Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour II
B-2771/2011

Arrêt du 9 octobre 2012

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Philippe Weissenberger et Ronald Flury, juges ;
Fabienne Masson, greffière.

Parties

1. **A.**_____ **SA**,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____,
4. **D.**_____ **société en commandite de placements collectifs en formation**,
5. **E.**_____ **SA en formation**,

tous représentés par Maîtres Raffaele Rossetti et Céline Courbat, avocats,
recourants,

contre

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

Objet

Refus d'autorisation d'une société en commandite de placements collectifs / déni de justice.

Faits :

A.
Par requête du 1er mars 2011, parvenue à sa destinataire le 11 mars 2011, A._____ SA, représentée par C._____ et B._____, a sollicité une autorisation pour la mise en place d'une société en commandite de placements collectifs (ci-après : SCPC) en faveur de D._____ SCPC auprès de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) afin d'investir dans le domaine de la promotion immobilière principalement dans le Canton de X._____.

B.
Par courrier du 31 mars 2011 adressé à A._____ SA de même qu'à C._____ et B._____, la FINMA leur a signifié que, sur la base des informations en sa possession, les trois variantes proposées visant à mettre en œuvre la politique de placement de la société ne permettaient pas de conclure que D._____ SCPC remplissait les conditions d'un placement collectif. En conséquence, elle a jugé que celle-ci ne pouvait pas être autorisée en l'état et que son contrat de société ne pouvait pas être approuvé.

C.

C.a Par pli du 4 avril 2011, A._____ SA a accusé réception du courrier précité et invité la FINMA à rendre une décision comprenant les motivations ainsi que les voies de recours.

C.b Le 18 avril 2011, la société prénommée a constaté être sans nouvelles de la FINMA. Elle a indiqué que, de ce fait et en raison des effets du courrier du 31 mars 2011, elle ne pouvait que considérer ce dernier comme une décision. En outre, elle a informé la FINMA de son intention de recourir. Par la suite, elle a de nouveau exposé sa volonté de recourir par lettre du 3 mai 2011, demandant à la FINMA de prendre position sur cette manière de procéder.

C.c Par courrier du 10 mai 2011, A._____ SA s'est référée à quatre requêtes de projets de SCPC (dont celle concernant D._____ SCPC) ; elle a prié la FINMA de lui soumettre l'état de fait préalablement à toute décision, afin qu'elle prenne position, et de lui rendre accessibles tous ses actes relatifs aux dossiers susmentionnés.

D.
Par écritures du 13 mai 2011, mises à la poste le même jour, A._____

SA, B._____, C._____, D._____ SCPC en formation (représentée par A._____ SA) et E._____ SA en formation (représentée par B._____ et C._____) (ci-après : les recourants) ont recouru contre ce courrier auprès du Tribunal administratif fédéral. Sous suite de frais et dépens, ils concluent principalement à l'admission du recours et à la modification de la décision de la FINMA du 31 mars 2011 en ce sens que l'autorisation de la SCPC est accordée à D._____ et son contrat de société est approuvé. À titre subsidiaire, ils concluent à l'admission du recours, à l'annulation de la décision de la FINMA du 31 mars 2011 et au renvoi de la cause à la FINMA pour qu'elle rende une nouvelle décision accordant à D._____ l'autorisation de la SCPC et approuve son contrat de société.

S'agissant du respect des conditions de recevabilité de leur recours, les recourants notent que le courrier du 31 mars 2011 de la FINMA rejette la requête d'autorisation et d'approbation du 1er mars 2011 en faveur de D._____ ; ils soulignent que ce pli constitue une décision, ayant pour objet de rejeter une requête tendant à créer des droits et disposant d'un caractère juridique contraignant dans la mesure où il empêche la constitution de D._____.

E.
Le 16 mai 2011, la FINMA − n'ayant pas encore eu connaissance du dépôt du recours − a rappelé à la recourante 1 la teneur de son courrier du 31 mars 2011, concluant qu'il ne constitue pas une décision. Elle a par ailleurs invité A._____ SA à prendre contact avec elle afin de convenir d'une séance en ses locaux au cours de laquelle la société aurait notamment l'occasion de lui exposer en détail les modalités de l'activité future de D._____.

