



Cour II
B-3768/2017

Arrêt du 8 novembre 2017

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Daniel Willisegger, Ronald Flury, juges,
Ivan Jabbour, greffier.

Parties

A. _____ SA,
représentée par Maîtres Daniel Tunik et Téo Genecand,
avocats,
recourante,

contre

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

Objet

Violation des obligations de diligence en matière de
blanchiment d'argent, publication d'un communiqué de
presse, demande de restitution de l'effet suspensif et de
mesures provisoires urgentes.

Vu

la décision de la FINMA du 30 juin 2017 constatant notamment que la recourante avait gravement enfreint le droit de la surveillance (ch. 1 du dispositif),

la communication par la FINMA à la recourante par courriel du 4 juillet 2017 de son intention de publier sur son site Internet, le 6 juillet 2017 à 10h00, un communiqué de presse dédié à la clôture de la procédure d'enforcement diligentée à l'encontre de celle-ci et aux principales constatations qui en découlent, et invitant la recourante à lui faire part d'éventuelles observations jusqu'au 5 juillet 2017 à 16h00,

la prise de position de la recourante du 5 juillet 2017 demandant à la FINMA de renoncer à la publication,

le recours daté du 5 juillet 2017 anticipé par courriel du même jour et déposé le 6 juillet 2017 par la recourante contre l'acte de la FINMA du 4 juillet 2017 avec requête urgente de restitution de l'effet suspensif et de mesures provisionnelles,

la déclaration faite au Tribunal de céans par la FINMA par téléphone et courriel du 6 juillet 2017 qu'elle ne procédera pas à la publication avant qu'il n'ait été statué sur la demande de mesures,

la décision incidente du Tribunal de céans du 6 juillet 2017 admettant la demande de restitution de l'effet suspensif,

le courrier de la recourante du 12 juillet 2017 dans lequel elle a précisé que le recours du 6 juillet 2017 était dirigé uniquement contre l'acte du 4 juillet 2017 et non pas contre la décision du 30 juin 2017, ajoutant que ce courriel remplissait tous les critères d'une décision au sens matériel malgré son absence de formalisation, et déclarant que la FINMA l'avait informée oralement de son intention de procéder à la publication malgré son opposition manifestée le 5 juillet 2017,

les déterminations de la FINMA du 24 juillet 2017 concluant à l'irrecevabilité de la requête de mesures déposée par la recourante, subsidiairement à son rejet, expliquant en particulier que le courriel du 4 juillet 2017 ne constitue pas une décision susceptible de recours,

les observations de la recourante du 10 août 2017 maintenant son opinion quant à la qualité de décision de l'acte contesté et reprochant à la FINMA

d'avoir refusé de rendre une décision au sens formel alors même qu'elle avait immédiatement manifesté son opposition à la publication envisagée et avait droit à se voir notifier une telle décision,

et considérant

qu'à teneur de l'art. 31 LTAF, le Tribunal administratif fédéral est compétent pour juger des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA rendues par l'une des autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF dont la FINMA fait partie,

qu'en l'espèce, se pose la question de savoir si le courriel de la FINMA du 4 juillet 2017 constitue une décision,

que lorsqu'il s'agit de qualifier un acte de décision, il n'est pas nécessaire que les exigences formelles prévues aux art. 34 s PA soient remplies,

qu'est déterminant le fait que l'acte en question revête les caractéristiques matérielles d'une décision, cela indépendamment de la volonté de l'autorité ou de celle de l'administré (cf. ATF 143 III 162 consid. 2.2.1),

que selon l'art. 5 al. 1 PA, sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet, soit de créer, modifier ou annuler des droits ou des obligations (let. a), soit de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de tels droits ou obligations (let. b), soit encore de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à un tel but (let. c),

qu'autrement dit, il doit s'agir d'un acte de souveraineté unilatéral fondé sur le droit public par lequel une autorité règle, dans un cas individuel et concret, un rapport de droit de manière contraignante et obligatoire (cf. ATF 139 V 72 consid. 2.2.1),

qu'un acte ne peut déjà être qualifié de décision du fait qu'il touche d'une manière ou d'une autre à la situation juridique d'un administré (cf. arrêt du TF 2C_1097/2014 du 6 octobre 2015 consid. 3.1),

que ne constituent en particulier pas des décisions les actes dits matériels (*Realakte*) de l'autorité soit ceux qui ne sont pas destinés à produire un effet juridique contraignant mais ne tendent qu'à un résultat purement de fait (*Taterfolg*) (cf. ATF 130 I 369 consid. 6.1),

que, notamment, de simples déclarations telles que des opinions, des communications, des prises de position, des recommandations ou des renseignements n'entrent pas dans la catégorie des décisions, faute de caractère juridique contraignant (cf. arrêt du TF 8C_220/2011 du 2 mars 2012 consid. 4.1.2),

