



Cour II
B-5591/2016

Arrêt du 26 avril 2017

Composition

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

Parties

A. _____ SA,
représentée par Maître Thierry Cagianut, avocat,
recourante,

contre

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

Objet

Dénonciation en lien avec l'établissement d'un état de
collocation.

Faits :**A.**

Par décision du 12 décembre 2014, l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA a prononcé l'ouverture de la faillite de B._____ SA, (...) (ci-après : B._____) au 15 décembre 2014 et nommé C._____ SA en qualité de liquidatrice. Auparavant, la FINMA avait ordonné le transfert du portefeuille d'assurance de B._____ ainsi que des actifs de la fortune liée y afférente à D._____ SA ; le recours interjeté contre cette décision rendue le 5 décembre 2014 par le président de B._____, E._____, ainsi que par A._____ SA (ci-après : la recourante), actionnaire unique de B._____, a été déclaré irrecevable par le Tribunal administratif fédéral par arrêt du 18 août 2015 (cause B-401/2015) confirmé par le Tribunal fédéral par arrêt du 1^{er} août 2016 (cause 2C_872/2015).

B.

Par courrier du 14 avril 2016, la recourante a annoncé aux représentants de C._____ SA chargés de la liquidation (ci-après : les liquidateurs) qu'elle avait choisi E._____ pour officier comme organe de B._____ dans le cadre de la procédure de faillite. Le 28 avril 2016, les liquidateurs ont pris acte de cette nomination et informé la recourante que celui-ci ne serait invité à se prononcer que sur les créances non inscrites dans les livres de B._____ ; il lui appartiendrait de se déterminer sur la base des dossiers de production reçus, les livres de B._____ ne lui étant d'aucune utilité à cet égard. S'agissant de l'inventaire, les liquidateurs ont ajouté que l'organe devait déclarer s'il considérait l'inventaire comme exact et complet en consultant les pièces comptables ad hoc qui seraient mises à sa disposition. Ils ont précisé qu'ils souhaitaient déposer l'état de collocation dans les plus brefs délais. Par courrier du 4 mai 2016, la recourante a indiqué que la consultation de pièces comptables ad hoc ne suffirait pas à l'organe pour se prononcer sur le caractère exact et complet de l'inventaire mais qu'un accès adéquat au dossier était nécessaire. Par circulaire de cette même date, les liquidateurs ont informé les créanciers de B._____ notamment du fait que D._____ SA avait produit une créance de 49'768'372 francs correspondant à la perte qu'elle subirait par la reprise du portefeuille de la faillie. Par courrier du 9 mai 2016, les liquidateurs ont déclaré que la fonction d'organe devait être exercée par une personne disposant d'une parfaite connaissance des affaires de la société au jour de la décision de faillite ; ils ont informé la recourante qu'ils avaient pris la décision de ne pas demander à l'organe d'attester de l'exactitude de l'inventaire et de l'état de collocation mais qu'ils le consulteraient

néanmoins au sujet de quelques créances. Par courrier du 13 mai 2016, la recourante s'est déclarée surprise par la décision des liquidateurs de ne pas consulter l'organe au sujet de l'inventaire et de l'état de collocation ; s'agissant de l'inventaire, elle en a pris acte comme une dispense expresse de rester à la disposition de l'administration pendant la durée de la liquidation. Elle a insisté sur l'inscription d'une prétention à l'encontre d'un ancien organe de B. _____ et à ce que l'organe désigné par elle soit invité à se prononcer sur la créance produite par D. _____ SA. Elle a demandé aux liquidateurs de lui envoyer au plus vite le projet d'état de collocation dans sa version actuelle. Par courriels du 1^{er} juin 2016, les liquidateurs ont porté à l'attention de l'organe (par le biais du conseil de la recourante) cinq créances produites en lui demandant de leur communiquer les informations en sa possession relatives à ces productions. Le 8 juin 2016, la recourante a réitéré par courriel ses demandes formulées dans son courrier précédent. Le 13 juin 2016, les liquidateurs ont maintenu leur position. Dans une circulaire du 22 juin 2016, ils ont informé les créanciers du dépôt de l'état de collocation consultable dès le lendemain en signalant qu'il pouvait être contesté dans un délai de vingt jours à partir de ce moment.

C.

