
2022 IV/7

Extrait de l'arrêt de la Cour II
dans la cause X. Ltd. et Y.
contre Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
B-2367/2020 du 13 décembre 2022

Surveillance des marchés financiers. Faillite bancaire. Distraction de valeurs déposées.

Art. 16, art. 24 al. 2, art. 33 al. 2, art. 34 al. 3, art. 37d LB. Art. 6, art. 12 al. 1 OIB-FINMA.

- 1. Incompétence de la FINMA à intervenir dans la conduite de la procédure de faillite de la banque en application des art. 33 al. 2 LB et art. 12 OIB-FINMA une fois des liquidateurs nommés (consid. 9).**
- 2. La distraction de valeurs déposées au sens de l'art. 37d LB ne peut être obtenue de la FINMA sur la base de l'art. 34 al. 3 LB (consid. 10).**
- 3. Défaut de qualité de partie du dénonciateur dans une procédure de surveillance consécutive à une dénonciation au sens de l'art. 6 OIB-FINMA (consid. 11).**

Finanzmarktaufsicht. Bankenkonkurs. Absonderung von Depotwerten.

Art. 16, Art. 24 Abs. 2, Art. 33 Abs. 2, Art. 34 Abs. 3, Art. 37d BankG. Art. 6, Art. 12 Abs. 1 BIV-FINMA.

- 1. Nach der Ernennung von Konkursliquidatoren hat die FINMA keine Befugnis, gestützt auf Art. 33 Abs. 2 BankG und Art. 12 BIV-FINMA in den Ablauf des Konkursverfahrens der Bank einzugreifen (E. 9).**
- 2. Bei der FINMA kann nicht gestützt auf Art. 34 BankG eine Absonderung von Depotwerten nach Art. 37d BankG erwirkt werden (E. 10).**
- 3. Keine Parteistellung des Anzeigers in einem Aufsichtsverfahren infolge einer Anzeige gemäss Art. 6 BIV-FINMA (E. 11).**

Vigilanza dei mercati finanziari. Fallimento bancario. Separazione di valori depositati.**Art. 16, art. 24 cpv. 2, art. 33 cpv. 2, art. 34 cpv. 3, art. 37d LBCR.
Art. 6, art. 12 cpv. 1 OIB-FINMA.**

- 1. Dopo la nomina dei liquidatori, la FINMA non è autorizzata ad intervenire nello svolgimento della procedura di fallimento bancario in applicazione dell'art. 33 cpv. 2 LBCR e dell'art. 12 OIB-FINMA (consid. 9).**
- 2. Sulla base dell'art. 34 cpv. 3 LBCR non è possibile ottenere dinanzi alla FINMA una separazione dei valori depositati ai sensi dell'art. 37d LBCR (consid. 10).**
- 3. Assenza della qualità di parte del denunciante in una procedura di vigilanza posteriore ad una denuncia ai sensi dell'art. 6 OIB-FINMA (consid. 11).**

Par décision du 23 octobre 2015, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA, ci-après aussi: autorité inférieure) a prononcé la faillite de la banque A. SA et nommé deux liquidateurs.

X. (ci-après: recourante), détentrice de divers comptes et dépôts auprès de ladite banque, et son ayant droit économique Y. (ci-après: recourant) ont requis de la FINMA, le 5 novembre 2018, le prononcé d'une décision ordonnant la distraction immédiate de la masse en faillite des avoirs de la recourante tombés irrégulièrement dans la masse en faillite de la banque A.

Par décision du 4 mars 2020, l'autorité inférieure a déclaré la demande des recourants irrecevable.

Par acte du 4 mai 2020, X. et Y. ont déposé un recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral.

Le Tribunal administratif fédéral rejette le recours dans la mesure de sa recevabilité.

Extrait des considérants:

9.