que le courriel adressé par la FINMA à la recourante afin de l'informer de son intention de publier un communiqué de presse la concernant ne crée pas pour celle-ci des droits ou des obligations et doit dès lors être assimilé à un acte matériel tout comme le communiqué lui-même (cf. ordonnance du TF du 11 janvier 2012 dans la cause B-19/2012 concernant une situation similaire à celle qui se présente en l'espèce ; arrêt du TAF A-5323/2012 du 6 novembre 2012 concernant la publication par une autorité d'un rapport et d'un communiqué de presse ; URS ZULAUF ET AL., Finanzmarktenforcement, 2^e éd. 2014, p. 306 ss ; FRANÇOIS RAYROUX/SHELBY DU PASQUIER, in : Basler Kommentar Börsengesetz – Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2^e éd. 2011, n°46 s. ad art. 22 LFINMA),

que le fait qu'elle soit citée nommément dans le communiqué prévu ne change rien à la caractérisation du courriel en tant qu'acte matériel,

que, par ailleurs, une publication non anonymisée constituerait certes une atteinte à sa situation juridique mais ne réglerait pas pour autant un rapport de droit de manière contraignante,

que le courriel de la FINMA du 4 juillet 2017 ne revêt dès lors pas les caractéristiques matérielles d'une décision et ne peut donc faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal de céans,

que la recourante reproche en outre à la FINMA d'avoir refusé de rendre une décision au sens formel alors qu'elle avait manifesté son opposition à la publication,

qu'elle ne fait cependant pas valoir explicitement un déni de justice comme motif de son recours,

qu'en vertu de l'art. 46a PA, le recours est en effet recevable si, sans en avoir le droit, l'autorité saisie s'abstient de rendre une décision sujette à recours ou tarde à le faire,

que le recours pour déni de justice n'est recevable que si l'administré a sollicité de l'autorité compétente qu'elle rende une décision à laquelle il a droit (cf. arrêt du TF 1C_165/2009 du 3 novembre 2009 consid. 2.2),

que la recourante explique avoir adressé le 5 juillet 2017 un courriel à la FINMA priant celle-ci de bien vouloir lui confirmer avant 16h qu'elle renonçait à la publication envisagée du communiqué de presse,

que la recourante indique dans ces écritures avoir également pris contact par téléphone avec la FINMA,

que cette dernière aurait répondu qu'elle n'entendait pas revenir sur son intention de publier le communiqué le lendemain,

qu'il ne ressort pas du dossier que la recourante ait requis de la FINMA une décision formelle,

que, par conséquent, il ne peut être conclu que la FINMA ait commis un déni de justice,

que le recours du 6 juillet 2017 doit par conséquent être déclaré irrecevable,

que, l'effet suspensif ainsi que les autres mesures provisionnelles en vertu des art. 55 s. PA ne pouvant intervenir que dans le cadre d'une procédure de recours dirigée contre une décision au sens de l'art. 5 PA (cf. REGINA KIENER, in : Auer/Müller/Schindler (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2008, n° 4 ad art. 55 et n° 5 ad art. 56), le Tribunal de céans ne peut donner suite aux conclusions topiques de la recourante,

que même si la FINMA a exposé les motifs de la publication du communiqué de presse, le Tribunal de céans ne peut retenir l'existence d'une décision au sens de l'art. 5 PA par économie de procédure, comme la recourante y conclut,

que la recourante dispose en revanche de la possibilité d'exiger de la FINMA qu'elle s'abstienne de publier le communiqué de presse en se fondant sur l'art. 25a al. 1 let. a PA ou le cas échéant sur l'art. 25a al. 1 let. a de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1 ; LPD) auxquels elle s'est d'ailleurs référée dans ses déterminations,

qu'en procédant de la sorte, elle peut en vertu de l'art. 25a al. 2 PA obtenir de l'autorité une décision qui serait alors susceptible de recours auprès du Tribunal de céans,

que, dans la mesure où la recourante entend fonder son recours sur les articles précités et attendu qu'il ne ressortit pas à la compétence du Tribunal administratif fédéral de rendre une décision sur cette base mais à celle de la FINMA, le Tribunal de céans doit pour ce motif également rendre une décision d'irrecevabilité (art. 9 al. 2 PA),

qu'attendu que la recourante a clairement requis une décision sur recours, il n'y pas lieu de renvoyer la requête à la FINMA comme objet de sa compétence en application de l'art. 8 al. 1 PA (cf. MICHEL DAUM, in : Auer/Müller/Schindler (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2008, n° 8 ad art. 8 ; THOMAS FLÜCKIGER, in : Waldmann/Weissenberger (éd.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2^e éd. 2016, n° 11 ad art. 8 et n° 9 ad art. 9),

que sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de mettre les frais de procédure, d'un montant de 1'500 francs à la charge de la recourante (art. 63 al. 1 PA et art. 1 ss du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]),

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

le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est irrecevable.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 1'500 francs, sont mis à la charge de la recourante. Cette somme sera compensée par l'avance de frais du même montant déjà versée dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire, anticipé par fax) ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; acte judiciaire, anticipé par fax).

Le président du collège :

Le greffier :

Jean-Luc Baechler

Ivan Jabbour

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 : 9 novembre 2017