Le 7 juillet 2016, la recourante a déposé une première dénonciation auprès de la FINMA concluant essentiellement à l'annulation de l'état de collocation au motif que les livres et la comptabilité de B. _____ n'étaient pas disponibles aux créanciers, à ce qu'il soit ordonné aux liquidateurs de les produire dans une version consultable et à ce que ces derniers déterminent avec précision le montant des actifs de la faillite. Le 14 juillet 2016, la recourante a déposé une deuxième dénonciation se plaignant que les liquidateurs n'avaient pas soumis toutes les créances produites dans la faillite de B. _____ à la personne désignée par les propriétaires ; elle a conclu à l'annulation de l'état de collocation et à ce qu'il soit ordonné aux liquidateurs de soumettre ces créances, en particulier celle de D. _____ SA, à la personne précitée.

D.

Par courriers des 10 et 11 août 2016, la FINMA a informé la recourante qu'elle avait examiné les faits dénoncés, que la liquidatrice n'avait pas violé les prescriptions légales qui régissent l'établissement de l'état de collocation et que la procédure pouvait suivre son cours.

E.

Par mémoire du 14 septembre 2016, la recourante a formé recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre le courrier du 11 août 2016 qu'elle a qualifié de décision. Elle conclut préalablement à ce que le recours soit déclaré recevable et à ce qu'il soit constaté qu'il a effet suspensif ; principalement, elle demande au Tribunal de céans de constater la nullité de la décision ; de constater que les liquidateurs ont failli à leur obligation légale de soumettre toutes les créances produites dans la faillite à la personne désignée par la recourante ; de constater que les liquidateurs ainsi que la FINMA avaient violé leurs devoirs essentiels de fonction ; d'annuler l'état de collocation ; de renvoyer la cause à la FINMA afin qu'elle ordonne aux liquidateurs de soumettre les créances à la personne désignée par la recourante et de mettre les dépens à la charge de la FINMA.

À l'appui du recours, la recourante allègue une violation de l'interdiction d'arbitraire par les liquidateurs ainsi que par la FINMA, les premiers en ne soumettant pas les créances à la personne qu'elle a désignée, la seconde en ne remédiant pas à cette situation. La recourante demande l'annulation de l'état de collocation en expliquant que si l'organe désigné avait été consulté, les liquidateurs auraient statué différemment sur certaines créances. Elle se plaint en outre d'un déni de justice car la FINMA n'avait pas traité sa requête concernant la consultation de l'organe au sujet de la créance de 49'768'372 francs produite par D._____ SA. Enfin, elle reproche à la FINMA d'avoir violé son devoir de motiver en n'exposant pas les raisons qui l'ont menée à ne pas retenir une violation par les liquidateurs des prescriptions applicables. Enfin, elle estime disposer d'un intérêt concret et digne de protection à la constatation de la violation par les liquidateurs ainsi que la FINMA de leurs devoirs essentiels dans la perspective d'une éventuelle demande en dédommagement.

Par mémoire du même jour, la recourante a également formé recours contre le courrier du 10 août 2016 (cause B-5600/2016).

F.

Invitée à se déterminer sur la recevabilité du recours, la FINMA conclut, par écritures du 11 novembre 2016, à ce qu'il soit déclaré irrecevable. Elle explique en premier lieu que les propriétaires et les créanciers d'une assurance ne peuvent recourir que contre les opérations de réalisation de sorte que la recourante n'est pas légitimée à recourir contre l'état de collocation. Ensuite, la FINMA déclare que son courrier du 11 août 2016 ne visait qu'à renseigner la dénonciatrice sur le traitement de la dénonciation

et ne constituait donc pas une décision sujette à recours. Enfin, la FINMA relève que la recourante avait introduit plusieurs actions en contestation de l'état de collocation auprès de la Justice de Paix du canton de Vaud ainsi que devant elle et que, par conséquent, elle ne disposait pas d'un intérêt digne de protection à en obtenir l'annulation par la FINMA ; un tel intérêt lui faisait également défaut en ce qui concerne la consultation de la personne désignée par elle au sujet des créances.

G.