F.
Invitée à se déterminer sur le recours, l'autorité inférieure a conclu à son irrecevabilité sous suite de frais au terme de ses remarques responsives du 29 juin 2011. Elle explique avoir, le 31 mars 2011, informé par téléphone B._____ pour A._____ SA que l'état de fait ne s'avérait pas suffisamment clair pour que la FINMA puisse se prononcer sur la requête, précisant qu'un courrier y relatif lui serait adressé le jour même. Elle estime avoir, dans son courrier du 31 mars 2011, attiré l'attention de la requérante sur le fait que, en l'état, D._____ SCPC en formation ne saurait être autorisée ni son contrat approuvé. Elle souligne que le 4 avril 2011, A._____ SA a accusé réception du courrier précité et sollicité de la FINMA qu'elle rende une décision comprenant les motivations ainsi que

des voies de recours. Après avoir encore exposé les contacts ultérieurs, écrits ou oraux, avec la recourante 1, elle constate que la condition liminaire à tout recours − à savoir une décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative − n'est en aucun cas donnée. Rappelant la définition et les éléments constitutifs d'une décision au sens de la norme précitée, elle juge que son courrier du 31 mars 2011 − marquant une étape parmi d'autres dans la procédure d'autorisation − ne se présente pas comme une décision mais comme un courrier explicatif voire un préavis. De surcroît, elle note que le courrier du 31 mars 2011 ne remplit aucune des exigences formelles d'une décision selon l'art. 35 de la loi fédérale sur la procédure administrative. En outre, elle ajoute que la capacité de partie n'est pas donnée pour les recourants 4 et 5.

G.
Par réplique du 5 août 2011, les recourants ont confirmé les conclusions prises dans leur recours du 13 mai 2011. Ils contestent les faits tels que présentés par la FINMA, y apportant certains correctifs. Par ailleurs, ils estiment que la FINMA, après avoir procédé à un examen matériel, a conclu à un refus exprès et catégorique de l'autorisation en faveur de D._____ ainsi que de l'approbation de son contrat dans le dispositif de son courrier du 31 mars 2011. Ils allèguent que cette communication − n'indiquant aucun élément de la requête qui devrait être corrigé ou modifié, ne contenant aucune invitation à compléter le dossier et ne fixant aucun délai pour y procéder − ne saurait être considérée comme un courrier explicatif voire un préavis. Ils déclarent avoir déjà prouvé que la FINMA a procédé à un examen matériel circonstancié des techniques d'investissement de D._____, soutenant que l'investissement entrepreneurial actif constitue un obstacle à l'autorisation et à l'approbation d'une SCPC pour projets immobiliers et de construction, refusant donc toute autorisation et approbation.

H.
Dans ses observations du 7 septembre 2011, l'autorité inférieure maintient ses conclusions tendant à ce que le recours interjeté le 13 mai 2011 soit déclaré irrecevable avec suite de frais.

I.
Dans leurs déterminations du 26 septembre 2011, les recourants ont élargi leurs conclusions et requis du Tribunal de céans, pour le cas où il ne considérerait pas le courrier du 31 mars 2011 comme une décision au sens de la loi fédérale sur la procédure administrative, de constater de

façon encore plus subsidiaire le déni de justice perpétré par la FINMA au cours de la procédure d'autorisation ainsi que du recours et de lui renvoyer les actes afin qu'elle rende une décision. Ils ont en outre demandé au Tribunal, par voie encore plus subsidiaire, de constater le retard injustifié et de renvoyer les actes à la FINMA afin qu'elle décide au plus tard le 30 novembre 2011 sur la requête d'autorisation et d'approbation de D._____ SCPC en formation et de E._____ FR SA en formation.

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 des art. 31 et 33 let. d de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) en relation avec l'art. 54 de la loi sur la surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (LFINMA, RS 956.1), il est du ressort du Tribunal administratif fédéral de juger des recours contre les décisions rendues par la FINMA.

À ce stade, il convient d'examiner si l'acte querellé du 31 mars 2011 constitue une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. b de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) attaquable auprès du Tribunal administratif fédéral.