9.1 En vertu de l'art. 33 al. 2 LB (RS 952.0), la FINMA nomme un ou plusieurs liquidateurs de la faillite; ceux-ci sont soumis à sa surveillance et lui font rapport à sa demande. En outre, l'art. 12 al. 1 de l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire du 30 août 2012 (OIB-FINMA, RS 952.05) prescrit que la FINMA nomme un liquidateur de la faillite par voie de décision si elle n'assume pas elle-même les tâches correspondantes. Ainsi, la teneur de l'art. 33 al. 2 LB semble imposer dans tous les cas la nomination d'un ou plusieurs liquidateurs de la faillite alors que l'art. 12 al. 1 OIB-FINMA permet à la FINMA d'assumer elle-même les tâches correspondantes.

9.1.1 Une norme juridique doit être interprétée en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Lorsque son sens littéral est clair et univoque, l'autorité qui doit l'appliquer est en principe liée (cf. ATF 132 III 18 consid. 4.1). Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme; il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (cf. ATF 145 IV 17 consid. 1.2; 144 V 313 consid. 6.1 et réf. cit.). Un acte normatif doit s'interpréter en premier lieu selon sa lettre, les autres éléments d'interprétation n'intervenant qu'à titre subsidiaire (cf. ATF 141 II 280 consid. 6.1; arrêt du TF 1C_168/2019 du 17 janvier 2020 consid. 3.2). L'autorité a le droit de déroger au sens littéral d'un texte apparemment clair, par la voie de l'interprétation, lorsque des raisons objectives révèlent que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause. De tels motifs peuvent ressortir des travaux préparatoires, du but de la règle, des valeurs qui l'inspirent et de ses rapports avec d'autres dispositions légales (cf. ATF 143 IV 488 consid. 3; 142 II 80 consid. 4.1 et réf. cit.).

9.1.2 Procédant à une interprétation téléologique de l'art. 33 al. 2 LB, le Tribunal administratif fédéral a déjà considéré que le principe absolu de

la nomination des liquidateurs tel qu'il découle d'une interprétation littérale de cette disposition s'avère susceptible d'entrer en contradiction avec le but des dispositions sur la faillite bancaire. Afin de mieux répondre aux exigences posées dans un cas particulier, il a donc jugé admissible que la FINMA puisse décider soit de nommer un ou plusieurs liquidateurs soit, lorsque les circonstances le justifient (par exemple lorsque la protection des créanciers le justifie dans un cas particulier), d'y renoncer et d'exercer elle-même l'ensemble des fonctions de surveillance et des tâches décisionnelles (cf. arrêt du TAF B-3771/2012 du 12 mars 2013 consid. 2.3.3). Elle peut également reprendre, en qualité de liquidatrice, la conduite de la procédure de faillite initialement confiée à un ou plusieurs liquidateurs, notamment s'il apparaît que la masse disposerait d'actifs insuffisants pour couvrir les frais d'un liquidateur externe (cf. arrêt B-3771/2012 consid. 2.4; BAUER/HARI/JEANNERET, in: Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2^e éd. 2013 [ci-après: BSK BankG], art. 33 n^o 23). La FINMA ne peut cependant pas renoncer librement à la nomination d'un liquidateur; il doit s'agir d'un cas justifié, ce qui n'est qu'exceptionnellement le cas (cf. SCHWOB/FAVRE, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 2015 [ci-après: Comm LB], art. 33 LB n^o 14). Si le Tribunal administratif fédéral a, de la sorte, expressément admis la possibilité pour la FINMA d'exercer elle-même la fonction de liquidatrice dans son ensemble si des circonstances particulières le justifient, il n'a en revanche rien dit sur celle pour l'autorité, nonobstant la nomination d'un ou plusieurs liquidateurs en application de l'art. 33 al. 2 LB, d'assumer seulement certaines de leurs tâches. A cet égard, il appert d'emblée que ni l'art. 12 OIB-FINMA ni, a fortiori, l'art. 33 al. 2 LB ne prévoient cette faculté. Au contraire, l'art. 12 al. 1 OIB-FINMA ne prévoit très clairement que deux hypothèses: soit la FINMA nomme un ou plusieurs liquidateurs, soit elle exerce elle-même la fonction.