Par courrier du 19 décembre 2016, la recourante a maintenu les conclusions de son recours en ajoutant, à titre subsidiaire, une requête en constatation que la FINMA avait commis un déni de justice en ne rendant pas de décision à la suite de la dénonciation. S'agissant de la recevabilité du recours, elle conteste que la loi restreigne son droit de recourir en déclarant que la disposition invoquée par la FINMA ne pouvait lui être appliquée en l'espèce car elle ne vise que le recours de tiers non destinataires de la décision, n'exclut pas le recours pour déni de justice et ne vaut qu'aussi longtemps que les intérêts des assurés doivent être protégés ; or, elle ne peut être qualifiée de tiers dès lors qu'elle est destinataire d'une décision refusant la consultation de la personne désignée par elle au sujet des créances produites. La recourante ajoute que cette disposition, dont elle met en doute la constitutionnalité, prive les propriétaires et créanciers de toute protection juridique ; dans la mesure où, au stade de la vérification des créances par le liquidateur, les intérêts des assurés sont préservés par le transfert du portefeuille, il convient de l'appliquer de manière restrictive. La recourante déclare que si le courrier litigieux ne devait pas être qualifié de décision, alors la FINMA aurait commis un déni de justice formel car elle aurait dû entériner les actes des liquidateurs par une décision. En ce qui concerne la qualité pour recourir, la recourante déclare qu'elle dispose d'un intérêt digne de protection à obtenir l'annulation de l'état de collocation et à consulter les créances produites dans la faillite ; en effet, toute créance dont la collocation ne sera pas admise pourrait avoir pour effet d'augmenter les excédents d'actifs auxquels elle aurait droit. Elle reproche à la FINMA de confondre sa qualité de propriétaire avec celle de créancier ; si, en cette dernière qualité, elle a introduit des actions en contestation de l'état de collocation en vertu de l'art. 250 LP, elle dispose toujours en tant que propriétaire du droit d'être consultée au sujet des créances produites.

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 En l'espèce, se pose la question de savoir si le courrier de la FINMA du 11 août 2016 constitue une décision. La recourante le prétend dans son recours en expliquant que, même si le courrier litigieux ne revêt pas les aspects formels d'une décision, il doit être considéré comme telle étant donné qu'il abroge de façon définitive son droit en tant que propriétaire de l'entreprise faillie d'être consultée sur chaque créance produite dans la faillite de B. _____ et d'en contester l'admission à l'état de collocation. Pour sa part, la FINMA déclare que ce courrier ne règle pas de manière individuelle et concrète les droits de la recourante en rapport avec l'état de collocation et ne lie pas celle-ci ; partant, il ne s'agit pas d'une décision.

1.2.1 Lorsqu'il s'agit de qualifier un acte de décision, il n'est pas nécessaire que les exigences formelles prévues aux art. 34 s PA soient remplies ; déterminant est le fait que l'acte en question revête les caractéristiques matérielles d'une décision, cela indépendamment de la volonté de l'autorité ou de celle de l'administré (cf. arrêt du TAF B-5872/2011 du 18 décembre 2013 consid. 1.2.2 et les réf. cit.). Selon 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, soit de créer, modifier ou annuler des droits ou des obligations (let. a), soit de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de tels droits ou obligations (let. b), soit encore de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à un tel but (let. c). Autrement dit, il doit s'agir d'un acte de souveraineté unilatéral fondé sur le droit public par lequel une autorité règle, dans un cas individuel et concret, un rapport de droit de manière contraignante et obligatoire (cf. ATF 139 V 72 consid. 2.2.1). Un acte ne peut déjà être qualifié de décision du fait qu'il touche d'une manière ou d'une autre à la situation juridique d'un administré ; il doit tendre à régler celle-ci de manière spécifique (cf. arrêt du TF 2C_1097/2014 du 6 octobre 2014 consid. 3.1).

1.2.2 Dans sa dénonciation du 14 juillet 2016, la recourante a notamment demandé à la FINMA de constater, par une décision sujette à recours, que les liquidateurs avaient violé leurs obligations légales et de leur ordonner, également par décision, de procéder aux actes omis. Dans son courrier du 11 août 2016, la FINMA a informé la recourante avoir achevé l'examen des faits dénoncés et a déclaré que la liquidatrice n'avait pas violé les prescriptions légales régissant l'établissement de l'état de collocation ; elle en a conclu que la procédure pouvait continuer à suivre son cours. Comme le relève la recourante, ce courrier ne présente pas les caractéristiques formelles d'une décision selon l'art. 35 PA soit la désignation en tant que décision, les motifs et l'indication des voies de droit. Il convient d'examiner si, nonobstant, il en possède les caractéristiques matérielles. La FINMA y porte à la connaissance de la recourante ses conclusions quant au respect par les liquidateurs des dispositions relatives à l'établissement de l'état de collocation ; il n'en ressort pas, fût-ce implicitement, la volonté de régler un aspect de la procédure de manière impérative. Notamment, elle ne certifie pas le bien-fondé des créances ou l'exactitude de l'état de collocation établi. Elle ne prive pas non plus la recourante de la possibilité de les remettre en question au travers de l'action en contestation prévue à l'art. 250 LP – moyen d'ailleurs saisi par celle-ci à l'encontre de certaines des créances produites.