1.2 Se référant à la notion de décision, les recourants constatent que le pli de la FINMA du 31 mars 2011 − qu'ils qualifient précisément de décision − rejette la requête d'autorisation et d'approbation du 1er mars 2011 de D._____ ; elle avait ainsi pour objet de rejeter une requête tendant à créer des droits ; à leurs yeux, ce courrier jouit d'un caractère juridique contraignant dans la mesure où il a pour effet d'empêcher la constitution de la société précitée. Ils ajoutent que la forme d'une lettre ne s'oppose pas à la qualification de décision. De plus, ils observent que l'envoi n'indique aucun élément de la requête devant être corrigé ou modifié, ne contient aucune invitation à compléter le dossier et ne fixe aucun délai pour y procéder.

De son côté, l'autorité inférieure estime que ledit courrier ne constitue pas une décision dès lors qu'il ne règle pas de manière définitive, obligatoire et contraignante la situation juridique liée à la requête du 1er mars 2011. Elle qualifie de notoire le fait que ce pli ne marquait qu'une étape parmi d'autres dans la procédure d'autorisation, ayant pour seul et unique objectif de faire avancer le processus de réflexion de la requérante en lui fournissant de plus amples explications quant aux exigences requises par la FINMA. Elle souligne qu'à ce stade, trois variantes relatives à la mise en œuvre de la politique de placement étaient présentées sans qu'aucune d'entre elles n'ait été choisie et/ou détaillée ; aussi, il lui était impossible de se prononcer sur la recevabilité de la requête par une décision puisque le dossier n'était pas et ne se trouve toujours pas en l'état d'être tranché. Elle voit dans son écriture du 31 mars 2011 un courrier explicatif voire un préavis. Par ailleurs, elle relève que les recourants ont eux-mêmes admis, dans leur courrier du 4 avril 2011 en réponse à la lettre du 31 mars 2011, que cette dernière n'a jamais été considérée comme une décision puisque A._____ SA y a précisément invité la FINMA à en rendre une comprenant les motivations ainsi que les voies de recours. De surcroît, elle note que le courrier du 31 mars 2011 ne remplit aucune des exigences formelles d'une décision selon l'art. 35 PA.

1.3 À teneur de 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 de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (let. b) ou de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c). Conformément à l'art. 5 al. 2 PA, sont aussi considérées comme des décisions les mesures en matière d'exécution (art. 41 al. 1 let. a et b PA), les décisions incidentes (art. 45 et 46 PA), les décisions sur opposition (art. 30 al. 2 let. b et 74 PA), les décisions sur recours (art. 61 PA), les décisions prises en matière de révision (art. 68 PA) et d'interprétation (art. 69 PA). Au sens formel, la décision est définie aux art. 34 et 35 PA : il s'agit dans la règle d'un acte écrit, soumis à notification, désigné comme tel, motivé et comportant l'indication de voies de droit.

Acte de souveraineté individuel adressé à un particulier, la décision a pour objet de régler une situation juridique, c'est-à-dire de déterminer les droits et obligations de sujets de droit en tant que tels de manière obligatoire et contraignante (cf. PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit

administratif, vol. II, Les actes administratifs et leur contrôle, 3e éd., Berne 2011, p. 179 ; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Bâle 2008, p. 27 ch. 2.13 ss ; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, ch. 854 ss ; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 253 ; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., Berne 1983, p. 132). Ses effets doivent se déployer directement tant à l'égard des autorités qu'à celui du destinataire de la décision (cf. BOVAY, op. cit., p. 253 s. ; ATF 135 II 38 consid. 4.3, ATF 131 II 13 consid. 2.2, ATF 121 II 473 consid. 2a, ATF 101 Ia 73 consid. 3a ; voir également FELIX UHLMANN, in : Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich/Bâle/Genève 2009, n° 20 ad art. 5 ; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd., Zurich 1998, p. 176 ss ; GYGI, op. cit., p. 128). La décision se trouve assortie d'un caractère contraignant, c'est-à-dire que la relation juridique est tranchée de manière définitive et qu'elle ne peut en principe plus être remise en cause (cf. MARKUS MÜLLER, in : Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [éd.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zurich 2008, n° 19 ad art. 5 PA). Cette nature obligatoire à l'égard de l'administration et de l'administré concerné apparaît ainsi comme une caractéristique des actes dont il est question à l'art. 5 al. 1 PA. S'ils n'étaient pas obligatoires, personne ne disposerait alors d'un intérêt suffisant à leur contestation par la voie du recours (cf. ATF 104 Ib 239 consid. 1). Ne constituent ainsi pas une décision l'expression d'une opinion, une simple communication, une prise de position, une recommandation, un renseignement, une information, un projet de décision ou l'annonce d'une décision, car il leur manque un caractère juridique contraignant (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1C_197/2008 du 22 août 2008 consid. 2.2 et les réf. cit. ; UHLMANN, op. cit., n° 89 ad art. 5).

