



B-2421/2013

Arrêt du 14 avril 2015

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Ronald Flury et Frank Seethaler, juges,
Fabienne Masson, greffière.

Parties

1. X. _____ **SA en liquidation**,
2. Y. _____,
tous deux représentés par Maître Bernard Cron, avocat,
recourants,

contre

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

Objet

Exercice d'une entreprise d'assurance non agréementée,
liquidation, interdiction de pratiquer une activité d'assurance
et de faire de la publicité.

Vu

la décision superprovisoire et directement exécutoire rendue par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) le 10 décembre 2012 à l'encontre de X. _____ SA, aujourd'hui en liquidation (ci-après : X. _____ ou la recourante 1) prévoyant en particulier : l'interdiction faite à la prénommée d'exercer une entreprise d'assurance et de faire de la publicité à cet effet ainsi que d'exercer une quelconque activité soumise à la surveillance de la FINMA ; la nomination de Me Z. _____ comme chargée d'enquête de X. _____ autorisée à agir seule pour X. _____ pour l'ensemble de ses activités ; l'invitation faite au registre du commerce du canton de A. _____ de procéder aux modifications découlant de cette mesure, soulignant en particulier que les droits de signature doivent être radiés et Me Z. _____ inscrite comme représentante de X. _____ par signature individuelle,

la décision rendue par la FINMA le 19 avril 2013 à l'encontre de X. _____ et de Y. _____ (ci-après : le recourant 2) constatant qu'ils ont gravement violé la loi sur la surveillance des assurances, la première en exerçant une activité en matière d'assurance sans agrément, le second en contribuant à ladite activité, décidant en outre de la dissolution et de la liquidation de X. _____, nommant Me Z. _____ comme liquidatrice, interdisant de plus à Y. _____, dès l'entrée en force de la décision, d'exercer une activité en matière d'assurance lui-même directement ou sous quelque forme que ce soit ou de faire de la publicité pour une activité d'assurance sous quelque forme que ce soit, indiquant que les chiffres 2 à 5 du dispositif – soit ceux relatifs à la liquidation – sont immédiatement exécutoires, que la liquidatrice devra se limiter, jusqu'à l'entrée en force de la décision, aux mesures conservatoires nécessaires et aux actes ayant trait à la réalisation des actifs qui préservent leur valeur,

la requête en restitution de l'effet suspensif déposée par les recourants le 30 avril 2013 auprès du Tribunal administratif fédéral concluant, sous suite de frais et dépens, à ce que ledit tribunal prononce que l'effet suspensif retiré par la décision de la FINMA du 19 avril 2013, ch. 10 du dispositif, est restitué, proposant en outre de modifier ce ch. 10,

la détermination de l'autorité inférieure du 13 mai 2013 concluant au rejet de ladite requête,

la décision incidente du Tribunal administratif fédéral du 23 mai 2013 rejetant la requête en restitution de l'effet suspensif,

le recours formé le 23 mai 2013 par les recourants contre la décision du 19 avril 2013 auprès du Tribunal administratif fédéral concluant, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision entreprise et, cela fait, notamment à ce qu'il soit constaté que la recourante 1 a violé la loi sur la surveillance des assurances en exerçant, jusqu'au 10 décembre 2012, une activité en matière d'assurance sans agrément, le recourant 2 ayant contribué aux activités sans agrément de bonne foi, à ce qu'il soit interdit formellement aux recourants de continuer une quelconque activité en matière d'assurance soumise à la loi sur la surveillance des assurances, dont en particulier la publicité sous quelque forme que ce soit pour une telle activité et l'établissement de garanties de bonne exécution, demandant en substance que X. _____ puisse poursuivre son activité après modification de sa raison sociale et de son but social, se plaignant d'une violation du principe de la proportionnalité, de la liberté économique et de l'égalité de traitement,

la réponse de l'autorité inférieure du 16 août 2013 concluant au rejet du recours, soulignant à titre préliminaire que les recourants admettent expressément avoir exercé, sans agrément, une activité soumise à surveillance et accepté l'avertissement ainsi que l'interdiction prononcés en relation avec cette activité, notant que la recourante 1 ne pouvait pas répondre aux exigences légales en vue d'obtenir un agrément a posteriori,

