

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}

2C 872/2015

Arrêt du 1er août 2016

Ile Cour de droit public

Composition

MM. les Juges fédéraux Zünd, Juge président,  
Donzallaz et Stadelmann.  
Greffière : Mme Jolidon.

Participants à la procédure

1. A.X. \_\_\_\_\_,
2. B. \_\_\_\_\_ SA, tous les deux représentés par Thierry Cagianut, avocat,  
recourants,

contre

C. \_\_\_\_\_ SA en liquidation, représentée par Schellenberg Wittmer SA, liquidatrice de la faillite,  
intimée,

Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA.

Objet

Mesures de sûreté, transfert de portefeuille,

recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 18 août 2015.

Faits :

A.

C. \_\_\_\_\_ SA en liquidation (ci-après: C. \_\_\_\_\_ SA ou la société), sise à D. \_\_\_\_\_, a pour but " l'exploitation de l'assurance vie ". Son actionnaire unique est B. \_\_\_\_\_ SA, société de droit luxembourgeoise dont les actionnaires sont la famille X. \_\_\_\_\_, parmi lesquels A.X. \_\_\_\_\_; B. \_\_\_\_\_ SA gère la fortune de ladite famille.

Ayant eu connaissance de faits susceptibles d'affecter les intérêts des assurés, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après: la FINMA) a commandé, le 20 mai 2014, un audit de C. \_\_\_\_\_ SA; puis, le rapport établi, elle a ouvert une procédure d'"enforcement" le 3 juillet 2014 et a nommé un chargé d'enquête. Le rapport du 8 août 2014 de celui-ci a signalé des manquements d'ordre financier et organisationnel au sein de C. \_\_\_\_\_ SA. A.X. \_\_\_\_\_ a présenté sa démission du conseil d'administration de C. \_\_\_\_\_ SA le 16 juin 2014 (art. 105 al. 2 LTF).

Après avoir examiné différentes alternatives pour le redressement de la société, la FINMA a, par décision du 5 décembre 2014, prononcé le transfert du portefeuille d'assurances de C. \_\_\_\_\_ SA, ainsi que des actifs de la fortune liée y afférente, à E. \_\_\_\_\_ SA. La FINMA a détaillé les divers manquements découverts: les

provisions techniques de la société devaient être réajustées, celle-ci ne satisfaisait plus aux prescriptions relatives à la fortune liée et sa situation financière demeurait précaire; la FINMA a en outre exposé les manquements organisationnels, jugeant qu'ils constituaient des violations graves du droit de la surveillance ayant mis et persistant à mettre en péril l'intérêt des assurés. Elle a encore précisé que les violations énoncées s'étaient produites sous la présidence de A.X.\_\_\_\_\_ et que celui-ci devait être tenu pour responsable en grande partie des manquements constatés; son comportement soulevait la question de la garantie de l'activité irréprochable mais aucune mesure ne devait être prise à son égard puisqu'il avait déjà démissionné de sa fonction d'administrateur par courrier du 16 juin 2014.

Par décision du 12 décembre 2014, la FINMA a prononcé le retrait de l'autorisation d'exercer de C.\_\_\_\_\_ SA, ainsi que l'ouverture de la faillite de la société.

B.

Par arrêt du 18 août 2015, le Tribunal administratif fédéral a déclaré irrecevable le recours de A.X.\_\_\_\_\_ et de B.\_\_\_\_\_ SA à l'encontre de la décision du 5 décembre 2014 de la FINMA. Le premier ne se trouvait pas particulièrement atteint par cette décision, le nom du recourant et la question de la garantie d'une activité irréprochable n'étant pas mentionnés dans le dispositif mais seulement dans la motivation de l'arrêt. La seconde, qui estimait que la décision de transférer le portefeuille lésait gravement ses intérêts économiques et juridiques, ne pouvait pas non plus, en tant qu'actionnaire unique, se voir reconnaître la qualité pour recourir.

C.