Reste à déterminer s'il existe des raisons objectives de penser que le texte clair de l'art. 12 OIB-FINMA ne restituerait pas son sens véritable. A cet égard, on peut tout d'abord relever que, selon l'art. 13 OIB-FINMA, une fois nommé, c'est bien au liquidateur de la faillite de conduire la procédure; cette disposition ne prévoit pas non plus de compétences parallèles. Il convient ensuite de tenir compte du but visé par la procédure de faillite bancaire. Si cette procédure connaît les mêmes étapes que la procédure de faillite prévue par la LP (RS 281.1), elle se caractérise en revanche par ses objectifs de simplification, rapidité, flexibilité, efficacité, adéquation et sécurité juridique (cf. arrêt B-3771/2012 consid. 2.2.2 et réf. cit.;

EMMENEGGER/KURZBEIN, Rollenverteilung und Rechtsschutz in der Bankeninsolvenz, RSDA 2013 p. 510). Ainsi, une banque connaissant des problèmes de solvabilité doit être soumise à une procédure efficace, adaptée à chaque cas particulier et permettant d'aboutir soit à un assainissement, soit – si ce dernier n'est pas envisageable – à la liquidation la plus avantageuse possible pour les créanciers et les propriétaires. Or, atteindre cet objectif suppose avant tout que les mesures prises par l'autorité de surveillance ou les personnes instituées ne fassent pas chacune l'objet de recours bloquant inévitablement le déroulement de la procédure. Dans l'intérêt de l'ensemble des participants à la procédure, les créanciers et les propriétaires 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 20 novembre 2002 concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, FF 2002 7476, 7494 [ci-après: Message LB 2002, FF 2002 7476]).

Il faut également souligner qu'admettre une compétence de la FINMA d'intervenir à tout moment dans les procédures pour lesquelles elle a nommé un ou plusieurs liquidateurs la contraindrait à surveiller ces derniers de manière permanente. Or, d'une part, une telle surveillance lui imposerait de déployer des efforts considérables; d'autre part, elle reviendrait à considérer le liquidateur comme un simple exécutant de la FINMA. Cela rendrait leur désignation inutile et inefficace, se révélant également contraire au principe de célérité de la procédure clairement voulu par le législateur (cf. BAUER/HARI/JEANNERET, op. cit., art. 33 n° 33) mais également incohérent avec l'art. 33 al. 2 LB prévoyant expressément que les liquidateurs ne font rapport à la FINMA qu'à sa demande. De plus, une possibilité d'intervention de la FINMA en lien avec les activités des liquidateurs est déjà expressément prévue dans le cadre de la dénonciation puisque l'art. 6 al. 3 OIB-FINMA prévoit qu'elle apprécie les faits qui font l'objet de la dénonciation, prend les mesures qui s'imposent et rend une décision si nécessaire (sur la dénonciation en particulier: consid. 11).

9.1.3 Compte tenu de ce qui précède, aucun élément objectif ne permet de considérer que l'art. 12 OIB-FINMA ne se limiterait pas aux deux cas de figure expressément envisagés – soit la nomination d'un ou plusieurs liquidateurs soit l'accomplissement par la FINMA de l'ensemble des tâches correspondantes – mais lui conférerait encore la compétence d'intervenir à tout moment dans la procédure de faillite. Il n'y a dès lors pas lieu de s'écarter de son texte clair.

