



---

Cour II  
B-992/2018

## Arrêt du 13 décembre 2018

---

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),  
Eva Schneeberger, Daniel Willisegger, juges,  
Ivan Jabbour, greffier.

---

Parties

1. **A.** \_\_\_\_\_,  
2. **B.** \_\_\_\_\_,  
tous deux représentés par Maître Eric Alves de Souza,  
avocat,  
recourants,

contre

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

---

Objet

Dénonciation dans le cadre d'une procédure de faillite.

**Faits :****A.**

Par décision du 19 septembre 2014, la FINMA a ouvert la faillite de la Banque C.\_\_\_\_\_ et nommé D.\_\_\_\_\_ SA comme liquidatrice. Le 31 octobre 2014, A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ (ci-après : les recourants), titulaires d'un compte bancaire auprès de la Banque C.\_\_\_\_\_, ont produit leurs créances dans la faillite de la banque. Celles-ci ont été admises et figurent à l'état de collocation pour un montant total d'environ (...) francs. Le dividende estimé à ce jour pour les créanciers de troisième classe s'élève à 4 %.

Par circulaire n° 11 du mois d'août 2017, la liquidatrice a proposé aux créanciers la cession des prétentions en responsabilité de la masse en faillite contre les organes de la banque et ceux des autres entités du groupe auquel elle appartenait ainsi que les prétentions contractuelles fondées sur diverses polices d'assurance (ci-après : droits cessibles). Ladite circulaire stipulait au § 3(b) que les créanciers souhaitant obtenir la cession de ces droits devaient impérativement, jusqu'au 15 septembre 2017 au plus tard, adresser une requête écrite à la liquidatrice en utilisant le formulaire joint et remplir toutes les conditions figurant dans celui-ci. Le ch. 3 de ce formulaire avait la teneur suivante : « le soussigné reconnaît et accepte que la cession des Droits cessibles est soumise à la condition suspensive qu'il ait versé, dans le délai imparti pour demander la cession selon le chiffre 3(b) de la circulaire et sur le compte bancaire de (la Banque C.\_\_\_\_\_) (...), l'émolument de 200 francs. La cession sera inopérante si cette condition n'est pas réalisée dans le délai imparti (...)».

Par courrier recommandé du 12 septembre 2017, le représentant des recourants a transmis à la liquidatrice le formulaire de demande de cession complété. En raison d'un manquement dans les procédures internes de l'étude, l'émolument n'a pas été versé le 15 septembre 2017. Aussitôt que cela a été constaté, le 16 septembre 2017, l'ordre de virement a été donné. Le débit a été effectué le premier jour ouvrable suivant, soit le lundi 18 septembre 2017. Le 9 novembre 2017, la liquidatrice a requis des informations sur le compte depuis lequel la somme de 200 francs avait été débitée. Ce même jour, les créanciers auxquels la liquidatrice a décidé de céder les droits ont reçu l'acte de cession. Par courrier du 16 novembre 2017, le représentant des recourants a expliqué les circonstances dans lesquelles le virement a été effectué et a demandé à la liquidatrice de céder les droits cessibles à ses mandants. Par courrier du 4 décembre 2017, la liquidatrice a refusé de donner suite à cette demande au motif que le délai

fixé au ch. 3 du formulaire de cession n'avait pas été respecté pour le versement de l'émolument.

**B.**

Le 13 décembre 2017, les recourants ont déposé une dénonciation à la FINMA en concluant à ce que l'autorité procède directement à la cession des droits cessibles en leur faveur, subsidiairement à ce qu'elle ordonne à la liquidatrice de procéder à la cession et plus subsidiairement à ce qu'elle rende une décision formelle susceptible de recours. Dans leur dénonciation, les recourants ont souligné qu'ils étaient touchés dans leurs droits par la décision de la liquidatrice qui les prive de toute participation aux actions qui seront intentées sur la base des droits cessibles. Ils ont fait valoir que la liquidatrice avait l'obligation d'octroyer un délai supplémentaire pour verser l'émolument, que le refus de céder ces droits violait l'interdiction du formalisme excessif et que la garantie constitutionnelle de l'accès au juge imposait à la FINMA de rendre une décision formelle.

**C.**

Le 17 janvier 2018, la FINMA a adressé aux recourants une lettre dans laquelle elle expliquait avoir examiné leur dénonciation avec attention et les informait que, selon elle, la position de la liquidatrice concernant le traitement de leur demande était conforme au droit.

**D.**

Le 29 janvier 2018, les recourants ont sollicité de la FINMA qu'elle rende une décision formelle, lui rappelant que telle était la conclusion plus subsidiaire de leur dénonciation. Par courrier du 14 février 2018, la FINMA a maintenu sa position.

