

23 NOV. 2023

NL + ASB + AR

Acte judiciaire

B-4024/2023

Maîtres
Alexandra Simonetti et Nicolas Rouiller
SwissLegal Rouiller &
Associés Avocats SA
Rue du Grand-Chêne 1-3
Case postale 7501
1002 Lausanne



Cour II
B-4024/2023

Décision de radiation du 22 novembre 2023

Composition

Jean-Luc Baechler, juge unique,
Fabienne Masson, greffière.

Parties

Bity SA,
Rue des Usines 44, 2000 Neuchâtel,
représentée par Maîtres Alexandra Simonetti et
Nicolas Rouiller, avocats,
Étude SwissLegal Rouiller & Associés Avocats SA,
Rue du Grand-Chêne 1-3, Case postale 7501,
1002 Lausanne,
recourante,

contre

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

Objet

Déni de justice.

Faits :**A.**

Par courrier du 17 février 2023, Bity SA (ci-après : la recourante) a requis de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA (ci-après : l'autorité inférieure) qu'elle constate que l'art. 51a de l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent du 3 juin 2015 (OBA-FINMA, RS 955.033.0) ne s'appliquait pas à elle.

A.a Par courrier électronique du 21 février 2023, l'autorité inférieure a relevé que la recourante était affiliée à un organisme d'autorégulation. Elle a indiqué que ce dernier, et non elle, était compétent pour l'examen des requêtes des membres affiliés à un tel organisme.

A.b Par pli du 16 mars 2023, la recourante a, en substance, contesté l'incompétence de l'autorité inférieure. Elle a signalé que, dans l'hypothèse où celle-ci refuserait de rendre une décision en constatation, elle se prévaudrait d'un déni de justice auprès de l'autorité de recours.

A.c Par courrier du 2 mai 2023, l'autorité inférieure a persisté à nier sa compétence. Elle a informé la recourante qu'elle rendrait, sur demande, une décision susceptible de recours et payante ; si la recourante souhaitait une telle décision, une demande écrite ainsi que d'éventuels compléments définitifs devaient lui être communiqués jusqu'au 2 juin 2023.

A.d En date du 2 juin 2023, la recourante a prié l'autorité inférieure de rendre une décision avec indication des voies de droit.

B.

Par écritures du 19 juillet 2023, la recourante a formé recours pour déni de justice auprès du Tribunal administratif fédéral. Elle formule les conclusions suivantes :

« À titre préalable et incident :

- I. L'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) est invitée à produire toute correspondance entre la FINMA et les CFF ou Sweepay AG en relation avec les opérations en cryptomonnaies sur leurs distributeurs automatiques.
- II. La FINMA est également invité à produire toute communication du GAFI à l'attention des autorités suisses (dont la FINMA) et tout rapport ou document de travail en lien avec l'imposition des nouvelles exigences sises à l'art. 51a OBA-FINMA.

- III. La FINMA est également invitée à produire les échanges entre la FINMA et l'OAR VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen en rapport avec l'adoption et l'approbation des modifications de son règlement, notamment de l'art. 24bis.

Au fond, principalement :

- IV. Le recours est admis.
- V. Il est constaté que l'Autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA) a violé l'interdiction du déni de justice formel en ne statuant pas malgré la requête du 17 février 2023 de la société Bity SA et les relances qu'elle a formées en particulier le 16 mars 2023 et le 2 juin 2023.
- VI. Il est constaté que l'art. 24bis du règlement de l'organisme d'autosurveillance (OAR) VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen est contraire au droit fédéral, en particulier en ceci qu'il est dépourvu de base légale valable, et ne s'applique dès lors pas aux activités de Bity SA.
- VII. Il est constaté que les activités de Bity SA ne sont pas soumises à l'application du Titre 5 de l'OBA-FINMA, en particulier son art. 51a, et en particulier de l'al. 1bis dudit article 51s, en ce qui concerne les distributeurs automatiques de cryptomonnaies.

Subsidiairement aux ch. VI et VII

- VIII. La cause est renvoyée à la FINMA afin qu'elle rende une décision dans le sens des considérants. »

C.

Par décision du 6 octobre 2023, l'autorité inférieure a déclaré la demande de la recourante du 2 juin 2023 irrecevable au motif qu'elle s'estimait incompétente pour rendre la décision en constatation demandée.

D.

Invitée à se prononcer sur le recours, l'autorité inférieure conclut principalement à ce qu'il soit déclaré sans objet et rayé du rôle au terme de sa réponse du 12 octobre 2023 ; subsidiairement, elle conclut à son rejet, dans la mesure de sa recevabilité.