Agissant par la voie du "recours de droit public", A.X.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ SA demandent au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt du 18 août 2015 du Tribunal administratif fédéral, de leur reconnaître la qualité pour recourir contre la décision du 5 décembre 2014 de la FINMA et de renvoyer la cause au Tribunal administratif fédéral, afin qu'il statue sur le fond; subsidiairement, de reconnaître à B.\_\_\_\_\_ SA la qualité pour recourir et de renvoyer la cause au Tribunal administratif fédéral afin qu'il statue sur le fond; plus subsidiairement, de reconnaître à A.X.\_\_\_\_\_ la qualité pour recourir et de renvoyer la cause au Tribunal administratif fédéral afin qu'il statue sur le fond.

La FINMA conclut, sous suite de frais et dépens, principalement, à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement, à son rejet. C.\_\_\_\_\_ SA, par le biais de son liquidateur, s'en remet à justice. Le Tribunal administratif fédéral a renoncé à prendre position sur le recours.

A.X.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ SA se sont encore prononcés en date du 1er décembre 2015.

Considérant en droit :

1.

1.1. Le présent litige porte sur le point de savoir si c'est à tort que la qualité pour recourir a été niée par le Tribunal administratif fédéral à A.X.\_\_\_\_\_ (ci-après: le recourant 1) et à B.\_\_\_\_\_ SA (ci-après : la recourante 2). Dans une procédure administrative, l'auteur d'un recours déclaré irrecevable pour défaut de qualité pour agir est habilité à contester l'arrêt d'irrecevabilité par un recours en matière de droit public lorsque l'arrêt au fond de l'autorité intimée aurait pu être déféré au Tribunal fédéral par cette voie (cf. ATF 135 II 145 consid. 3.2 p. 149; 131 II 497 consid. 1 p. 500; 124 II 499 consid. 1b p. 502). Tel est le cas en l'espèce, la cause relevant du droit public (art. 82 let. a LTF) et ne tombant pas sous le coup d'une des exceptions de l'art. 83 LTF.

1.2. Les recourants ont un intérêt digne de protection (art. 89 al. 1 let. c LTF) à demander l'annulation de l'arrêt attaqué, afin d'obtenir qu'il soit statué sur le fond de leur cause; cela indépendamment et sans préjudice du motif d'irrecevabilité retenu en procédure administrative, qui constitue l'objet de la contestation devant le Tribunal fédéral, à l'exclusion du fond de l'affaire (ATF 135 II 145 consid. 3.1 p. 148; 133 V 239 consid. 4 p. 241 et les arrêts cités).

1.3. Les autres conditions de recevabilité des art. 42 et 82 ss LTF sont au surplus réunies, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière.

La voie de recours erronée indiquée par les recourants (le recours de droit public n'existe plus depuis l'abrogation de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ) et l'entrée en vigueur de la LTF; cf. art. 131 al. 1 LTF) ne saurait leur nuire dans la mesure où les conditions de recevabilité du recours en matière de droit public sont réunies (cf. ATF 138 I 367 consid. 1.1 p. 369).

1.4. Toutefois, les recourants présentent, sur de nombreuses pages de leur mémoire, le droit applicable au fond de l'affaire, ainsi que différents griefs y relatifs. Dès lors que, comme susmentionné, l'objet de la contestation devant le tribunal de céans est la qualité pour recourir devant le Tribunal administratif fédéral, à l'exclusion du fond de l'affaire, ces griefs sortent de cet objet et, partant, ne seront pas traités.

2.

Selon l'art. 97 al. 1 LTF, le recours peut critiquer les constatations de fait à la double condition que les faits aient été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF et que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause, ce que le recourant doit rendre vraisemblable par une argumentation répondant aux exigences des art. 42 al. 2 et 106 al. 2 LTF. La notion de "manifestement inexacte" figurant à l'art. 97 al. 1 LTF correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 141 IV 249 consid. 1.3.1 p. 253; 140 III 264 consid. 2.3 p. 266).