la décision directement exécutoire de l'autorité inférieure du 29 août 2013 prononçant la faillite de la recourante 1 dont l'ouverture était prévue le 30 août 2013 à 8 heures, Me Z. _____ étant nommée liquidatrice de la faillite,

le courrier de l'autorité inférieure du 18 octobre 2013 déclarant que, à son sens, les recourants ne disposent plus d'un intérêt actuel,

le pli des recourants du 12 novembre 2013 déclarant que la décision de faillite viole de nombreux principes essentiels du droit administratif, dont le principe de proportionnalité, soulignant l'esprit de collaboration et de bonne foi du recourant 2, ajoutant qu'il y a lieu de faire exceptionnellement abstraction de l'intérêt actuel du moment que d'autres sociétés peuvent se retrouver dans le même cas d'espèce, soit de se voir mises en faillite alors même qu'il existe déjà une décision de liquidation contre laquelle un recours est pendant,

les autres actes de la procédure,

et considérant

que le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1),

que, sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal administratif fédéral connaît, selon l'art. 31 LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités citées à l'art. 33 LTAF,

que l'acte entrepris constitue une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. a PA susceptible de recours auprès du Tribunal administratif fédéral en vertu des art. 31 et 33 let. e LTAF en relation avec l'art. 54 al. 1 LFINMA (RS 951.1),

que le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour connaître de la présente affaire,

que, conformément à l'art. 48 PA, 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),

que, selon la jurisprudence, les organes d'une société mise en liquidation ont qualité pour recourir, malgré le retrait de leur pouvoir de représentation (cf. ATF 132 II 382 consid. 1.1 ; 131 II 306 consid. 1.2.1),

qu'en l'espèce, selon la procuration établie par la recourante 1 en faveur de son mandataire, le recours formé par celle-ci a été déposé à la demande de B._____, membre du conseil d'administration, disposant d'un pouvoir de signature individuelle jusqu'à la décision superprovisoire du 10 décembre 2012,

qu'en conséquence, dans la mesure où il concerne la recourante 1, le recours est recevable,

qu'en revanche, l'actionnaire unique ou majoritaire n'a en règle générale pas qualité pour recourir en son nom propre (cf. ATF 131 II 306 consid. 1.2.2 ; 125 II 65 consid. 1 ; 116 Ib 331 consid. 1c ; arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.1),

que, d'une part, le recourant 2 se présente comme l'actionnaire unique, se trouvant en outre au bénéfice d'une procuration générale de la recourante 1,

que, d'autre part, il ressort des écritures de recours du 23 mai 2013 qu'il ne recourt pas contre l'interdiction d'exercer prononcée à son encontre de sorte qu'il ne peut se prévaloir d'un intérêt individuel et indépendant,

qu'en conséquence, dans la mesure où il concerne le recourant 2, le recours s'avère irrecevable,

que, selon la jurisprudence, un intérêt n'est digne de protection au sens de l'art. 48 al. 1 let. c PA que si le recourant possède un intérêt actuel et pratique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, non seulement au moment du dépôt du recours mais encore lors du prononcé de la décision sur recours (cf. ATF 128 II 34 consid. 1b ; 118 Ib 1 consid. 2 ; 118 Ib 356 consid. 1a ; 111 Ib 56 consid. 2a ; MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., 2011, p. 748 ; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, in : Praxiskommentar VwVG, 2009, art. 48 n^{os} 15 ss),

que tel n'est pas le cas lorsque le préjudice découlant de la décision attaquée ne peut plus être supprimé même en cas d'admission du recours (cf. ATF 118 Ia 488 consid. 1a ; arrêt du TAF B-6955/2008 du 16 octobre 2009 consid. 2.3),

qu'en d'autres termes, l'intérêt digne de protection consiste, sous cet angle, en l'utilité pratique que le succès du recours constituerait pour le recourant (cf. BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2000, p. 351),

qu'il convient en l'espèce d'examiner si le recours de la recourante 1 s'avère devenu sans objet ensuite de la décision de mise en faillite du 29 août 2013 en raison de l'éventuelle perte de l'intérêt actuel et pratique à un examen sur le fond,