Par ailleurs, en tant que mandataires, les liquidateurs sont tenus de suivre les instructions de la FINMA qui peuvent être assimilées à des actes internes de l'autorité puisqu'ils agissent en tant que "bras prolongé" de celle-ci. De tels actes ne constituent pas des décisions et peuvent généralement en être distingués selon deux critères : d'une part, même s'ils peuvent déployer des effets juridiques, ils n'ont pas pour objet de régler la situation juridique d'un sujet de droit en tant que tel ; d'autre part, le destinataire en est l'administration elle-même, dans l'exercice de ses tâches, et non pas l'administré (cf. ATF 136 I 323 consid. 4.4). En l'occurrence, après avoir examiné la situation, la FINMA a renoncé à donner des instructions aux liquidateurs ; ne réglant pas de manière impérative les rapports entre l'administration et l'administré, le rejet de la demande de la recourante ne revêt pas le caractère de décision (cf. arrêt du TF 2P.229/2002 du 29 janvier 2003 consid. 1.1). Ce constat se recoupe d'ailleurs avec les déclarations de la FINMA qui indique ne pas avoir eu l'intention de rendre une décision. Si, à l'inverse, celle-ci était parvenue à la conclusion que les liquidateurs avaient commis des fautes, elle leur aurait le cas échéant ordonné, comme le demandait la recourante dans sa dénonciation, de rétablir une situation conforme aux dispositions applicables. Ce faisant, elle aurait uniquement procédé à un acte interne

adressé aux liquidateurs sans prononcer des mesures influant – malgré les répercussions sur la procédure – de façon directe et contraignante sur les droits ou obligations de la recourante.

1.3 Compte tenu de ce qui précède, il appert que le courrier de la FINMA du 11 août 2016 ne constitue pas une décision au sens de l'art. 5 PA. Dès lors que le recours du 14 septembre 2016 n'est pas dirigé contre une telle décision, ses conclusions préalables et principales s'avèrent irrecevables. Par ailleurs, la demande de constatation – formulée par la recourante en vue d'une éventuelle action en dédommagement – que les liquidateurs ainsi que la FINMA avaient violé leurs devoirs essentiels de fonction est subsidiaire à une action condamnatoire portant sur la responsabilité de la FINMA et de ses mandataires (cf. arrêt du TF 1A.253/2005 du 17 février 2006 consid. 2.6.1).

2.

À titre subsidiaire, dans l'hypothèse où le Tribunal de céans devait dénier au courrier du 11 août 2016 le caractère de décision, la recourante fait grief à la FINMA d'avoir commis un déni de justice faute d'avoir rendu une décision à la suite de sa dénonciation.

2.1 En vertu 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. La notion de "décision sujette à recours" exprime clairement qu'un recours en cas de déni de justice ou de retard injustifié ne peut être formé que si la décision refusée ou retardée est elle-même sujette à recours (cf. Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, 4206 ; arrêt du TF 2C_81/2009 du 26 mai 2009 consid. 2.1 ; arrêt du TAF A-828/2012 du 10 mai 2012 consid. 1.2.2). En outre, le recours pour déni de justice n'est recevable que si l'administré a sollicité de l'autorité compétente qu'elle rende une décision à laquelle il a droit ; un tel droit existe lorsque l'autorité concernée se voit obligée d'agir par voie de décision et que l'administré dispose de la qualité de partie ; si cette qualité fait défaut, l'autorité doit rendre une décision de non-entrée en matière (cf. arrêt du TF 1C_165/2009 du 3 novembre 2009 consid. 2.2 ; arrêt du TAF B-6737/2016 du 19 décembre 2016 consid. 1.6.1).

Dans sa requête du 14 juillet 2016, la recourante a formulé sous l'intitulé "Dénonciation (art. 6 al. 1 OFA-FINMA)" les conclusions suivantes : 1. Qu'il soit constaté dans une décision sujette à recours que les Liquidateurs ont failli à leurs obligations selon l'art. 24 al. 4 OFA-FINMA de soumettre toutes

les créances produites dans la faillite de B._____, en liquidation à la personne désignée par les propriétaires ; 2. Annuler l'état de collocation par une décision sujette à recours ; 3. Ordonner aux Liquidateurs dans une décision sujette à recours de soumettre toutes les créances produites dans la faillite de B._____, en liquidation, et en particulier la créance produite par D._____ SA pour le montant de 49'768'372 francs, à la personne désignée par les propriétaires selon l'art. 24 al. 4 OFA-FINMA ; 4. Condamner les Liquidateurs à tous les dépens de l'instance, lesquels comprendront une équitable indemnité valant participation aux frais d'avocats de la Requérante.