E.

La recourante a déposé des remarques en date du 5 novembre 2023.

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).

2.

À teneur des art. 31 et 33 let. d LTAF en relation avec l'art. 54 LFINMA, il est du ressort du Tribunal administratif fédéral de juger des recours contre les décisions rendues par la FINMA. En outre, en vertu de l'art. 46a PA, le recours est également recevable si, sans en avoir le droit, l'autorité saisie s'abstient de rendre une décision sujette à recours ou tarde à le faire (recours pour déni de justice). Le recours pour déni de justice doit être adressé à l'autorité qui aurait été compétente pour connaître du recours contre la décision qui n'a précisément pas été rendue (cf. arrêt du TAF B-2367/2020 du 13 décembre 2022 consid. 6.1 non publié à l'ATAF 2022 IV/7 et la réf. cit. ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 3^e éd. 2022, n. 5.18 ; Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4206). Il s'ensuit que le Tribunal administratif fédéral s'avère compétent pour statuer sur le présent recours.

3.

3.1 En cas de recours pour déni de justice, l'objet du litige est limité au point de savoir si un tel déni de justice est réalisé, le recourant ne pouvant dans ce cadre que conclure à l'accomplissement, par l'autorité dont il se plaint, de l'acte en lien avec lequel il dénonce un retard ou un refus de statuer ; l'objet du litige ne s'étend ainsi pas aux droits et obligations matériels pouvant résulter du fond de la cause (cf. arrêt du TF 8C_162/2022 du 9 août 2022 consid. 4.2 et les réf. cit.). En outre, conformément à sa teneur, l'art. 46a PA présuppose qu'aucune décision susceptible de recours n'ait été rendue. En effet, l'intérêt digne de protection (art. 48 let. c PA) – qui doit être actuel et pratique (cf. ATAF 2014/48 consid. 1.3.3) – réside précisément dans le fait d'inciter l'autorité défaillante à agir (cf. UHLMANN/WÄLLE-BÄR, in : *Praxiskommentar VwVG*, 3^e éd. 2023, art. 46a PA n° 6). Or, cet intérêt actuel est requis aussi bien au moment du dépôt du recours que lors du prononcé de la décision sur recours. S'il existe au moment du dépôt du recours mais disparaît au cours

de la procédure, celle-ci doit être rayée du rôle, car elle est devenue sans objet, à moins qu'il y ait lieu exceptionnellement de faire abstraction de l'intérêt actuel (cf. arrêt du TAF B-2421/2013 du 14 avril 2015 p. 8 ; ALAIN WURZBURGER, in : Commentaire de la LTF, 3^e éd. 2022, art. 89 n° 29).

3.2 En l'espèce, l'autorité inférieure a rendu le 6 octobre 2023 la décision dont la recourante requérait la notification. Dans ces circonstances et compte tenu de l'objet du litige tel que défini précédemment, les conclusions qu'elle a formulées dans son recours ne peuvent forcément qu'être irrecevables – parce qu'elles s'écartent de l'objet du litige – ou sans objet. On peut encore relever que la recourante ne peut pas se prévaloir d'un intérêt digne de protection au sens de l'art. 48 let. c PA à faire constater un éventuel retard à statuer de l'autorité inférieure. Les conditions pour que le tribunal de céans entre exceptionnellement en matière sur le fond malgré l'absence d'intérêt pratique et actuel au recours ne sont en outre pas réunies (cf. ATF 136 I 274 consid. 3 ; 135 I 79 consid. 1.1).

3.3 Il en découle que le recours doit être déclaré sans objet dans la mesure de sa recevabilité.

4.

Selon l'art. 5 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), 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 ; si la procédure est devenue sans objet, sans que cela soit imputable aux parties, les frais de procédure sont fixés au vu de l'état des faits avant la survenance du motif de liquidation (voir aussi l'art. 63 al. 1 PA). Selon l'art. 15 FITAF, lorsqu'une procédure devient sans objet, le tribunal examine s'il y a lieu d'allouer des dépens ; l'art. 5 s'applique par analogie à la fixation des dépens (voir aussi l'art. 64 al. 1 PA).

En matière de déni de justice formel, la décision attendue de l'autorité inférieure ne peut être considérée comme ayant occasionné l'issue du litige sous l'angle des frais et dépens (cf. décision de radiation du TAF B-7688/2009 du 23 décembre 2009 p. 3). Il faut en effet éviter qu'un administré qui déposerait un recours pour déni de justice trop précocement puisse échapper à des frais et se voir attribuer des dépens en lien avec une décision rendue dans un délai admissible.