**E.**

Par mémoire du 15 février 2018, les recourants ont formé recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre l'acte du 17 janvier 2018 – qu'ils considèrent comme une décision – en concluant sous suite de frais et dépens : principalement, à l'annulation de la décision et à ce que le Tribunal de céans prononce la cession des droits cessibles en leur faveur ; subsidiairement, à l'annulation de la décision et à ce que le Tribunal de céans enjoigne la FINMA de prononcer ladite cession. Pour le cas où la lettre du 17 janvier 2018 ne devait pas être qualifiée de décision, les recourants concluent à la recevabilité du recours pour déni de justice commis par la FINMA. Ils ajoutent qu'en tout état de cause, la garantie de l'accès au juge doit leur permettre de contester le refus de cession des

créances. Sur le fond, les recourants estiment que la FINMA a violé le droit fédéral en ignorant que la liquidatrice aurait dû octroyer un délai supplémentaire pour le règlement de l'émolument, en faisant sien le formalisme excessif de la liquidatrice et en entérinant à tort l'abus du pouvoir d'appréciation que celle-ci a commis.

#### **F.**

Dans sa réponse du 2 mai 2018, la FINMA conclut, sous suite de frais, à ce que le recours soit déclaré irrecevable, subsidiairement à ce qu'il soit rejeté. S'agissant de la recevabilité, la FINMA déclare que la lettre du 17 janvier 2018 ne revêt pas la qualité de décision et que, même à admettre qu'elle doive être considérée comme telle, le recours serait exclu par la législation en matière de faillite bancaire sans violer la garantie de l'accès au juge. Si le recours devait être déclaré recevable, alors il devrait être rejeté faute d'un droit à l'obtention d'un délai supplémentaire dans les circonstances du cas d'espèce ; le rejet de la demande des recourants ne relève pas non plus du formalisme excessif ou d'un excès du pouvoir d'appréciation.

#### **G.**

Dans leurs déterminations du 18 mai 2018, les recourants rappellent qu'ils avaient manifesté leur volonté d'obtenir la cession des droits de la masse avant l'échéance du délai imparti par la liquidatrice. Ils relèvent que celle-ci a cédé les droits à des créanciers qui n'avaient pas versé à temps l'entier de la somme requise à titre d'émolument, ceci en raison de frais retenus par les banques sur la somme de 200 francs.

#### **H.**

Par courrier du 30 octobre 2018, les recourants ont produit une communication de la liquidatrice du 19 octobre 2018 informant les personnes intéressées d'un changement dans la liste des créanciers cessionnaires.

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 de l'art. 31 LTAF, le Tribunal administratif fédéral est compétent pour juger des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA rendues par l'une des autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF dont la FINMA fait partie.

**1.2** Plusieurs questions se posent en relation avec la recevabilité du présent recours. La première consistant à savoir si l'acte attaqué constitue une décision au sens de l'art. 5 PA faute de quoi seul un recours pour déni de justice entrerait en ligne de compte, pour autant que les recourants aient disposé d'un droit à ce que l'autorité rende une décision. La deuxième étant de décider si l'art. 24 al. 2 LB – en vertu duquel, dans les faillites bancaires, les créanciers et les propriétaires d'une banque ne peuvent recourir que contre l'homologation du plan d'assainissement et les opérations de réalisation – fait obstacle au traitement du recours en excluant les voies de droit à ce stade de la procédure et, dans cette hypothèse, la troisième étant de savoir si la garantie de l'accès au juge impose de donner la possibilité aux recourants de contester l'acte attaqué devant un tribunal.

**1.3** Ces questions n'ont cependant pas à être tranchées en l'espèce compte tenu du fait que, même s'il devait s'avérer recevable, le recours devrait être rejeté (cf. infra consid. 2). Il en va de la sorte même dans l'hypothèse où le comportement de la FINMA devait être qualifié de déni de justice : celle-ci ayant clairement manifesté dans son courrier du 14 février 2018 qu'elle n'entendait pas revenir sur sa position exprimée dans l'acte attaqué, le renvoi de la cause à l'autorité afin qu'elle rende une décision formelle constituerait un détour procédural dont les recourants ne tireraient aucun avantage et, partant, s'avère inutile.

## **2.**

La liquidatrice a rejeté la requête de cession déposée par les recourants au motif que ceux-ci avaient versé tardivement l'émolument de 200 francs exigé en combinaison avec le dépôt de la demande. La FINMA a jugé cette décision conforme au droit. Les recourants estiment que la liquidatrice a fait preuve de formalisme excessif en expliquant qu'ils avaient déposé leur demande dans le délai imparti et qu'ils auraient dû bénéficier d'un délai supplémentaire pour le paiement de l'émolument, ajoutant que celui-ci a été effectué dès que l'erreur a été constatée. Ils se prévalent également de l'égalité de traitement en expliquant que les demandes d'autres créanciers avaient été admises alors même qu'ils n'avaient pas versé l'entier de l'émolument à temps.