En vertu de l'art. 6 de l'ordonnance de la FINMA du 17 octobre 2012 sur la faillite des assurances (OFA-FINMA, RS 961.015.2), quiconque est touché dans ses intérêts par la décision, l'acte ou l'omission d'une personne à qui la FINMA a confié des tâches en vertu de cette ordonnance peut dénoncer les faits à la FINMA (al. 1). Les décisions prises par ces personnes ne sont pas des décisions au sens de la PA et le dénonciateur n'a pas la qualité de partie au sens de ladite loi (al. 2). La FINMA apprécie les faits qui font l'objet de la dénonciation, prend les mesures qui s'imposent et rend une décision si nécessaire (al. 3). L'art. 6 OFA-FINMA règle ainsi dans le contexte particulier de la faillite d'une entreprise d'assurance le moyen de la dénonciation comparable à celui ancré à l'art. 71 PA.

2.2 La démarche de la recourante n'était pas univoque ou, du moins, n'a pas été comprise par la FINMA dans le sens que la première lui attribue. Elle a déposé sa requête explicitement à titre de dénonciation au sens de l'art. 6 al. 1 OFA-FINMA – qui ne fonde en soi pas la qualité de partie ni n'oblige l'autorité à rendre une décision (cf. supra consid. 2.1 in fine et infra consid. 2.2.1) – tout en sollicitant dans ses conclusions que la FINMA rende une décision sujette à recours. Par courrier du 19 juillet 2016, celle-ci a accusé réception de la dénonciation et informé la recourante qu'elle rendrait une décision si nécessaire tout en rappelant que le dénonciateur n'avait pas qualité de partie. Dans son courrier du 11 août 2016, elle a informé la recourante qu'elle n'avait pas identifié de violations des dispositions pertinentes par les liquidateurs. Elle a donc traité la requête comme une simple dénonciation et non pas comme une demande tendant expressément à ce qu'elle rende une décision devant permettre à la recourante de saisir les voies de droit. La question de savoir si la FINMA aurait dû l'interpréter dans ce dernier sens en raison du libellé des conclusions – mentionnant expressément une décision sujette à recours – et rendre le cas échéant une décision de non-entrée en matière ou du moins interroger la recourante à ce sujet n'a pas à être tranchée dès lors

que les conditions d'un recours pour déni de justice ne se révèlent pas remplies dans les deux cas de figure.

2.2.1 En effet, s'il est conclu que, malgré la teneur des conclusions, la requête pouvait légitimement être comprise dans le sens d'une dénonciation au sens strict sollicitant uniquement l'intervention de la FINMA afin de rétablir l'ordre légal et non pas une décision formelle, alors le recours pour déni de justice s'avère irrecevable en l'absence d'une demande tendant expressément à ce qu'une décision soit rendue (cf. supra consid. 2.1). À cet égard, il convient de rappeler que la dénonciation ne suffit pas à elle seule à conférer au dénonciateur la qualité de partie (cf. ATF 139 II 279 consid. 2.3) ; l'administré ne possède en principe aucun droit à ce que sa dénonciation soit suivie d'effets car l'autorité saisie peut, après un examen sommaire, décider de la classer sans suite ; le dénonciateur n'a même pas de droit à ce que l'autorité prenne une décision au sujet de sa dénonciation (cf. ATF 133 II 468 consid. 2). L'art. 6 al. 2 et 3 OFA-FINMA rappelle ces principes. La recourante aurait dû déduire du courrier de la FINMA du 19 juillet 2016 que celle-ci entendait traiter la requête comme dénonciation dans le cadre de laquelle il ne lui serait pas reconnu la qualité de partie. Sous ces conditions, on pouvait attendre de sa part qu'elle précise sa demande. En outre, il lui aurait été loisible, après avoir reçu la communication de la FINMA du 11 août 2016, de requérir de celle-ci qu'elle rende une décision formelle.

Si, à l'inverse, on admet que la FINMA aurait dû accorder plus d'importance à la phrase "décision sujette à recours" utilisée dans les conclusions de la recourante et interpréter celle-ci dans le sens d'une demande formelle de décision allant au-delà de la simple dénonciation, il convient alors d'examiner si la recevabilité du recours pour déni de justice se heurte au fait que la décision omise n'aurait pas été susceptible de recours sur le fond (cf. supra consid. 2.1). En effet, en vertu de l'art. 54e al. 1 LSA, dans les procédures de faillite, les créanciers et les propriétaires d'une assurance ou d'une société significative d'un groupe ou d'un conglomérat ne peuvent recourir que contre les opérations de réalisation. Les recours au sens de l'art. 17 LP sont exclus dans ces procédures.