Sur plus de treize pages de leur mémoire, les recourants présentent, "par souci d'exhaustivité", les faits "déterminants au sort de la cause desquels l'instance inférieure a omis de tenir compte". Ils poursuivent en exposant leur version des faits et en complétant celle de l'arrêt attaqué. En outre, dans leur écriture, les recourants mélangent les questions de fait et de droit et se plaignent à répétition de reprises d'un établissement inexact des faits alors qu'ils traitent de griefs relatifs au fond de la cause; de plus, de nombreux arguments font référence à des faits qui ne sont pas constatés dans l'arrêt attaqué. Une telle façon de procéder ne répond pas aux exigences susmentionnées, le Tribunal fédéral n'étant pas une instance d'appel. Par conséquent, ce grief ne sera pas examiné.

3.

Les recourants invoquent l'art. 48 al. 1 PA et prétendent que c'est à tort que la qualité pour recourir leur a été refusée par le Tribunal administratif fédéral.

3.1. Selon l'art. 48 al. 1 PA, applicable à la procédure devant le Tribunal administratif fédéral (art. 37 de la loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 [LTAF; RS 173.32]), a qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b), et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Cette disposition, qui correspond à l'art. 89 al. 1 LTF, doit être interprétée de la même manière (cf. ATF 139 III 504 consid. 3.3 p. 508; 139 II 328 consid. 3.2 p. 332 s.; 139 II 279 consid. 2.2 p. 282).

Selon la jurisprudence rendue à propos de l'art. 89 al. 1 LTF, l'intérêt digne de protection consiste dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait à la partie recourante en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. Il implique que la recourante soit touchée de manière directe, concrète et dans une mesure et avec une intensité plus grandes que la généralité des administrés, ce qui exclut l'action populaire (cf. ATF 139 II 499 consid. 2.2 p. 504; 137 II 30 consid. 2.2.3 p. 33 s.). L'intérêt invoqué, qui peut être un intérêt de fait, doit se trouver, avec l'objet de la contestation, dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération (arrêt 2C 853/2014 et 2C 934/2014 du 29 septembre 2015 consid. 1.4.1, destiné à la publication; ATF 141 II 14 consid. 4.4 p. 29; 140 II 214 consid. 2.1 p. 218). S'agissant de droit fédéral, le Tribunal fédéral examine cette question librement (cf. art. 95 let. a et 106 al. 1 LTF).

3.2.

3.2.1. Dans une argumentation confuse, il semble que le recourant 1 allègue que la qualité pour recourir aurait dû lui être reconnue à deux titres, à savoir en qualité d'administrateur afin de contester la décision de transfert des fonds et à titre personnel afin de rétablir sa réputation.

Le Tribunal fédéral constate qu'après que le recourant 1 eut déposé son recours devant le Tribunal administratif fédéral, celui-ci a précisé, à la demande de cette autorité, qu'il agissait en son nom propre et non au nom de C.\_\_\_\_\_ SA. Ce n'est donc que sous cet angle que le Tribunal administratif fédéral a examiné le recours et que, partant, le grief sera traité, étant au surplus rappelé que l'intéressé avait démissionné du conseil d'administration de C.\_\_\_\_\_ SA le 16 juin 2014. A cet égard, il sied de relever que même le mémoire mentionne, alors qu'il traite de la qualité pour recourir de la recourante 2 (p. 21), que le recourant 1 " n'était pas habilité à former un recours au nom de C.\_\_\_\_\_ SA ".

3.2.2. En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement, d'une manière qui la lie sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par la voie d'un recours (cf. ATF 134 V 418 consid. 5.2.1 p. 426; 131 V 164 consid. 2.1 p. 164; 125 V 413 consid. 1a p. 414).

