

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2F 27/2016

Arrêt du 15 juin 2017

Ile Cour de droit public

Composition
MM. les Juges fédéraux Seiler, Président,
Donzallaz et Haag.
Greffier : M. Dubey.

Participants à la procédure
X. _____ SA,
représentée par Thierry Cagianut, avocat,
requérante,

contre

Y. _____ SA,
représentée par Schellenberg Wittmer SA, liquidatrice de la faillite,
intimée,

Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA,
Tribunal administratif fédéral, Cour II.

Objet

Demande de révision de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C 872/2015 du 1er août 2016; Mesures de sûreté, transfert de portefeuille,

demande de révision de l'arrêt du Tribunal fédéral suisse 2C 872/2015 (Arrêt B-401/2015) du 1er août 2016.

Considérant en fait et en droit :

1.

Y. _____ SA, sise à Lausanne, a pour but "l'exploitation de l'assurance vie". Son actionnaire unique est X. _____ SA, société de droit luxembourgeoise, dont les actionnaires sont la famille A.Z. _____, parmi lesquels B.Z. _____; X. _____ SA gère la fortune de ladite famille.

Par décision du 5 décembre 2014, la FINMA a prononcé le transfert du portefeuille d'assurances de Y. _____ SA, ainsi que des actifs de la fortune liée y afférente, à C. _____ SA. Le 12 décembre 2014, elle a prononcé le retrait de l'autorisation d'exercer de Y. _____ SA, ainsi que l'ouverture de la faillite de la société.

Par arrêt du 18 août 2015, le Tribunal administratif fédéral a déclaré irrecevable les recours de B.Z. _____ et de X. _____ SA à l'encontre de la décision du 5 décembre 2014 de la FINMA.

2.

Par arrêt 2C 872/2015 du 1er août 2016, le Tribunal fédéral a rejeté le recours que B.Z. _____ et X. _____ SA avaient déposé contre l'arrêt rendu le 18 août 2015 par le Tribunal administratif fédéral.

3.

Par mémoire du 8 décembre 2016, X. _____ SA a déposé une demande de révision de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C 872/2015 du 1er août 2016. Elle soutient qu'elle ignorait, jusqu'au 12 septembre 2016, que la fin des rapports de travail de D. _____ et E. _____ était intervenue le 30 novembre 2014, soit avant que ne soit rendue la décision du 5 décembre 2014. Elle en déduit que ces derniers ne disposaient plus des pouvoirs d'engager Y. _____ SA dès le 1er décembre 2014 et n'avaient par conséquent pas été privé de leurs pouvoirs de représentation par la décision de mise en faillite, seule hypothèse, selon la jurisprudence, qui leur permettait néanmoins de former recours au nom de Y. _____ SA contre la décision de la FINMA du 5 décembre 2014. A son avis, comme il n'y avait plus aucun organe en fonction au moment de la mise en faillite qui aurait néanmoins conservé la faculté de former un recours contre la décision du 5 décembre 2014, il fallait lui reconnaître la qualité pour recourir contrairement à ce qui avait été jugé par l'arrêt du Tribunal fédéral 2C 872/2015 du 1er août 2016.

LA FINMA conclut au rejet de la demande. Les liquidateurs de Y. _____ SA renoncent à prendre position. La requérante a répliqué.

4.

L'arrêt du Tribunal fédéral 2C 872/2015 du 1er août 2016 ayant rejeté le recours déposé par X. _____ SA contre l'arrêt rendu le 18 août 2015 par le Tribunal administratif fédéral, c'est à juste titre que la demande en révision a été formée devant le Tribunal fédéral (cf. arrêt 2C 810/2009 du 26 mai 2010 consid. 3.1.2).

5.

5.1. Aux termes de l'art. 123 al. 2 let. a LTF, la révision d'un arrêt du Tribunal fédéral peut être demandée dans les affaires de droit public si le requérant découvre après coup des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants qu'il n'avait pas pu invoquer dans la procédure précédente, à l'exclusion des faits ou moyens de preuve postérieurs à l'arrêt.

Ne peuvent justifier une révision que les faits qui se sont produits jusqu'au moment où, dans la procédure antérieure, des faits pouvaient encore être allégués, mais qui n'étaient pas connus du requérant malgré toute sa diligence. En d'autres termes, les faits "nouveaux" allégués à l'appui d'une demande de révision doivent avoir déjà existé au moment du prononcé de la décision formant l'objet de cette demande (faux nova; cf. arrêt 2C 349/2012 du 18 mars 2013 consid. 4.2.1); en outre, ces faits doivent être pertinents, c'est-à-dire de nature à modifier l'état de fait qui est à la base de la décision entreprise et à conduire à une solution différente en fonction d'une appréciation juridique correcte. Il y a lieu de conclure à un manque de diligence lorsque la découverte de faits ou de moyens de preuve nouveaux résulte de recherches qui auraient pu et dû être effectuées dans la procédure précédente. On n'admettra qu'avec retenue qu'il était impossible à une partie d'alléguer un fait déterminé dans la procédure antérieure, car le motif de révision des faux nova ne doit pas servir à remédier aux omissions de la partie requérante dans la conduite du procès (arrêts 2F 14/2013 du 1er août 2013 consid. 4.1; 4A 570/2011 du 23 juillet 2012 consid. 4.1).