**2.1** En vertu de l'art. 34 al.1 à 3 LB, la décision de faillite d'une banque déploie les effets de l'ouverture de la faillite au sens des art. 197 à 220 LP ; sous réserve des dispositions spéciales de la LB, la faillite est effectuée selon les règles prescrites aux art. 221 à 270 LP ; la FINMA peut prendre des décisions et des mesures dérogeant à ces règles. Sur cette base, la FINMA a édicté son ordonnance du 30 août 2012 sur l'insolvabilité des banques et des négociants en valeurs mobilières (OIB-FINMA, RS 952.05). Mis à part le renvoi explicite aux art. 221 à 270 LP, il convient d'admettre que, faute de dispositions spéciales dans la LB ou l'OIB-FINMA, d'autres normes de la LP – dont les art. 31 à 33 – ainsi que les ordonnances d'exécution de cette loi – dont l'ordonnance du Tribunal fédéral du 13 juillet 1911 sur l'administration des offices de faillite (OAO, RS 281.32) et l'ordonnance du Conseil fédéral sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (OELP) – sont applicables dans le cadre de la faillite bancaire également (cf. FRANCO LORANDI, Die allgemeinen Spielregeln im Bankenkongressrecht, PJA 4/2016, p. 442 ss, 445 et 450 ; RENATE SCHWOB/OLIVIER FAVRE, in : Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, n° 3 ad art. 34, éd. juillet 2015 et la réf. cit.).

En vertu de l'art. 21 al. 4 OIB-FINMA, si le liquidateur de la faillite entend faire valoir en justice une créance contestée de la masse, il demande à la FINMA son autorisation et les instructions nécessaires. S'il n'engage aucune action, il peut offrir aux créanciers la possibilité d'en demander la cession selon l'art. 260 al. 1 et 2 LP ou de réaliser les créances concernées et les autres prétentions ; s'il offre aux créanciers la possibilité de demander la cession, il leur fixe un délai raisonnable à cette fin (art. 21 al. 5 et 6 OIB-FINMA). Selon l'art. 260 al. 1 LP, si l'ensemble des créanciers renonce à faire valoir une prétention, chacun d'eux peut en demander la cession à la masse. Le produit, déduction faite des frais, sert à couvrir les créances des cessionnaires dans l'ordre de leur rang et l'excédent est versé à la masse (art. 260 al. 2 LP). Dans le cadre d'une procédure de faillite bancaire, la décision de renoncer à faire valoir les droits est, comme il vient d'être exposé, prise par le liquidateur.

**2.2** Les recourants se réfèrent à l'art. 101 al. 3 CPC – qu'ils estiment applicable par renvoi de l'art. 31 LP – selon lequel, si les avances de frais ou les sûretés ne sont pas fournies dans le délai imparti, le tribunal ne refuse d'entrer en matière sur la demande ou la requête qu'à l'échéance d'un délai supplémentaire, et déclarent que la liquidatrice avait l'obligation de leur octroyer un tel délai. En vertu de l'art. 31 LP, sauf disposition contraire de cette loi, les règles du code de procédure civile du

19 décembre 2008 (CPC) s'appliquent à la computation et à l'observation des délais. Cette disposition renvoie dès lors aux art. 142 ss CPC (cf. FRANCIS NORDMANN, in : Staehelin/Bauer/Staehelin, Basler Kommentar – Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2<sup>e</sup> éd. 2010, n° 2 ad art. 31) et non pas à d'autres normes de procédure telles que l'art. 101 al. 3 CPC. Les recourants ne peuvent dès lors pas s'en prévaloir.

**2.3** Ils invoquent ensuite l'interdiction du formalisme excessif qui impose également à l'autorité sous certaines circonstances, d'octroyer un délai supplémentaire.

Le formalisme excessif est un aspect particulier du déni de justice prohibé par l'art. 29 al. 1 Cst. Il est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux. Les formes procédurales sont nécessaires pour assurer le déroulement de la procédure conformément au principe de l'égalité de traitement ainsi que pour garantir l'application du droit matériel et la sécurité du droit (cf. arrêt du TF 5A\_403/2017 du 11 septembre 2017 consid. 6.3.1). Selon une jurisprudence bien établie, il n'y a pas de rigueur excessive à ne pas entrer en matière sur un recours lorsque, conformément au droit de procédure applicable, la recevabilité de celui-ci est subordonnée au versement d'une avance de frais dans un délai déterminé ; il faut cependant que son auteur ait été averti de façon appropriée du montant à verser, du délai imparti pour le paiement et des conséquences de l'inobservation de ce délai (cf. arrêt du TF 2C\_250/2009 2 juin 2009 consid. 5.1 et les réf. cit.). Le non octroi d'un délai supplémentaire tel que prévu à l'art. 62 al. 3 LTF et à l'art. 101 al. 3 CPC – mais non dans la PA ou dans certaines lois cantonales de procédure – ne contrevient pas à l'interdiction du formalisme excessif (cf. arrêt du TF 1C\_629/2014 du 12 août 2015 consid. 4.2).