Lorsqu'il s'agit de qualifier un acte de décision, il importe peu que celle-ci soit désignée comme telle ou qu'elle en remplisse les conditions formelles ainsi que fixées par la loi (cf. ATF 133 II 450 consid. 2.1 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-8595/2007 du 21 avril 2008 consid. 2 et A-2040/2006 du 17 avril 2007 consid. 2.2). Est bien plutôt déterminant le fait qu'elle revête les caractéristiques structurelles d'une décision (cf. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., p. 28, ch. 2.14 ; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2e éd., Berne 2005, § 29 ch. 3), selon des critères objectifs et indépendamment

de la volonté de l'autorité ou de celle de l'administré (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-8595/2007 du 21 avril 2008 consid. 4.2 et A-2040/2006 du 17 avril 2007 consid. 2.2.3). Il n'y a pas de décision lorsque l'acte en question ne contient pas d'instructions visant à produire des effets juridiques et ne constate pas non plus des droits ou des devoirs individuels concrets ; dans un tel cas, le recours − privé de tout objet − doit être déclaré irrecevable (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2723/2007 du 30 janvier 2008 consid. 1.2).

1.4 En l'espèce, force est d'emblée de constater que les conditions formelles prévues en particulier à l'art. 35 al. 1 PA − soit la mention qu'il s'agit d'une décision, une motivation permettant à son destinataire de la comprendre et de la contester utilement ainsi que l'indication des voies de droit − ne sont manifestement pas remplies. Nonobstant, ce constat ne suffit pas encore à exclure l'existence d'une décision. Par ailleurs, la volonté de l'autorité émettrice du courrier ne s'avère pas non plus déterminante même si l'on peut raisonnablement attendre de la FINMA qu'elle rende ses décisions sous la forme prescrite et que, dès lors, le fait significatif que le courrier n'en remplisse pas les exigences formelles peut apparaître comme un indice probant qu'elle n'entendait pas régler de manière définitive la situation de droit concrète des recourants. Au surplus, il convient de rappeler que l'interprétation qu'en donnent les recourants ou la pratique habituelle de la FINMA évoquée dans les écritures ne jouent aucun rôle. Est seul décisif, en définitive, le point de savoir si le courrier en cause dans la présente procédure réunit objectivement les spécificités structurelles d'une décision. À cet égard, il sied de relever que la FINMA − contrairement à ce qu'avancent les recourants à diverses reprises dans leurs écritures − n'y rejette pas formellement la demande d'autorisation. Au contraire, elle indique clairement qu'elle estime ne pas disposer en l'état de suffisamment d'informations. Il en ressort qu'un rejet ou un octroi de l'autorisation apparaît comme prématuré. En effet, elle note seulement que, « sur la base des informations en [sa] possession », les trois variantes proposées « ne permettent pas de conclure » que les conditions en vue de l'octroi de l'autorisation seraient remplies. Aussi, la FINMA ne relève pas expressément ni de manière contraignante et définitive que lesdites conditions ne sont pas satisfaites ; il n'y a pas lieu non plus de le déduire a contrario de la formulation employée. De plus, elle précise clairement que D._____ ne peut être autorisée en l'état et son contrat de société ne peut être approuvé. La précision « en l'état » atteste sans détour de la nature non définitive de son appréciation.