9.2 En l'espèce, il est constant que la FINMA a nommé des liquidateurs en application de l'art. 33 LB par décision du 23 octobre 2015, estimant par conséquent qu'il ne se justifiait pas qu'elle s'acquitte elle-même de cette fonction. Rien ne permet de retenir non plus qu'elle aurait, dans l'intervalle, identifié des raisons particulières légitimant qu'elle reprenne la conduite de la procédure. Les recourants ne se prévalent d'ailleurs pas de tels motifs. Dans ces conditions, c'est bien aux liquidateurs que revient la conduite de la procédure. Une intervention de la FINMA dans cette procédure ne saurait reposer sur les art. 33 al. 2 LB et art. 12 OIB-FINMA.

9.3 Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que les recourants ne sauraient obtenir la distraction demandée sur la base des art. 33 al. 2 LB et art. 12 OIB-FINMA.

10.

10.1 Conformément à l'art. 34 LB sur lequel fondent également les recourants une compétence de la FINMA à statuer sur la distraction, la décision de faillite déploie les effets de l'ouverture de la faillite au sens des art. 197 à 220 LP (al. 1). Sous réserve des dispositions qui suivent, la faillite est effectuée selon les règles prescrites aux art. 221 à 270 LP (al. 2). La FINMA peut prendre des décisions et des mesures dérogeant à ces règles (al. 2). Comme exposé précédemment (consid. 9.1.2), la procédure de faillite bancaire est soumise à ses propres règles, celles auxquelles renvoie l'art. 34 al. 2 LB ne suffisant pas à tenir compte des exigences particulières de la liquidation par voie de faillite d'une banque. Vu ces objectifs, la FINMA a en particulier, sur la base de l'art. 34 al. 3 LB, édicté l'OIB-FINMA. En outre, l'art. 34 al. 3 LB, se présentant comme une disposition potestative (« la FINMA peut »; « die FINMA kann »; « la FINMA può ») permet certes à la FINMA d'intervenir; cette possibilité se trouve toutefois limitée à maints égards. Tout d'abord, il est admis que cette compétence se limite à des dérogations à la LP; des dérogations à la LB ne sont en revanche pas admises (cf. arrêt B-3771/2012 consid. 2.3.1; FRANCO LORANDI, Die allgemeinen Spielregeln im Bankenkonzursrecht, PJA 2016 p. 443; BAUER/HAAS, in: BSK BankG, op. cit., art. 34 n° 29). De plus, elle ne peut porter que sur des dispositions de nature formelle, par exemple la réglementation concernant les délais ou le déroulement de procédures (cf. arrêt B-3771/2012 consid. 2.3.1; Message LB 2002, FF 2002 7476, 7509; voir aussi THOMAS GATTLEN, Die Verwertung zugunsten der Gläubiger im System des Unternehmenssanierungsrechts der Schweiz, 2010, p. 177). Nonobstant, l'arrêt B-3771/2012 n'indique pas clairement où se trouve la

ligne de séparation entre les mesures formelles et matérielles (cf. PETER NOBEL, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 4^e éd. 2019, n° 789, note 775, p. 1029). La FINMA ne peut en revanche pas, sur le fondement de cette norme, déroger aux dispositions de la LP sur des questions de principe (cf. arrêt B-3771/2012 consid. 1, 2.3.1, 3 et 5; voir aussi arrêt du TF 2C_237/2009 du 28 septembre 2009 consid. 3.2.1; BAUER/HAAS, op. cit., art. 34 n° 29).

10.2 En l'espèce, les recourants demandent à la FINMA de prononcer, en application de l'art. 34 al. 3 LB, la distraction des avoirs de la recourante de la masse en faillite. Ils reconnaissent cependant expressément que la FINMA ne peut, sur le fondement de cette norme, déroger qu'aux règles de la LP. Or, il est constant que ladite distraction incombe aux liquidateurs en application de l'art. 37d LB renvoyant à l'art. 17 de la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédies (LTI, RS 957.1). Aussi, l'intervention de l'autorité inférieure requise par les recourants ne viserait à l'évidence pas à déroger aux dispositions de nature formelle de la LP; elle devrait permettre de pallier les manquements des liquidateurs que les recourants allèguent. Pour le surplus, il appert que ces derniers ne fournissent pas davantage d'éléments qui selon eux justifieraient néanmoins l'application de l'art. 34 al. 3 LB à leur requête. On peut encore relever qu'en tout état de cause, cette disposition – potestative – confère à la FINMA une faculté; il est douteux que l'on puisse en déduire un droit des intéressés à obtenir une décision.