qu'une fois mise en faillite, une société ne peut de ce fait plus exercer son activité, perdant en principe tout intérêt actuel au recours formé contre une décision portant précisément sur son habilitation à l'exercer (cf. ZULAUF/WYSS/TANNER/KÄHR/FRITSCH/EYMANN/AMMANN, Finanzmarktenforcement, 2^e éd., 2014, p. 319 ; décision du TF 2A.398/2000 du 29 juillet 2002),

qu'en outre, le Tribunal fédéral a souligné qu'une société dont la faillite a été prononcée et est entrée en force doit de toute façon être liquidée (cf. arrêt 2A.573/2003 consid. 2.2 et la réf. cit.),

qu'en conséquence, le préjudice découlant de la décision de mise en liquidation ne peut plus être réparé (cf. arrêt du TAF B-5779/2010 du 29 mai 2012),

qu'en fin de compte, la faillite se présente comme une modalité de la liquidation répondant à des dispositions légales spécifiques (ibidem),

qu'en outre, dans une procédure dirigée simultanément contre la décision de mise en liquidation et contre celle de mise en faillite à l'endroit d'une société, le Tribunal fédéral a retenu que les griefs soulevés dans la procédure portant sur la décision de mise en liquidation devaient au moins être examinés à titre préjudiciel dans celle visant l'ouverture de la faillite puisque, dans ce cas particulier, la Commission fédérale des banques alors compétente avait, dans la décision de mise en faillite, fait expressément référence à celle de mise en liquidation, la considérant comme licite, l'assujettissement de la recourante 1 à la législation en matière bancaire devant alors dans tous les cas être examiné (cf. ATF 131 II 306 consid. 1.2.3),

que le Tribunal fédéral a relevé que, malgré l'entrée en force d'une décision de mise en faillite, un intérêt actuel à ce que la cause soit jugée pouvait en outre persister si la décision pouvait créer les conditions d'une révocation de la faillite (art. 195 LP [RS 281.1]),

qu'en l'espèce, dans sa détermination du 12 novembre 2013, la recourante 1 ne conteste pas l'affirmation de l'autorité inférieure selon laquelle l'intérêt actuel au recours aurait disparu en raison de la décision de faillite du 29 août 2013, estimant en revanche que cette décision viole de nombreux principes essentiels du droit administratif,

qu'elle ajoute que, bien que l'intérêt actuel soit une condition formelle du recours, il y a lieu d'admettre qu'il y soit exceptionnellement fait abstraction du moment que d'autres sociétés peuvent se trouver dans le même cas d'espèce soit de se voir mises en faillite alors même qu'il existe déjà une décision de liquidation contre laquelle un recours est pendant,

qu'il convient d'emblée de rappeler que la recourante 1 n'a pas recouru contre la décision de faillite du 29 août 2013 auprès du Tribunal administratif fédéral,

qu'aussi, les griefs y relatifs formulés dans le pli du 12 novembre 2013 contre la décision de faillite – soit la violation de divers principes de droit

administratif – n'ont pas à être examinés au cours de la présente procédure,

que, par ailleurs, la situation de la recourante 1 ne s'avère pas comparable à celle réglée à l'ATF 131 II 306 puisque, d'une part, la décision de mise en faillite de la recourante 1 est entrée en force et que, d'autre part, ayant omis de recourir, la recourante 1 est seule responsable du fait que la question de savoir si les conditions à la mise en faillite s'avéraient ou non remplies ne peut plus être soumise à un contrôle judiciaire,

que, de plus, la recourante 1 ne prétend de toute façon pas qu'elle conserverait un intérêt actuel en application de l'art. 195 LP,

que, selon les conclusions du recours, celui-ci tend à permettre à la recourante 1 de poursuivre son activité après modification de sa raison sociale et de son but social,

qu'en tout état de cause, la décision de faillite, entrée en force, a mis un terme à l'activité de la recourante 1 que celle-ci voudrait continuer puisque son activité est dorénavant limitée à la liquidation par voie de faillite,

que, quelle que soit l'issue de la procédure, la recourante 1 ne pourrait par conséquent pas reprendre son activité,

qu'en d'autres termes, en raison de la décision de faillite entrée en force, le Tribunal de céans ne dispose plus de la faculté de modifier la décision de mise en liquidation attaquée de sorte qu'une décision sur le fond se limiterait à la constatation d'une éventuelle illicéité des mesures prononcées par l'autorité inférieure,