Il n'en va pas autrement dans le cadre de la procédure de faillite. Le non-respect du délai imparti afin de requérir valablement la cession des prétentions entraîne la péremption du droit à demander la cession pour le créancier concerné (cf. arrêt du TF 5A\_950/2016 du 5 avril 2017 consid. 3.1 concernant l'art. 48 al. 1 de l'ordonnance du 13 juillet 1911 sur l'administration des offices de faillite [OAOFF ; RS 281.32] applicable en cas de cession selon l'art. 260 LP). Il s'agit certes d'un délai prolongeable et restituable selon les art. 33 al. 2 et 4 LP sous certaines conditions qui ne sont pas remplies en l'espèce et ne sont pas invoquées par les recourants. Le fait que les droits aient été finalement cédés ultérieurement, soit le

9 novembre puis, suite à des clarifications, le 5 décembre 2017, ne change rien au fait que les recourants n'ont pas observé le délai pour requérir valablement la cession. En outre, les créanciers avaient été avertis des conséquences de l'inobservation du délai : en effet, au § 3(b) de la circulaire n° 11 du mois d'août 2017, la liquidatrice a informé les créanciers intéressés qu'ils devaient impérativement, jusqu'au 15 septembre au plus tard, lui adresser une requête écrite en utilisant le formulaire joint et remplir toutes les conditions figurant dans celui-ci, soit le versement de l'émolument dans le même délai ; il était expressément indiqué au ch. 3 de l'annexe que la cession serait inopérante si cette condition n'était pas réalisée dans le délai imparti. Par publication dans la Feuille officielle suisse du commerce le 15 août 2017, la FINMA a d'ailleurs notamment informé les créanciers de l'envoi de ladite circulaire leur indiquant qu'ils devaient faire valoir leurs droits jusqu'au 15 septembre 2017 et précisant que la publication faisait foi pour le calcul des délais et les conséquences juridiques qui y étaient liées.

Par conséquent, le refus d'octroyer aux recourants un délai supplémentaire pour le paiement de l'émolument n'est pas constitutif d'un formalisme excessif.

**2.4** Les recourants reprochent enfin à la liquidatrice un abus du pouvoir d'appréciation sanctionné par la FINMA car elle a pris une décision favorable à des créanciers requérant la cession dans des situations présentant également des manquements formels. Ils estiment que la liquidatrice aurait dû agir de la sorte dans leur cas également.

L'autorité abuse de son pouvoir d'appréciation lorsqu'elle se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (cf. ATF 137 V 71 consid. 5.1). Une décision viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. De plus, il n'y a, en principe, pas d'égalité de traitement dans l'illégalité (cf. arrêt du TF 5P.51/2002 du 28 octobre 2002 consid. 5.1 et les réf. cit.). Les cas dont les recourants font

état ne sont pas comparables à leur situation car la demande de prolongation de délai pour le paiement de l'émolument avait été déposée à temps. En outre, la liquidatrice a considéré valide le paiement d'une somme inférieure à 200 francs car la différence était due aux frais retenus par la banque chargée d'effectuer le versement. Les recourants, pour leur part, ont effectué l'entier du paiement hors délai sans avoir demandé une prolongation. Enfin, même à admettre que l'admission des demandes de ces créanciers eût été injustifiée, les recourants ne peuvent pas se prévaloir de l'égalité de traitement dans l'inégalité. Quant à la modification de la liste des créanciers cessionnaires communiquée par la liquidatrice le 19 octobre 2018, elle est due au fait que des créanciers dont la demande de cession avait été jugée valide ont cédé à leur tour leurs droits à d'autres personnes ; cette situation ne présente aucune similarité avec celle des recourants.

### 3.

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 FITAF). 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 1<sup>ère</sup> phrase FITAF).

En l'espèce, les recourants ont succombé dans l'ensemble de leurs conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à 1'500 francs, doivent être intégralement mis à leur charge. Ils seront prélevés sur l'avance de frais de 3'500 francs versée par les recourants et le solde leur sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

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 rejeté pour autant qu'il soit recevable.

#### 2.

Les frais de procédure, d'un montant de 1'500 francs, sont mis à la charge des recourants. Cette somme sera prélevée sur l'avance de frais de 3'500 francs déjà versée par les recourants et le solde leur sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

**3.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (acte judiciaire) ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; acte judiciaire).

Le président du collège :

Le greffier :

Jean-Luc Baechler

Ivan Jabbour

**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 de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 14 décembre 2018