Pour cette raison, il convient, comme le Tribunal fédéral en pareils cas, de statuer sur les frais et dépens afférents à la procédure engagée par une décision sommairement motivée, en tenant compte de l'état de fait existant avant l'événement mettant fin au litige et de l'issue probable de celui-ci (cf. ATF 142 V 551 consid. 8.2 ; 125 V 373 consid. 2a ; décisions de radiation du TAF C-8259/2015 du 27 septembre 2016 consid. 3 ; B-7688/2009 du 23 décembre 2009 p. 3). Le tribunal doit commencer par déterminer l'issue probable du litige. S'il n'est pas en mesure de le faire sur le vu du dossier, il doit appliquer les principes généraux du droit de procédure, lesquels commandent de mettre les frais et dépens à la charge de la partie qui a provoqué la procédure devenue sans objet ou chez qui résident les motifs pour lesquels elle a pris fin de la sorte (cf. ATF 118 la 488 consid. 4a ; arrêts du TF 5A_18/2013 du 1^{er} juillet 2013 consid. 3.1.1 ; 5A_517/2008 du 11 décembre 2008 consid. 2.1).

5.

5.1 En vertu de l'art. 29 al. 1 Cst., toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable (cf. ATF 143 IV 373 consid. 1.3.1). Le caractère raisonnable du délai s'apprécie selon les circonstances particulières de la cause, compte tenu notamment de la complexité de l'affaire, du comportement du requérant et de celui des autorités compétentes, ainsi que de l'enjeu du litige pour l'intéressé (cf. ATF 135 I 265 consid. 4.4 ; 130 IV 54 consid. 3.3.3 ; 130 I 312 consid. 5.1 ; arrêt du TF 2C_264/2017 du 16 juin 2017 consid. 3.1). Peu importe les raisons du retard ; un manque d'organisation ou une surcharge de travail n'empêchent pas de reprocher un retard injustifié. Le seul élément déterminant est que l'autorité n'agit pas dans les délais (cf. ATF 144 II 486 consid. 3.2 ; 135 I 265 consid. 4.4).

5.2 En l'espèce, la première demande de la recourante à la FINMA a été formée le 17 février 2023. Se référant à l'art. 5 al. 1 let. c PA, elle a requis de la FINMA qu'elle constate qu'elle n'était pas soumise à l'art. 51a al. 1 OBA-FINMA, ce qu'elle a réitéré dans son courrier du 16 mars 2023. L'autorité inférieure lui a fait savoir par deux fois, soit le 21 février 2023 puis le 2 mai 2023, qu'elle s'estimait incompétente. Dans ce second courrier, elle lui a imparti un délai au 2 juin 2023 pour qu'elle demande formellement une décision susceptible de recours. La recourante lui a adressé une telle demande au terme du délai imparti pour finalement former recours pour déni de justice auprès du Tribunal administratif fédéral le 19 juillet. Si l'autorité inférieure n'avait en principe qu'à confirmer, dans sa décision, la

position déjà exprimée par deux fois, il lui incombait de motiver sa position. Or, lorsque la recourante a déposé son recours pour déni de justice, il s'était écoulé à peine plus de six semaines d'inactivité. Telle durée n'apparaît à l'évidence pas excessive au point de constituer une violation de l'art. 29 al. 1 Cst. Dans ces conditions, on ne peut donc pas conclure que l'issue probable du recours pour retard injustifié aurait été une admission.

5.3 Comme la recourante aurait succombé, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à 1'000 francs, doivent être intégralement mis à sa charge. Ce montant est prélevé sur l'avance de frais de 3'000 francs versée le 25 juillet 2023. Le solde de 2'000 francs lui sera restitué à l'entrée en force de la présente décision.

La recourante n'a pas droit à des dépens.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral ordonne :

1.

Le recours est sans objet, dans la mesure où il est recevable. Partant, l'affaire est radiée du rôle.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 1'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est prélevé sur l'avance de frais de 3'000 francs déjà perçue. Le solde de 2'000 francs sera restitué à la recourante dès l'entrée en force de la présente décision.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

La présente décision est adressée à la recourante et à l'autorité inférieure.

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le juge unique :

La greffière :



Jean-Luc Baechler


Fabienne Masson

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). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

ML+ASB+AR
(23.12.23 = scum)
@ 22.12.23

Expédition : 22 novembre 2023

La présente décision est adressée :

- à la recourante (acte judiciaire ; annexe : formulaire « Adresse de paiement ») ;
- à l'autorité inférieure (acte judiciaire).



