il incombe indubitablement à la FINMA d'examiner si les conditions de l'entraide s'avèrent réunies ; il lui appartient ainsi notamment de s'assurer – même sur la seule base des déclarations de l'autorité requérante, comprises selon le principe de la confiance en droit international public (cf. arrêt B-7195/2015 consid. 5 et les réf. cit.) – que les informations transmises seront utilisées exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers conformément à l'art. 42 al. 2 let. a LFINMA. À cet égard, il est vrai que le Tribunal administratif fédéral a considéré que la compétence d'une autorité requérante de sanctionner les

manquements constatés n'apparaissait pas comme une condition à l'entraide (cf. arrêt B-7195/2015 consid. 8.1) ; il a néanmoins souligné que le respect du principe de la spécialité de l'art. 38 al. 2 let. a LBVM présupposait que cette autorité ait besoin des informations requises dans le but d'accomplir des tâches propres. Or, c'est précisément sur ce point que la décision du Conseil constitutionnel s'avère susceptible de créer une incertitude sérieuse dont la dissipation se révèle indispensable à l'octroi de l'entraide : si l'entraide est requise en vue de faire avancer une procédure menée par l'AMF sur la base de l'art. L. 621-15 CMF et que cette procédure a dans l'intervalle pris fin en application de la décision précitée, il n'est, sans intervention de l'autorité requérante depuis lors ou sauf explications complémentaires dans la requête, tout simplement pas possible d'évaluer si les informations requises lui sont encore utiles et, a fortiori, pour quelle tâche relevant de l'exécution des lois sur les marchés financiers.

3.1.3 Aussi, dans un cas particulier et en raison de la décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015, il s'avère indispensable de déterminer dans un premier temps si la procédure de l'AMF à l'origine de sa demande d'entraide se révèle toujours d'actualité puis, dans le cas contraire, si les informations requises sont toujours nécessaires à l'exécution de ses tâches découlant des lois sur les marchés financiers.

3.2 En l'espèce, l'AMF, autorité de surveillance des marchés financiers à laquelle l'entraide peut en principe être accordée, a expressément fondé sa requête du 21 janvier 2015 sur l'art. L. 621-15 CMF. Elle a en outre souligné que l'utilisation d'une information privilégiée était aussi pénalement sanctionnée en application des art. L. 465-1 et 465-3 CMF ; elle ne s'est toutefois pas prononcée sur l'existence d'une procédure pénale pour les faits exposés dans sa requête. Rien n'indique, à la lecture du dossier, si une procédure pénale antérieure reposant sur l'art. L. 465-1 CMF portant sur les mêmes personnes et les mêmes faits a déjà été engagée ; la seule référence – sans aucune autre indication quelle qu'elle soit – à une information judiciaire ouverte par réquisitoire supplétif du 14 novembre 2014 mentionnée par l'autorité inférieure dans sa décision n'apporte pas suffisamment de renseignements. Qui plus est, la date de l'ouverture de sa procédure par l'AMF ne ressort ni de la requête d'entraide ni des autres éléments au dossier de sorte que l'on ignore déjà si elle est antérieure ou postérieure à l'information judiciaire. De surcroît, l'autorité inférieure n'a pas confirmé ni infirmé expressément l'affirmation de la recourante selon laquelle elle se présenterait manifestement comme une personne autre que celles énumérées au paragraphe II l'art. L. 621-9.

3.3 Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que les pièces au dossier ainsi que les écritures de la recourante et de l'autorité inférieure ne permettent pas de déterminer si la procédure diligentée par l'AMF constitue précisément le cas de figure visé par la décision du Conseil constitutionnel et si elle a, de ce fait, été stoppée. L'art. 621-1 CMF, également mentionné dans la requête d'entraide, n'apparaît pas suffisant pour accorder l'entraide déjà parce qu'il se contente d'indiquer la mission de l'AMF sans encore fixer ses compétences mais surtout parce que la décision du Conseil constitutionnel a engendré une situation peu claire qu'il est indispensable de clarifier.