10.3 Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que les recourants ne peuvent obtenir que la FINMA procède à la distraction des avoirs de la recourante qu'ils demandent sur la base de l'art. 34 al. 3 LB.

11.

Les recourants se prévalent en outre d'un intérêt digne de protection au prononcé d'une décision sur dénonciation. Ils estiment que, si l'autorité inférieure se voit nier la compétence matérielle pour prononcer la distraction, son intervention se justifierait néanmoins au regard de l'objectif de rétablissement de l'ordre légal découlant d'une dénonciation. Ils exposent que l'intérêt du recourant repose avant tout sur le fait qu'il est titulaire, à titre individuel, du compte sur lequel les fonds appartenant à la recourante auraient dû être transférés et donc destinataire des avoirs tombés à tort dans la masse en faillite. Par ailleurs, ils avancent que celui de la recourante consiste à se voir restituer les actifs lui revenant de droit mais ayant été intégrés à la masse en faillite en violation des art. 16 al. 2 et art. 37d LB.

Ils allèguent enfin que la question soulevée n'est pas une prétention de droit civil contre la banque A. mais une question relative à la composition des actifs d'une banque en faillite.

De son côté, l'autorité inférieure fait remarquer que les créances à l'encontre du débiteur en faillite reviennent en principe à la recourante en tant que titulaire du compte; si le recourant se prévaut d'un intérêt immédiat, il lui appartient de démontrer l'existence d'un fondement juridique pour une créance contre la recourante. L'autorité inférieure ajoute que cet intérêt doit également impliquer l'immédiateté, soit ce qui le distingue des autres créanciers de la recourante. Elle note que les recourants ne fournissent cependant aucune explication sur ce point. Elle estime que les raisons pour lesquelles le recourant disposerait d'un intérêt immédiat au montant litigieux ne sont pas claires, signalant que, même s'il avait une créance envers la recourante, celle-ci subsisterait, que ce montant soit ou non restitué. Elle soutient que la seule titularité du compte de destination n'implique ni un intérêt ni un caractère d'immédiateté. Admettant que la recourante, connaissant la situation financière de la banque A., ait voulu mettre ses placements « en lieu sûr » et, en l'absence d'une autre relation de compte propre, utilisé celle existante du recourant pour le faire plus rapidement, elle considère qu'il n'en résulte pour autant ni un fondement juridique pour une créance, ni un intérêt pour le recourant. Elle ajoute qu'indépendamment de cela, même en admettant un intérêt immédiat du recourant, il faudrait ensuite déterminer si, dans le cadre d'une dénonciation au sens de l'art. 6 OIB-FINMA, cet intérêt immédiat serait également digne de protection. A cet égard, elle rappelle que la décision entreprise ne reconnaît aucun intérêt digne de protection pour la recourante et que les raisons qui justifieraient un intérêt digne de protection des recourants dans le cadre de l'art. 6 OIB-FINMA ne sont par ailleurs pas claires. A ses yeux, en tous les cas, ni le fait que la FINMA doive examiner les conditions de la distraction, ni le fait que les recourants n'aient pas pu être entièrement satisfaits par les prévenus dans la procédure pénale parallèle en cours ne fondent un intérêt digne de protection. Elle relève également que l'appréhension que les prévenus dans la procédure pénale en cours ne soient pas en mesure de restituer la totalité des montants litigieux en cas de condamnation, ne peut pas non plus justifier un intérêt digne de protection dans le cadre de l'art. 6 OIB-FINMA; elle souligne que les recourants ont, en plus de la procédure pénale, déjà saisi le juge civil pour une action en revendication, celle-ci étant dirigée contre la masse de la faillite qui détient le solde du montant

litigieux. Elle expose que, si l'on devait admettre une compétence supplémentaire de la FINMA, il en résulterait deux procédures parallèles entre deux parties identiques, concernant des faits et des conclusions identiques l'une devant le tribunal civil et l'autre devant le tribunal administratif. Elle en déduit que l'on ne saurait y distinguer aucun intérêt digne de protection.