No de dossier : B-4024/2023
Bity SA
baj/maf/asz

Adresse de paiement

Nous vous prions de remplir ce formulaire ou de joindre un bulletin de versement (**ne pas joindre de BV Code QR avec no. de référence s.v.p.**) et de nous le retourner **dans les 30 jours** au moyen de l'enveloppe-réponse annexée à l'adresse Tribunal administratif fédéral, case postale, 9023 St-Gall.

Titulaire du compte ^[1] _____

Adresse _____

Compte bancaire :

Nom de la banque _____

Adresse de la banque _____

No de compte/*IBAN _____

No *SWIFT _____

***Les numéros IBAN ou SWIFT doivent impérativement être mentionnés pour les transferts à l'étranger!**

Lieu et date

Signature

Cour		Finances + Controlling TAF	
Restitution	CHF	Comptabilisation	
Honoraires officiels	CHF	Visa	
Indemnités aux parties / dépens	CHF	Date	
Date			
Signature			

[1] Le titulaire du compte est en principe la partie ou le/la mandataire. Le tribunal ne fait de versement à des tiers que sur présentation d'une déclaration de cession écrite (v. page suivante).

Déclaration de cession

Par la présente, je, soussigné/e,

nom, prénom : _____

adresse : _____

NPA, localité : _____

pays : _____

né/e le _____ (date) à _____ (localité et pays)

déclare céder intégralement ma créance (remboursement) d'un montant de CHF _____, due au titre de la procédure de recours B-4024/2023 devant le Tribunal administratif fédéral à St-Gall, à la personne suivante :

appel : _____

nom, prénom : _____

adresse : _____

NPA, localité : _____

pays : _____

et autorise par ma signature le Tribunal administratif fédéral à verser la créance cédée sur le compte de l'intéressé/e :

nom de la banque : _____

localité de la banque : _____

n° de clearing : _____

n° de compte IBAN : _____

Lieu, date

Signature

Post CH AG



GAS/ECR/ICR

nicht frankieren
ne pas affranchir
non affrancare

50404184
000003

SWISS POST 

A



nder:

**Bundesverwaltungsgericht
Abteilungskanzlei II
Postfach
9023 St.Gallen**

Lettre Acte judiciaire

Numéro de l'envoi: 98.03.019534.00048255

Distribué

23 novembre 2023

Suivi des envois

23 novembre 2023 07:50	Distribué via case postale 1001 Lausanne 1 cases
23 novembre 2023 06:53	Arrivée à l'office de retrait /à l'office de distribution 1001 Lausanne 1 cases
23 novembre 2023 03:31	L'envoi a été trié en vue de sa distribution 1300 Eclépens Centre Courrier
22 novembre 2023 22:07	Demande de réexpédition déclenchée 8010 Zürich Briefzentrum
22 novembre 2023 22:07	L'envoi a été trié en vue de sa distribution 8010 Zürich Briefzentrum
22 novembre 2023 19:02	Moment du dépôt de l'envoi 9200 Gossau LZB Annahme
22 novembre 2023 16:44	Votre envoi sera bientôt transmis à la poste

23 NOV. 2023

GU

9200 Gossau SG

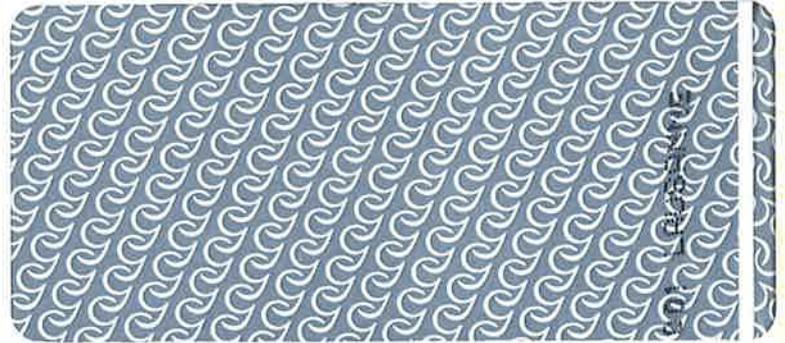
PP



98.03.019534.00048255

GU / AJ / AG

Post CH AG



CASE POSTALE 1344/1001 LUGANO

ndesverwaltungsgericht
bunal administratif fédéral
bunale amministrativo federale
bunal administrativ federal