3.2.3. En l'espèce, l'objet de la contestation est déterminé par la décision du 5 décembre 2014 de la FINMA qui concerne, selon la page de garde de cet arrêt, les " mesures de sûretés-transfert de portefeuille " dans la cause " C.\_\_\_\_\_ SA et E.\_\_\_\_\_ AG ". La procédure a pour cadre l'art. 31 de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA; RS 956.1) qui impose à cette autorité de veiller au rétablissement de l'ordre légal lorsqu'un assujetti enfreint ladite loi ou une des lois sur les marchés financiers. Cette décision a abouti à la constatation que C.\_\_\_\_\_ SA violait les dispositions topiques au niveau financier, ainsi qu'au niveau organisationnel et que la solution la plus adaptée, afin de rétablir la situation, était le transfert du portefeuille d'assurances à une autre entreprise d'assurance conformément à l'art. 51 al. 2 let. d de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances, LSA; RS 961.01). Ainsi, le dispositif de la décision attaquée ordonne le transfert du portefeuille d'assurances de C.\_\_\_\_\_ SA et des actifs de la fortune liée y

afférente à E.\_\_\_\_\_ SA. Comme le relève le Tribunal administratif fédéral, le nom du recourant 1, ainsi que la question de la qualité de son activité n'ont pas fait l'objet de la procédure ni du dispositif. Il est cependant exact que les considérants de la décision en cause cite le nom de l'intéressé et évoque la question de la garantie de l'activité irréprochable de celui-ci (cf. art. 14 LSA) : la FINMA y a indiqué que les manquements organisationnels constatés constituaient des violations graves du droit de la surveillance mettant en péril les intérêts des assurés; ces violations s'étant produites sous la présidence du recourant 1, celui-ci devait être tenu en grande partie pour responsable desdits manquements; son comportement soulevait la question de la garantie d'une activité irréprochable. La FINMA a néanmoins conclu qu'aucune mesure à l'encontre du recourant 1, visant par exemple à le mettre à l'écart, ne devait être prise puisqu'il avait déjà démissionné de sa fonction d'administrateur par courrier du 16 juin 2014.

Le Tribunal fédéral constate ainsi que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée, et qui la lient, ne concernent que C.\_\_\_\_\_ SA et non pas le recourant 1. L'objet de la contestation est la question du transfert du portefeuille d'assurance de C.\_\_\_\_\_ SA et des actifs de la fortune liée y afférente à E.\_\_\_\_\_ SA. La décision 5 décembre 2014 ne prend aucune mesure à l'encontre du recourant 1 ni ne comprend un constat négatif formel quant à la garantie d'une activité irréprochable. Ainsi, en prenant des conclusions à cet égard, le recourant 1 déterminait un objet du litige qui excédait l'objet de la contestation, ce qui ne peut se faire. Le recourant ne prétend en outre pas que la décision du 5 décembre 2014 aurait été publiée (cf. art. 34 LFINMA) et que cela aurait conduit à une situation de " naming and shaming " (sur cette notion, cf. arrêts 2C 71/2011 du 26 janvier 2012 consid. 5.3.1; 2C 30/2011 du 12 janvier 2012 consid. 5.2.1). Si l'intéressé estime que sa réputation a été injustement mise à mal, et qu'il ne veut pas attendre un éventuel nouveau poste de dirigeant qui nécessiterait d'obtenir une garantie d'une activité irréprochable (cf. art. 14 LSA; sur la

problématique: cf. GREGOR T. CHATTON, La garantie d'une activité irréprochable et l'intérêt actuel du dirigeant revisités, in *Pratique juridique actuelle* 2011 p. 1195 ss; cf. également Bulletin CFB 2004 154, 2A.573/2003 consid. 2.1 et 2.4), il peut agir en responsabilité contre la FINMA (cf. art. 19 LFINMA dont les conditions d'application sont cependant restrictives); il aurait aussi pu, à supposer que sa démission ait été obtenue à la suite de pressions de la part de la FINMA, requérir une décision formelle à cet égard (sur la question du droit à recevoir une décision administrative, cf. ATF 141 I 172 consid. 5 p. 181), décision qu'il aurait alors pu attaquer.

En conclusion, l'éventuel intérêt qu'aurait le recourant 1 à faire constater qu'il offre toujours la garantie d'une activité irréprochable sort de l'objet de la contestation. Dans ces circonstances, il apparaît que le recourant 1 n'est pas particulièrement atteint par l'arrêt attaqué au sens de l'art. 48 al. 1 lettre b PA (et art. 89 al. 1 LTF) et n'a pas d'intérêt digne de protection à obtenir son annulation. C'est donc à bon droit que les juges précédents lui ont refusé la qualité pour recourir.