que, dans ces circonstances, le succès du recours n'aurait plus aucune utilité pratique pour la recourante 1,

que, si l'intérêt actuel existe au moment du dépôt du recours mais disparaît au cours de la procédure, celle-ci doit être rayée du rôle car devenue sans objet,

que, comme la recourante 1 l'a relevé, il y a néanmoins lieu exceptionnellement de faire abstraction de l'exigence de l'intérêt actuel lorsque la contestation peut se reproduire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues, que sa nature ne permet pas de la trancher avant qu'elle ne perde son actualité et qu'en raison de sa portée de principe, il existe un intérêt public suffisamment important à la solution

de la question litigieuse (cf. ATF 131 II 670 consid. 1.2 et les réf. cit. ; arrêt du TF 1C_133/2009 du 4 juin 2009 consid. 3 ; ALAIN WURZBURGER, in : Corboz/Wurzbürger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 2009, art. 89 n° 23),

que les conditions énumérées ci-dessus sont cumulatives (cf. arrêt B-6955/2008 consid. 2.4),

qu'en l'espèce, la recourante 1 souligne que d'autres sociétés pourraient se trouver dans la même situation soit de se voir mises en faillite alors même qu'il existe déjà une décision de liquidation contre laquelle un recours est pendant,

qu'à juste titre, elle ne se prévaut pas du fait que la situation pourrait se reproduire pour elle-même puisqu'elle a été mise en faillite (cf. décision du TF 2A.398/2000 consid. 1.3),

que, par ailleurs, c'est en raison des circonstances très particulières du cas d'espèce et non de sa nature que l'acte attaqué ne peut pas être soumis au contrôle de l'autorité de recours,

qu'en effet, la recourante 1 n'a pas saisi un moyen de droit donné contre la décision de mise en faillite alors qu'elle ne devait ignorer, à la lecture de son dispositif, que son entrée en force aurait des incidences sur la présente procédure de recours,

qu'ainsi, l'attitude de la recourante 1 se révèle à l'origine du fait que l'affaire est devenue sans objet,

que, de surcroît, un examen d'une telle contestation avant qu'elle ne perde son actualité ne peut être exclu d'une manière générale puisqu'une mise en faillite n'interviendra pas dans tous les cas,

que, dans ces conditions, on doit bien admettre que la contestation ne se représentera pas dans des circonstances similaires,

qu'en conséquence, il n'y a pas lieu de faire abstraction de l'exigence d'un intérêt actuel,

que, sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, l'affaire est devenue sans objet de sorte qu'elle doit être radiée du rôle,

que, conformément à l'art. 23 al. 1 let. a LTAF, le juge instructeur statue comme juge unique sur la radiation des causes devenues sans objet,

qu'en l'espèce, le Tribunal doit se prononcer non seulement sur la radiation du recours mais également sur sa recevabilité ainsi que sur la licéité des coûts relatifs à la procédure devant l'autorité inférieure (cf. consid. infra),

que, par voie de conséquence, il se justifie que la cause soit examinée par un collège à trois juges (cf. arrêt B-5779/2010 p. 10 s.),

que, 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 (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]),

qu'en l'occurrence, la situation de surendettement de la recourante 1 ainsi que l'entrée en force de l'ouverture de la faillite et, partant, le fait que la procédure se voie privée de son objet, s'avèrent imputables à la recourante 1 elle-même,

qu'en outre, vu l'irrecevabilité du recours dans la mesure où il concerne le recourant 2, il y a lieu de considérer que celui-ci a succombé, ses conclusions ne pouvant être satisfaites pour des motifs d'ordre formel, soit le défaut de qualité pour recourir (cf. MARCEL MAILLARD, in : Praxiskommentar VwVG, art. 63 n° 14),

qu'il découle de ce qui précède que les frais de procédure doivent être mis à la charge des recourants,

que, compte tenu de l'ampleur et de la complexité de la cause ainsi que de son issue, les frais doivent être fixés à 1'000 francs pour la recourante 1 et à 500 francs pour le recourant 2,

que les frais seront prélevés sur l'avance de frais de 6'000 francs (3'000 francs chacun, après déduction des frais relatifs à la décision incidente du 23 mai 2013) déjà versée par les recourants,