2.2.2 Les arguments de la recourante concernant la validité de cette disposition ainsi que sa pertinence dans le cas d'espèce ne convainquent pas. Sa teneur est claire et n'appelle à première vue aucune interprétation. Rien ne laisse en outre penser qu'elle ne corresponde pas à la volonté réelle du législateur. L'art. 54e LSA a été introduit avec l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF,

RS 958.1 ; RO 2015 5339, 5410). Il vise, de manière analogue à l'art. 24 al. 2 et 3 LB, à garantir le règlement rapide des procédures de faillite des entreprises d'assurance et à empêcher qu'un nombre excessif de recours ne puisse retarder de manière disproportionnée les procédures, voire les bloquer (cf. Message du Conseil fédéral du 3 septembre 2014 concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers [FF 2014 7235, 7377]). Des procédures de recours engagées par des créanciers ou des propriétaires pourraient rapidement avoir des effets désastreux dans certains cas. Dans l'intérêt de l'ensemble des participants à la procédure, ils doivent donc disposer de voies de droit concentrées sur l'essentiel, soit sur les décisions qui portent directement atteinte à leurs droits (cf. Message du Conseil fédéral du 20 novembre 2002 concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne [ci-après : Message concernant la modification de la LB], FF 2002 7476, 7494, concernant la disposition correspondante de l'art. 24 al. 2 LB). Partant, la recourante ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que l'art. 54e LSA doit être appliqué de manière restrictive et ne vaudrait qu'aussi longtemps que les intérêts des assurés doivent être protégés ; même après un transfert de portefeuille, les divers créanciers – dont éventuellement d'anciens assurés ou employés non concernés par la reprise du portefeuille – disposent d'un intérêt à une clôture rapide de la procédure de faillite.

2.2.3 La recourante allègue ensuite que l'exclusion des recours contre l'état de collocation contrevient à la garantie de l'accès au juge selon l'art. 29a Cst. En vertu de cette disposition, toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels. L'art. 29a Cst. exige ainsi qu'une autorité judiciaire au moins contrôle librement l'établissement des faits et l'application du droit (cf. arrêt du TF 4A_399/2011 du 19 octobre 2011 consid. 2.1 et les réf. cit.) dans toutes les contestations juridiques portant en particulier sur les droits et les obligations de personnes physiques ou morales (cf. ATF 136 I 323 consid. 4.3). Il n'impose cependant pas qu'une voie de recours soit disponible à chaque étape de la procédure ; le législateur peut prévoir qu'une autorité administrative rendra d'abord une décision et qu'ensuite seulement l'accès au juge sera garanti (cf. Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, 531). À cet égard, il convient de rappeler que l'art. 54e LSA ne restreint pas la légitimation aux actions en justice dans le cadre de la procédure de liquidation telle l'action en contestation de l'état de collocation ou celle en revendication (cf. Message concernant la modification de la LB, FF 2002 7476, 7494, concernant la disposition correspondante de l'art. 24 al. 2 LB).

La recourante a d'ailleurs fait usage de cette possibilité en formant action au sens de l'art. 250 LP contre plusieurs créanciers de B._____. En outre, la garantie de l'accès au juge ne donne pas à la personne touchée un droit illimité et inconditionnel de porter le litige devant un juge ; l'accès au tribunal, s'il doit être garanti, ne signifie pas que la procédure de recours ne pourrait être soumise aux conditions de recevabilité habituelles dont la qualité pour agir. Ces limitations ne sauraient cependant être à ce point restrictives que le droit d'accès au tribunal soit atteint dans sa substance même. Il faut qu'elles poursuivent un but légitime et soient proportionnées (cf. ATF 136 I 323 consid. 4.3 ; ATF 131 II 169 consid. 2.2.3 ; arrêt du TF 6B_103/2016 du 13 mai 2016 consid. 2.4.2). En l'occurrence, la restriction du droit de recours aux opérations de réalisation découle de la jurisprudence rendue en lien avec la LP déniant aux créanciers et aux propriétaires la qualité pour recourir contre certaines décisions (cf. Message concernant la modification de la LB, FF 2002 7476, 7494 ; ATAF 2009/31 consid. 2.4.3) ; comme il a été exposé ci-dessus, elle vise à garantir le règlement rapide des procédures de faillite (cf. supra consid. 2.2.2). Le grief de la recourante concernant la violation de l'art. 29a Cst. doit par conséquent être rejeté. Il convient encore de relever à ce sujet que le projet de loi sur les établissements financiers prévoit une modification de l'art. 54e al. 1 LSA en permettant aux créanciers et aux propriétaires de recourir également contre l'approbation par la FINMA du tableau de distribution et du compte final en vertu de l'art. 36 al. 1 et 2 OFA-FINMA (cf. projet de loi fédérale sur les établissements financiers [LEFin], FF 2015 8335, 8394) ; selon le Message du Conseil fédéral du 4 novembre 2015 concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin), le fait que le créancier ne puisse pas s'opposer à une réduction de sa créance au moyen d'un recours paraît problématique à la lumière de la réserve constitutionnelle en faveur de la loi et de la garantie de l'accès au juge (FF 2015 8101, 8258). Cette modification ne porte cependant pas sur les étapes précédentes telles que l'établissement de l'état de collocation.