1.5 Dans ces circonstances, l'on ne saurait admettre le caractère exprès et catégorique de la formulation employée que les recourants veulent échafauder dans le courrier querellé. Bien plus, la terminologie retenue par la FINMA atteste suffisamment du caractère non définitif et non contraignant de sa simple détermination à la suite de laquelle la demande d'autorisation − non formellement rejetée − reste pendante. Certes, le courrier litigieux − s'il ne marquait qu'une étape et visait, selon la FINMA, à faire avancer le processus de réflexion de la requérante en lui fournissant de plus amples explications quant aux exigences requises − se présente de manière laconique, ne donnant aucune indication explicite sur la suite de la procédure, notamment les démarches que les recourants seraient invités à entreprendre et les informations qu'il leur incomberait encore de fournir. Il n'en demeure pas moins qu'il ne mettait pas un terme à la procédure d'autorisation, étant en conséquence dénué ipso facto et ipso jure du caractère contraignant propre à une décision. Dans ces circonstances, force est de constater que le courrier de la FINMA du 31 mars 2011 ne constitue pas une décision au sens de l'art. 5 PA. Faute d'une telle décision, le recours formé par les recourants le 13 avril 2011 doit être déclaré irrecevable.

2.
Dans leurs remarques finales du 26 septembre 2011, les recourants ont élargi leurs conclusions et requis du Tribunal de céans qu'il constate − dans l'hypothèse où il ne considérerait pas le courrier du 31 mars 2011 comme une décision au sens de la PA − le déni de justice perpétré par la FINMA au cours de la procédure d'autorisation ainsi que de recours et qu'il renvoie les actes à la FINMA afin qu'elle rende une décision. À titre plus subsidiaire encore, ils sollicitent du Tribunal qu'il constate le retard injustifié et lui renvoie les actes afin qu'elle décide au plus tard le 30 novembre 2011 sur la requête d'autorisation et d'approbation de D._____ SCPC en formation et de E._____ SA en formation.

2.1 À teneur de l'art. 46a PA, le recours est recevable si, sans en avoir le droit, l'autorité saisie s'abstient de rendre une décision sujette à recours ou tarde à le faire. En l'absence d'un refus de statuer exprès de l'autorité, il n'est pas nécessaire d'élucider s'il y a déni de justice ou retard injustifié ; dans les deux cas, le justiciable n'a pas reçu dans un délai raisonnable la décision à laquelle il pouvait prétendre. Le législateur traite d'ailleurs les deux situations de la même manière (cf. BERNARD CORBOZ, in : Bernard Corboz/Alain Wurzburger/Pierre Ferrari/Jean-Maurice Frésard/Florence Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, Berne 2009, n° 9 ad art. 94).

Par un recours formé pour refus exprès de statuer ou retard injustifié, il ne peut être conclu qu'à la constatation de la violation de l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) selon lequel toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable, et à ce que la décision ou décision sur opposition soit rendue à bref délai par l'autorité compétente. L'art. 6 par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH, RS 0.101) n'offre pas une protection plus étendue que celle de l'art. 29 al. 1 Cst. (cf. ATF 130 I 312 consid. 5.1 ; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Zurich 2011, n. marg. 1500).

Le caractère raisonnable de la durée de la procédure s'apprécie en fonction des circonstances particulières de la cause. Entre autres critères, se révèlent notamment déterminants la nature de l'affaire, le degré de complexité de l'affaire, la difficulté éventuelle d'élucider les questions de fait, l'enjeu que revêt le litige pour l'administré ainsi que le comportement de celui-ci et des autorités intimées (cf. ATF 135 I 265 consid. 4.4 ; MOOR/POLTIER, op. cit., p. 336 ; TANQUEREL, op. cit., n. marg. 1501). À cet égard, il appartient au justiciable d'entreprendre certaines démarches pour inviter l'autorité à faire diligence, notamment en incitant celle-ci à accélérer la procédure ou en recourant pour retard injustifié. Si quelques "temps morts" ne peuvent être en soi reprochés à l'autorité, elle ne saurait invoquer une organisation déficiente ou une surcharge structurelle pour justifier la lenteur de la procédure (cf. ATF 130 I 312 consid. 5.1 s. et les réf. cit. ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_441/2010 du 6 avril 2011 consid. 2.2 ; cf. également BOVAY, op. cit., p. 246). De plus, les règles de recevabilité d'un recours pour déni de justice ou retard injustifié sont les mêmes que pour un recours ordinaire ; la décision attendue doit être elle-même susceptible de recours et l'intéressé doit bénéficier de la légitimation à recourir ; l'intérêt actuel à recourir disparaît cependant dès que l'autorité a pris sa décision (cf. MOOR/POLTIER, op. cit., p. 338 s.).