### 3.3.

3.3.1. La recourante 2 allègue que la qualité pour recourir en tant que tiers devait lui être reconnue à deux titres, à savoir à titre d'actionnaire et à titre individuel, afin de contester le transfert de portefeuille à E. \_\_\_\_\_ SA qui lui a causé des dommages économiques et juridiques importants.

3.3.2. Il convient tout d'abord de souligner que l'argumentation de la recourante 2 repose en grande partie sur des faits ne ressortant pas de l'arrêt attaqué; le Tribunal fédéral ne les prendra dès lors pas en considération (cf. consid. 2).

Il est ensuite rappelé que la qualité pour recourir d'un tiers, qui n'est pas le destinataire de la décision attaquée, ne peut être admise que de façon très limitée. Elle suppose que le tiers soit lui-même atteint de manière particulière par le prononcé litigieux (ATF 139 II 279 consid. 2.2 p. 282; 137 III 67 consid. 3.5 p. 74).

3.3.3. Comme susmentionné, la recourante 2 différencie, dans son mémoire, la qualité pour recourir "à titre d'actionnaire unique" et "à titre personnel" et estime qu'elle devrait pouvoir agir en ces deux qualités. On ne saisit pas la distinction opérée. Dans la mesure où la recourante jugerait qu'il faudrait faire abstraction de sa qualité d'actionnaire unique de C. \_\_\_\_\_ SA, son moyen doit être rejeté. La réalité du lien juridique qui l'unit à la société doit être prise en compte.

Le grief doit également être rejeté en tenant compte de la qualité d'actionnaire de la recourante 2. Comme l'a relevé le Tribunal administratif fédéral, selon la jurisprudence, l'actionnaire, même unique ou majoritaire, n'a pas qualité pour recourir contre une décision touchant la société qu'il domine du seul fait de sa position et de l'intérêt économique qui en découle (ATF 131 II 306 c. 1.2.2 p. 311 s.; 125 II 65 c. 1 p. 69 s. [ayant-droit économique d'une fondation]; 124 II 499 c. 3b p. 505 [actionnaire unique ou majoritaire]; 120 Ib 351 c. 3 p. 354 ss [porteur de parts de fonds de placement]; 116 Ib 331 c. 1c p. 335 s. [actionnaire principal]). La recourante 2 invoque l'ATF 110 Ib 105 où le Tribunal fédéral a, il est vrai, reconnu, à cette seule occasion, la qualité pour recourir de l'actionnaire unique. Cet arrêt a toutefois suscité des critiques, comme expliqué et détaillé dans l'arrêt 2C 1158/2012 du 27 août 2013 consid. 2.3.3 (in StE 2014 A 25 13 et RDAF 2014 II 12) auquel il est renvoyé. Depuis lors, la pratique du Tribunal fédéral a constamment nié la qualité pour recourir de l'actionnaire pour de nombreux motifs, en retenant principalement que n'étant qu'indirectement touché par la décision qu'il entend attaquer, il n'a en général pas qualité pour recourir dans la mesure où la décision ne s'adresse qu'à la société de capitaux. Il n'y a pas lieu de modifier cette jurisprudence.

### 4.

Au regard de ce qui précède, le recours est rejeté.

Succombant, les recourants doivent supporter les frais judiciaires solidairement entre eux (cf. art. 66 al. 1

et 5 LTF). Il n'est pas alloué de dépens (art. 68 al. 3 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 5'000 fr., sont mis à la charge des recourants solidairement entre eux.

3.

Le présent arrêt est communiqué au mandataire des recourants, au liquidateur de C.\_\_\_\_\_ SA, à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA, ainsi qu'au Tribunal administratif fédéral, Cour II.

Lausanne, le 1er août 2016

Au nom de la IIe Cour de droit public  
du Tribunal fédéral suisse

Le Juge président : Zünd

La Greffière : Jolidon