2.2.4 La recourante estime par ailleurs que l'art. 54e LSA ne concernerait que le recours de tiers non destinataires d'une décision intervenue dans le cadre de la procédure de faillite alors qu'elle se trouve directement visée par une décision lui refusant l'accès au dossier et le droit d'être consultée au sujet des créances ; elle déclare en outre que cette disposition n'exclut pas le recours pour déni de justice lorsque l'autorité saisie ne rend pas de décision à la demande de l'administré, en particulier lorsqu'il s'agit d'une demande d'accès au dossier.

Certes, le Tribunal de céans a considéré que l'art. 24 al. 2 LB ne s'appliquait pas lorsque la décision en cause portait une atteinte directe aux intérêts juridiquement protégés de son destinataire ou d'un tiers (cf. arrêt du TAF B-6065/2015 du 8 mai 2016 consid. 1.2.4). Tel n'est cependant pas le cas en l'espèce dans le contexte l'art. 54e LSA compte tenu de la ratio legis des dispositions de l'OFA-FINMA dont la recourante invoque la violation.

En vertu de l'art. 24 al. 1 OFA-FINMA, le liquidateur de la faillite examine les créances produites ainsi que celles découlant de la loi. Il peut, dans ce cadre, mener ses propres enquêtes et prier les créanciers de lui remettre des moyens de preuve complémentaires. Selon l'al. 4 de cet article, le liquidateur de la faillite consulte la personne désignée par les propriétaires pour officier comme organe de l'entreprise d'assurance à propos des créances qui ne sont pas inscrites dans les livres de l'entreprise d'assurance. Les indications données par l'organe consulté sont notamment utiles au liquidateur de la faillite pour l'appréciation des productions (cf. *Versicherungskonkursverordnung-FINMA, Erläuterungsbericht* du 8 mai 2012, p. 21). Cette disposition trouve son pendant à l'art. 244 LP à la différence cependant que l'administration de la faillite, qui examine les réclamations et fait les vérifications nécessaires, consulte le failli sur chaque production et non pas uniquement sur celles qui ne sont pas inscrites dans les livres de l'entreprise d'assurance. Selon l'art. 245 LP, l'administration statue sur l'admission au passif sans être liée par les déclarations du failli. L'omission de cette consultation dans une faillite normale n'entraîne pas la nullité de l'acte litigieux mais uniquement son annulation (cf. ATF 122 III 137 consid. 1 ; arrêt du TF 5A_734/2010 du 17 mars 2011 consid. 4.1) par la voie de la plainte selon l'art. 17 LP à la condition toutefois que le recourant puisse démontrer que la consultation omise s'avérait susceptible de conduire l'administration à prendre une autre décision influençant l'état de collocation (cf. arrêt du TF 5A_892/2012 du 31 janvier 2013 consid. 3.3).

En cela, cette consultation se distingue des garanties de procédure de caractère formel tel que le droit d'être entendu – qui garantit notamment le droit d'accès au dossier – dont la violation entraîne en principe l'admission du recours ainsi que l'annulation de la décision attaquée indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (cf. ATF 135 I 187 consid. 2.2 ; ATF 132 V 387 consid. 5.1) et donc sans qu'il soit même nécessaire de vérifier si, au fond, la décision apparaît justifiée ou non. Elle diffère en ce sens également de l'accès au dossier réglé à l'art. 5 OFA-FINMA mentionné par la recourante dans ses déterminations du