L'art. 50 al. 2 PA précise au demeurant que le recours pour déni de justice ou retard injustifié peut être formé en tout temps (cf. MOOR/POLTIER, op. cit., p. 338 ; BOVAY, op. cit., p. 246 ; FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in : Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich/Bâle/Genève 2009, n° 10 ad art. 46a). En effet, dès lors que la disposition vise une simple passivité, il s'avère difficile de déterminer quel événement pourrait, avec suffisamment de

certitude, faire partir un délai de recours (cf. CORBOZ, op. cit., n° 13 ad art. 94). Une partie de la doctrine considère toutefois que, si un acte ou une déclaration déterminé de l'autorité justifie un recours pour déni de justice ou retard injustifié, on ne saurait attendre indéfiniment ; au contraire, le recours doit dans une telle situation être déposé dans un délai raisonnable. Pour déterminer si un délai paraît raisonnable, il convient de prendre en compte les circonstances du cas particulier, notamment le devoir de diligence que l'on peut raisonnablement attendre du recourant (cf. MÜLLER, op. cit., n° 10 ad art. 46a). Selon ces mêmes principes, lorsque l'autorité refuse expressément de rendre une décision (ce qui devrait constituer une exception), une restriction à cette règle est possible, selon la doctrine, en application du principe de la bonne foi (cf. KÖLZ/HÄNER, op. cit., p. 253 n. marg. 723 et les réf. cit.). Aussi, dans ce cas de figure, le recours devrait être formé dans un délai de 30 jours (cf. MÜLLER, op. cit., n° 10 ad art. 46a). Une autre partie de la doctrine estime que le législateur n'a pas adopté de règle permettant de retenir que le délai ordinaire commence à courir dès le refus exprès de l'autorité. Aussi, il faudrait admettre que, dans tous les cas de refus de statuer ou de retard injustifié, le recours peut être formé en tout temps. En conséquence, le recours ne pourrait jamais être considéré comme tardif ou prématuré, les conditions strictes d'un abus de droit étant néanmoins réservées (cf. CORBOZ, op. cit., n°s 14 s. ad art. 94 et n°s 35 ss ad art. 100). Enfin, la doctrine relève que, dans les cas où une incertitude demeure quant au point de savoir si une communication d'une autorité constitue ou non une décision, il peut s'avérer profitable de formuler une conclusion subsidiaire dans ce sens (cf. UHLMANN/WÄLLE-BÄR, op. cit., n° 9 ad art. 46a).

2.2 En l'espèce, le grief de déni de justice a été formulé par les recourants dans leurs remarques finales du 26 septembre 2011 déposées dans le cadre de la procédure de recours contre un acte daté du 31 mars 2011. Rien ne s'oppose en principe à son admission dans le cadre d'une procédure en cours dès lors que le recours y relatif peut être formulé en tout temps.

Les recourants arguent d'un déni de justice perpétré par la FINMA tant au cours de la procédure d'autorisation que de celle de recours.

2.2.1 S'agissant d'examiner l'existence d'un éventuel déni de justice ou retard injustifié durant la procédure de recours, la question de savoir si le grief est recevable − notamment sous l'angle de la qualité pour recourir de certains recourants − peut, pour des motifs d'économie de procédure,