4.

4.1 En vertu de l'art. 12 PA, l'autorité constate les faits d'office et procède s'il y a lieu à l'administration de preuves. La constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents se présente comme l'un des motifs de recours (art. 49 let. b PA). La constatation des faits effectuée par l'autorité compétente se révèle incomplète lorsque toutes les circonstances de fait et les moyens de preuve déterminants pour la décision n'ont pas été pris en compte ; 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 (cf. BENOÎT BOVAY, *Procédure administrative*, 2^e éd. 2015, p. 566). Sont déterminants, au sens de la disposition précitée, les faits décisifs pour l'issue du litige (cf. BENJAMIN SCHINDLER, in : *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG]*, 2008, art. 49 n° 29).

4.2 En l'espèce, ainsi que cela a été exposé précédemment (cf. supra consid. 3), les éléments au dossier ne permettent pas de répondre à la question de savoir si la procédure de l'AMF fondée sur l'art. L. 621-15 CMF dont l'entraide doit faciliter l'avancement s'avère toujours en cours. L'état de cette procédure constituait pourtant un fait pertinent au sens de l'art. 49 let. b PA – puisque déterminant pour statuer sur l'octroi de l'entraide – qu'il appartenait à l'autorité inférieure d'établir d'office. En effet, on ne saurait à l'évidence transmettre à une autorité étrangère des informations requises en vue de permettre l'avancement d'une procédure susceptible d'avoir entretemps pris fin sans au moins s'enquérir du caractère actuel de la requête. En fin de compte, eu égard aux circonstances de l'espèce, l'autorité inférieure ne peut se dispenser d'établir la réalité des faits, à savoir si les informations requises doivent et peuvent encore être utilisées par l'AMF pour l'exécution des lois sur les marchés financiers plutôt que de

se limiter, dans le dispositif de la décision d'octroi de l'entraide, à demander de les traiter de façon confidentielle conformément au MMoU et attirer expressément l'attention de l'AMF sur l'usage pouvant être fait de ces informations et documents.

4.3 Par voie de conséquence, force est de constater que l'autorité inférieure n'a pas établi d'office, de manière complète et exacte, les faits pertinents de la présente cause.

5.

La constatation inexacte et incomplète des faits pertinents ainsi établie doit conduire à l'admission du recours (art. 49 let. b PA) sans qu'il ne soit nécessaire de se pencher sur l'étendue des informations à transmettre à la lumière du principe de proportionnalité ni sur les arguments avancés par la recourante dans son écriture non sollicitée du 12 avril 2016.

6.

Aux termes de l'art. 61 al. 1 PA, l'autorité de recours statue elle-même sur l'affaire ou exceptionnellement la renvoie avec des instructions impératives à l'autorité inférieure. Si le renvoi se présente comme l'exception, il est cependant admis que le juge dispose d'une grande latitude pour décider s'il entend procéder lui-même aux mesures à prendre ou s'il renvoie l'affaire à l'administration (cf. ATAF 2014/42 consid. 7.2). Cela étant, si la réforme pré suppose un dossier suffisamment mûr pour qu'une décision puisse être prononcée, un renvoi de l'affaire à l'autorité inférieure se justifie notamment lorsque d'autres éléments de fait doivent encore être constatés et qu'une procédure probatoire approfondie et complexe doit encore être menée (cf. WEISSENBERGER/HIRZEL, in : Praxiskommentar VwVG, 2016, art. 61 n° 16 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2013, n. marg. 3.194 ; MADELEINE CAMPRUBI, in : Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, art. 61 n° 11 ; arrêt du TAF C-5942/2012 du 27 août 2014 consid. 6.1). La réforme se révèle en outre inadmissible lorsque des questions pertinentes doivent être tranchées pour la première fois. À cet égard, il importe de rappeler que, si la procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu du renvoi de l'art. 37 LTAF, celle-ci suppose l'obligation de vérifier d'office ces faits plus que de les établir puisqu'elle incombe initialement à l'autorité inférieure ainsi qu'à l'administré dans les limites de son obligation de collaborer (cf. arrêt du TAF B-7773/2015 du 16 mars 2016 consid. 2.1.1 et les réf. cit. ; arrêt du TAF C-4674/2014 du 3 mars 2016 consid. 7.1 et les réf. cit.). Un renvoi peut également se justifier par les tâches différentes