19 décembre 2016 mais sur lequel elle n'a cependant fondé ni sa demande aux liquidateurs ni sa dénonciation à la FINMA ; ce droit, dont elle peut se prévaloir indépendamment de la consultation de l'organe qu'elle a désigné en vertu de l'art. 24 al. 4 OFA-FINMA, n'est d'ailleurs pas restreint aux créances non inscrites dans les livres de la faillie. Bien que la consultation du failli – ou en l'espèce de la personne désignée par la propriétaire de la faillie – ne relève pas de la discrétion des liquidateurs (cf. arrêt du TF 5A_892/2012 du 31 janvier 2013 consid. 3.3), comme le signale la recourante à juste titre, elle doit être considérée non pas en tant que disposition visant à protéger les droits de ceux-ci ou à les renseigner sur la situation du failli mais comme démarche servant à l'établissement de l'état de collocation contre lequel les propriétaires et les créanciers ne peuvent justement pas recourir en raison de la restriction du recours aux opérations de réalisation par l'art. 54e al. 1 LSA. La recourante ne peut donc remettre en cause les décisions prises dans le cadre de la procédure en lien avec l'art. 24 OFA-FINMA. Par conséquent, la voie du recours pour déni de justice ne saurait être ouverte non plus (cf. supra consid. 2.1). Les liquidateurs ont par ailleurs expliqué que plusieurs créances au sujet desquelles la recourante a demandé la consultation de E. _____ étaient inscrites dans les livres de B. _____ et, partant, n'avaient pas à lui être présentées en vertu de l'art. 24 al. 1 OFA-FINMA (cf. Déterminations des liquidateurs du 8 août 2016, pp. 13 ss).

Le même raisonnement s'applique à la consultation de l'organe au sujet de l'inventaire. Selon l'art. 16 al. 1 OFA-FINMA, le liquidateur de la faillite procède à l'inventaire des biens faisant partie de la masse en faillite. En vertu de l'art. 16 al. 6 OFA-FINMA, il soumet l'inventaire à une personne choisie par les propriétaires de l'entreprise d'assurance pour officier comme organe ; il l'invite à déclarer si elle considère l'inventaire exact et complet ; la déclaration de cette personne doit être consignée dans l'inventaire. Cette disposition correspond à l'art. 228 LP dont le but est d'établir avec précision l'étendue du patrimoine grâce à la déclaration du failli. Par ailleurs, avertie par les liquidateurs qu'ils n'entendaient pas consulter E. _____ au sujet de l'inventaire, la recourante a, par courrier du 13 mai 2016, considéré cette communication comme dispense expresse de rester à la disposition de l'administration de la faillite comme le prévoit l'art. 229 al. 1 LP et n'a plus exigé que l'organe désigné soit consulté. Au demeurant, les liquidateurs ont, par courrier du 30 mai 2016, transmis à la recourante un inventaire complet des archives de B. _____ en l'informant qu'elle pouvait consulter les pièces dans leurs locaux ou dans ceux de la société d'archivage.

Il convient de rappeler dans ce contexte que, dans les procédures de faillite d'entreprises d'assurance, la plainte au sens de l'art. 17 LP exclue par l'art. 54e al. 1 LSA a été remplacée par le recours de droit administratif, restreint toutefois aux opérations de réalisation (cf. Message concernant la modification de la LB, FF 2002 7476, 7494, concernant la disposition correspondante de l'art. 24 al. 2 LB). Permettre aux propriétaires ou aux créanciers de contester les autres actions des liquidateurs par le biais du recours de droit administratif – en exigeant une décision de la FINMA contre laquelle ils pourront ensuite recourir auprès du Tribunal de céans, dans un délai au demeurant plus long que celui de la plainte – contreviendrait à l'objectif de célérité poursuivi par l'art. 54e LSA (cf. supra consid. 2.2.2), et ce même si la voie de recours prévue à l'art. 17 LP aurait été ouverte dans le cadre d'une faillite normale.

2.3 Il découle de ce qui précède que le recours pour déni de justice formé par la recourante à titre de conclusion subsidiaire s'avère lui aussi irrecevable. Au demeurant, on peut se demander si la recourante dispose encore d'un intérêt actuel à recourir (art. 48 al. 1 let. c PA) dès lors qu'elle a déposé plusieurs actions en contestation de l'état de collocation et que ces dernières constituent l'instrument approprié afin d'atteindre le but poursuivi à savoir l'exclusion des créances contestées par elle. En outre, le fait qu'elle soit à la fois propriétaire et créancière ne fonde pas un intérêt digne de protection dans l'une des qualités indépendamment de l'autre. Quoi qu'il en soit, cette question peut rester ouverte compte tenu du résultat.

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 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 1^{ère} phrase FITAF).

En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à 1'500 francs, doivent être intégralement mis à la charge de la recourante. Ils seront compensés dès l'entrée en force du présent arrêt par l'avance de frais du même montant versée par la recourante.

Vu l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 PA).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est irrecevable.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 1'500 francs, sont mis à la charge de la recourante. Cette somme sera compensée par l'avance de frais du même montant déjà versée dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire) ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. (...)) ; acte judiciaire).

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

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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 4 mai 2017