rester indécise dès lors qu'il apparaît comme manifestement mal fondé. En effet, en application de l'art. 54 PA, le pouvoir de traiter l'affaire, objet de la décision attaquée, passe à l'autorité de recours dès le dépôt du recours. Que l'on admette ou non l'existence d'un effet dévolutif concernant les recours pour déni de justice ou retard injustifié (cf. sur cette problématique controversée REGINA KIENER, in : Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [éd.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zurich 2008, n° 9 ad art. 54 et les réf. cit. à la note 29), il sied de rappeler que le recours déposé le 13 mai 2011 par les recourants ne visait pas la constatation d'un éventuel déni de justice ou retard injustifié, mais tendait à l'octroi de l'autorisation de la SCPC à D._____ ainsi qu'à l'approbation de son contrat de société. De la sorte, le recours s'avérait dans tous les cas assorti de l'effet dévolutif. Or, ledit effet a spécifiquement pour conséquence que l'autorité émettrice de l'acte attaqué n'est tout simplement plus en droit de s'occuper de l'affaire (à l'exception du cas non réalisé in casu d'une reconsidération [art. 58 PA]) (cf. KIENER, op. cit., n° 12 ad art. 54 ; HANSJÖRG SEILER, in : Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich/Bâle/Genève 2009, n° 3 ad art. 54). Dans ces circonstances, l'on ne saurait reprocher à l'autorité inférieure de n'avoir pas statué sur la cause après le dépôt du recours.

2.2.2 S'agissant d'examiner si la FINMA s'est rendue fautive d'un déni de justice ou d'un retard injustifié durant la période précédant le dépôt du recours, il convient de constater tout d'abord que le grief y relatif a été formulé plus de quatre mois plus tard ; or, la FINMA n'était, en raison de l'effet dévolutif du recours déposé par les recourants contre son courrier du 31 mars 2011, depuis longtemps plus en mesure de traiter l'affaire. Toutefois, la question de savoir si ce grief devrait, pour ce motif, être déclaré irrecevable car tardif peut, pour des raisons d'économie de procédure, être laissée ouverte de même que celle de la qualité pour recourir des recourants dès lors qu'il se révèle manifestement mal fondé. En effet, il appert que la demande d'autorisation est datée du 1er mars 2011 et qu'elle a été reçue par l'autorité inférieure le 11 mars 2011. Puisque ladite autorité ne se trouvait plus en mesure de traiter l'affaire dès le dépôt du recours en raison de l'effet dévolutif, elle a été saisie de la cause pendant une période de seulement deux mois environ. Dès lors que la législation applicable ne prévoit pas de délai plus court dans lequel la FINMA se verrait tenue de rendre sa décision et eu égard à la complexité de la requête ainsi qu'au nombre de pièces produites en annexe à la demande, force est de constater qu'il n'apparaît à l'évidence

pas que la FINMA aurait tardé à se prononcer sur la demande d'une manière qui la lie sous la forme d'une décision. Il en découle que l'on ne saurait reprocher à la FINMA de n'avoir pas statué entre le dépôt de la demande d'autorisation et celui du recours.

2.3 Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que la FINMA ne s'est rendue fautive ni d'un déni de justice ni d'un retard injustifié. Par voie de conséquence, le recours pour déni de justice ou retard injustifié doit, pour autant recevable, être rejeté.

3.

3.1 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, 1ère phrase, et 4 FITAF).

En l'espèce, les recourants ont succombé dans l'ensemble de leurs conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à Fr. 2'000.- dans la mesure où l'examen du recours se limite à la question de la recevabilité et du déni de justice, doivent être intégralement mis à leur charge. Ce montant est imputé sur l'avance de frais de Fr. 8'000.- déjà versée par les recourants. Le solde de Fr. 6'000.- sera restitué à ces derniers dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.2 Vu l'issue de la procédure, les recourants n'ont pas droit à des dépens (art. 64 PA).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est irrecevable.

2.
Le recours pour déni de justice ou retard injustifié est rejeté pour autant que recevable.

3.
Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 2'000.-, sont mis à la charge

des recourants. Ce montant est imputé sur l'avance de frais de Fr. 8'000.- déjà versée par les recourants. Le solde de Fr. 6'000.- sera restitué à ces derniers dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.
Il n'est pas alloué de dépens.

5.
Le présent arrêt est adressé :

– aux recourants (acte judiciaire ; annexe : formulaire "adresse de paiement") ;
– à l'autorité inférieure (acte judiciaire).

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

Le président du collège :	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 de la loi fédérale 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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 11 octobre 2012