5.2. En l'espèce, la fin des rapport de travail ne constitue pas un fait de nature à modifier l'état de fait qui est à la base de la décision entreprise et à conduire à une solution différente en fonction d'une appréciation juridique correcte. Il est vrai, d'après la jurisprudence, que les organes d'une société mise en liquidation sont autorisés, malgré le retrait de leurs pouvoirs de représentation par la Commission fédérale des banques devenue la FINMA, à attaquer les décisions de celle-ci pour la personne morale concernée (arrêt 2C 1055/2014 du 2 octobre 2015 consid. 1.3.1; ATF 131 II 306 consid. 1.2.1 p. 311; arrêt 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.1; ATF 98 Ib 269 consid. 1). La requérante toutefois se méprend sur la portée, dans ce contexte, de la fin des rapports de travail des deux employés de Y. _____ SA dont elle cite les noms.

5.3. En droit de la société anonyme, le conseil d'administration représente la société à l'égard des tiers (art.

718 al. 1, 1ère phrase, CO). Selon l'art. 718 al. 2 CO, le conseil d'administration peut déléguer le pouvoir de représentation en particulier à un ou plusieurs de ses membres. Il est possible de prévoir un droit de signature collectif à deux (art. 718a al. 2 CO). Le conseil d'administration doit communiquer au registre du commerce le nom des personnes qui ont le droit de représenter la société (art. 720 CO). Par la publication audit registre, la société fait connaître à l'extérieur qui est en droit de la représenter. Les membres du conseil d'administration chargés de représenter la société à l'égard des tiers ne sont pas des représentants au sens des art. 32 ss CO; ils constituent l'organe par lequel s'exprime la volonté de la personne morale (ATF 111 II 284 consid. 3b p. 289). Ils peuvent accomplir tous les actes juridiques qui ne sont pas exclus par le but social (ATF 116 II 320 consid. 3a p. 323; 111 II 284 consid. 3b p. 288 s.).

A l'endroit des tiers, la société est liée par les actes qu'accomplissent ses organes dûment habilités selon l'inscription au registre du commerce. Il n'importe pas à cet égard que lesdits organes n'aient pas respecté les règles sociales de compétence internes, lesquelles exigeaient qu'ils obtiennent au préalable l'accord d'un organe supérieur, à l'exemple du conseil d'administration in corpore ou de l'assemblée générale. En effet, ces restrictions internes du droit de représenter la société anonyme concernent uniquement l'autorisation de représentation (Vertretungsbefugnis); elles ne déploient aucun effet externe. En revanche, la faculté d'engendrer des obligations juridiques pour la société à l'égard des tiers découle pour sa part du pouvoir de représentation (Vertretungsmacht), qui est matérialisé par les données figurant au registre du commerce. Les concepts juridiques de «Vertretungsbefugnis» et de «Vertretungsmacht» doivent être clairement différenciés (arrêt 4A 35/2007 du 8 avril 2008 consid. 4.2 et les références citées).

5.4. Il s'ensuit que la fin des rapports de travail à l'interne n'a eu aucun effet sur le rôle d'organe des personnes citées par la requérante. A cet égard, seul importe ce qui est connu des tiers en tant que cela ressort du journal du registre du commerce n°18740 du 22 décembre 2014 ainsi que des publications y relatives dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) du 29 décembre 2014 (0/1905457) : "les pouvoirs existants jusqu'à l'ouverture de la faillite sont radiés; la signature de E._____ et D._____ est radiée". Ces personnes ont donc conservé leurs fonctions d'organe de Y._____ SA conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus. Comme les faits allégués par la requérante n'ouvrent pas la voie de la révision de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C 872/2015 du 1er août 2016, il n'est pas nécessaire d'examiner en outre si, comme elle le soutient, elle aurait dû se voir conférer la qualité pour recourir contre la décision de la FINMA du 5 décembre 2014 en l'absence supposée d'organes habilités à le faire.

6.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet de la demande en révision. Succombant, la requérante doit supporter les frais judiciaires de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF). Il n'est pas alloué dépens (art. 68 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

La demande de révision est rejetée.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 5'000 fr., sont mis à la charge de la requérante.

3.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires de la requérante et de l'intimée, à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA ainsi qu'au Tribunal administratif fédéral, Cour II.

Lausanne, le 15 juin 2017

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

Le Président : Seiler

Le Greffier : Dubey