ainsi que les fonctions et moyens respectifs dont disposent les diverses instances appelées à se succéder au cours de la procédure (cf. ATF 131 V 407 consid. 2.1.1 ; CAMPRUBI, op. cit., art. 61 n° 12) ou pour éviter que l'autorité de recours n'outrepasse ses compétences en examinant de son propre chef et en tranchant, en instance unique, des questions déterminantes n'ayant jamais été discutées auparavant, privant ainsi les parties recourantes d'une voie de recours (cf. notamment ATAF 2011/42 consid. 8 et 2010/46 consid. 4; voir également WEISSENBERGER/HIRZEL, op. cit., art. 61 n° 17 ; MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, n° 5.8.4.3, pp. 826 à 828 ; CAMPRUBI, op. cit., art. 61 n° 11). Comme exposé précédemment, l'autorité inférieure n'a, en l'espèce, pas suffisamment établi les faits pertinents, soit en particulier les éventuelles conséquences de la décision du Conseil constitutionnel sur la procédure diligentée par l'AMF comme fondement de sa requête d'entraide à telle enseigne que l'examen des conditions de l'entraide s'avère impraticable. Dans ces conditions, l'affaire n'est pas à même d'être jugée. La décision litigieuse doit donc être annulée et la cause renvoyée à l'autorité inférieure afin qu'elle entreprenne les mesures d'instruction nécessaires et rende une nouvelle décision dans le sens des considérants.

7.

7.1 Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1, 1^{ère} phrase, et 4 FITAF). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (art. 63 al. 2 PA). Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu de percevoir des frais de procédure. L'avance sur les frais de 3'000 francs versée par la recourante le 11 février 2016 lui est restituée.

7.2 L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA). La partie qui obtient gain de cause a droit aux dépens pour les frais nécessaires causés par le litige (art. 7 al. 1 FITAF). Lorsqu'une partie n'obtient que partiellement gain de cause, les dépens auxquels elle peut prétendre sont réduits en proportion (art. 7 al. 2 FITAF). Les dépens

comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (art. 8 FITAF). Les frais de représentation comprennent notamment les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF) lesquels sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au Tribunal, avant le prononcé, un décompte détaillé de leurs prestations, à défaut duquel le Tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 al. 1 et 2 FITAF).

In casu, la défense de la recourante a nécessité les services d'un avocat dûment mandaté par procuration à cet effet. Aucun décompte n'a été transmis au Tribunal de céans. En tenant compte du barème précité et de l'issue du recours, une indemnité fixée à 3'600 francs, TVA comprise, est équitablement allouée à la recourante à titre de dépens pour la procédure de recours. Ces dépens sont mis à la charge de l'autorité inférieure (art. 64 al. 2 PA).

8.

Le présent arrêt est définitif (art. 83 let. h de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis.

2.

Partant, la cause est renvoyée à l'autorité inférieure afin qu'elle rende une nouvelle décision sur la base des considérants.

3.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance sur les frais de 3'000 francs versée par la recourante lui est restituée.

4.

Un montant de 3'600 francs (TVA comprise) à titre de dépens est alloué à la recourante et mis à la charge de la FINMA.

5.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (recommandé ; annexes : pièces en retour et formulaire « adresse de paiement ») ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; recommandé ; annexe : dossier en retour).

Le président du collège :

La greffière :

Jean-Luc Baechler

Fabienne Masson

Expédition : 18 mai 2016