que les soldes de 2'000 francs et 2'500 francs seront restitués respectivement à la recourante 1 et au recourant 2 dès l'entrée en force de la présente décision,

que, eu égard à l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 FITAF),

que les dispositions de la procédure administrative applicables à la présente procédure ne règlent pas expressément le sort des frais relatifs à la procédure qui s'est déroulée devant l'autorité inférieure dans le cas où la cause deviendrait sans objet,

que, dans ce contexte, le Tribunal de céans a fait sienne la pratique développée sur la question par le Tribunal fédéral (cf. décision de radiation du TAF B-6308/2009 du 28 juillet 2010 confirmée par le TF par arrêt 5A_657/2010 du 17 mars 2011),

que, conformément à cette jurisprudence, si l'autorité de recours ne peut plus modifier la décision entreprise parce que la cause est devenue sans objet, la répartition des frais fixée dans ladite décision ne peut plus non plus être modifiée et que, dans un tel cas, le tribunal renvoie l'affaire à l'autorité inférieure pour nouvelle décision sur les frais de procédure ou tient compte de la problématique dans la fixation des frais relatifs à sa propre procédure (cf. arrêt 5A_657/2010 et les réf. cit. ; arrêt B-5779/2010 p. 12),

que, cependant, une fois la procédure devenue sans objet, le Tribunal fédéral n'examine la décision entreprise sous l'angle de la répartition des frais de procédure que si ceux-ci ont été contestés de manière autonome et non uniquement au travers des conclusions formulées dans la cause principale (cf. arrêt du TF 2C_237/2009 du 28 septembre 2009 consid. 2.3),

qu'en l'espèce, dans leur recours, les recourants ne s'en prennent pas aux montants des frais, que ce soient ceux de la FINMA ou ceux de la liquidatrice,

qu'au contraire, concluant à la reformulation du dispositif, ils y reprennent expressément les montants tels qu'infligés, demandant uniquement qu'ils soient mis à la charge du recourant 2,

qu'en outre, formellement invités à se déterminer sur le courrier de la FINMA posant la question de la persistance d'un intérêt actuel à la suite de l'entrée en force de la décision de mise en faillite, les recourants ont estimé qu'il se justifiait de faire abstraction de l'intérêt actuel et, partant, de rendre une décision sur le fond, mais ne se sont pas exprimés sur la question des

frais relatifs à la procédure déroulée devant l'autorité inférieure dans l'hypothèse d'une radiation,

que rien ne permet de retenir que les frais découlant de ladite procédure se présenteraient comme inadéquats ou que l'ouverture de l'enquête devrait être qualifiée d'injustifiée, d'autant plus que les recourants ont expressément reconnu la violation de la LSA,

qu'en conséquence, il y a lieu de considérer les frais perçus par l'autorité inférieure comme licites (art. 15 et 55 LFINMA, art. 5 et 8 de l'ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA du 15 octobre 2008 [Oém-FINMA, RS 956.122] ; cf. arrêt B-5779/2010 p. 13 et la réf. cit.),

qu'il découle de ce qui précède qu'un examen plus approfondi de la décision entreprise en lien avec les seuls frais de procédure ne se révèle plus nécessaire,

qu'aussi, eu égard à la situation de fait, en particulier à l'entrée en force de la décision de mise en liquidation et le fait que les frais relatifs à la procédure survenue devant l'autorité inférieure n'ont pas été contestés, rien ne s'oppose à l'entrée en force de la décision entreprise sur la question des frais,

le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours de Y._____ est irrecevable.

2.

Le recours de X._____ SA en liquidation est devenu sans objet. Partant, l'affaire est radiée du rôle.

3.

Les frais de procédure de 1'000 francs et de 500 francs sont mis à la charge respectivement de la recourante 1 et du recourant 2. Ces montants seront prélevés sur l'avance de frais déjà versée de Fr. 6'000.–. Les soldes (2'000 francs et 2'500 francs) seront restitués aux recourants dès l'entrée en force de la présente décision.

4.

Il n'est pas alloué de dépens.

5.

La présente décision est adressée :

- aux recourants (acte judiciaire ; annexes : formulaires "adresse de paiement") ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. G01002238 ; acte judiciaire).

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 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 : 20 avril 2015