Dans leurs remarques, les recourants estiment que le recourant est sans aucun doute touché par le refus de prononcer la distraction de manière directe et concrète dans la mesure où, depuis bientôt cinq ans, il attend que le virement des fonds litigieux en sa faveur soit exécuté. Ils ajoutent qu'il est faux de soutenir que la créance du recourant vis-à-vis de la recourante subsisterait que les fonds soient distraits ou non puisque le transfert (...) correspondait non à une créance, mais à un dividende dû au recourant par la recourante, dividende qui ne pourrait pas être revendiqué par le recourant si les fonds tombent dans la faillite de la banque A. Ils exposent qu'ainsi, aucun autre administré, en particulier aucun créancier de la recourante n'est affecté par cette situation avec la même intensité que le recourant; son intérêt n'ayant pas besoin d'être juridique, le recourant disposait bien d'un intérêt économique digne de protection à ce que la FINMA procède au rétablissement de l'ordre légal en ordonnant la distraction demandée. Sur la condition d'immédiateté, les recourants rappellent que l'intérêt économique et pratique du recourant à se voir restituer les fonds litigieux qui devaient lui revenir existe toujours, les circonstances n'ayant pas changé depuis le prononcé de la faillite. S'agissant de l'intérêt de la recourante, les recourants estiment qu'il est non seulement factuel, mais également juridique au regard des dispositions de la LB visant à garantir une protection étendue des clients d'une banque en cas de faillite. Ils notent en outre que, si la procédure civile en cours concerne les mêmes parties, l'objet du litige est différent puisqu'il s'agit de la revendication au sens des dispositions de droit civil. Ils considèrent qu'une décision de distraction bancaire prise par les autorités administratives serait la manière la plus simple d'aboutir à une solution rapidement.

11.1

11.1.1 A teneur de l'art. 6 OIB-FINMA, 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 la présente 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). En outre, aux termes de l'art. 6 PA, ont qualité de parties les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision. L'art. 6 PA définit ainsi la qualité de partie à la procédure de première instance en relation avec la qualité pour recourir au sens de l'art. 48 PA, disposition qui correspond à l'art. 89 al. 1 LTF et doit être interprétée de la même manière: celui qui a la qualité pour recourir selon ces deux dernières dispositions a aussi la qualité de partie en première instance (cf. ATF 143 II 506 consid. 5.1 et réf. cit.; 139 III 504 consid. 3.3 et réf. cit.; arrêt du TF 2C_519/2017 du 28 novembre 2017 consid. 4.2).

D'une manière générale, la seule qualité de dénonciateur ne donne pas le droit de recourir contre la décision prise à la suite de la dénonciation (art. 71 PA). Dans ce cas, le dénonciateur doit encore pouvoir invoquer un intérêt digne de protection à ce que l'autorité de surveillance intervienne (art. 48 al. 1 let. c PA; cf. ATF 135 II 145 consid. 6.1; 133 II 468 consid. 2 et réf. cit.; arrêts du TF 2C_79/2021 du 17 juin 2021 consid. 3.3; TF 2C_214/2018 du 7 décembre 2018 consid. 4.5; 2C_519/2017 consid. 4.3). Le Tribunal fédéral a précisé à différentes occasions que la question de savoir si un dénonciateur remplissait les conditions précitées et donc jouissait de la qualité de partie devait être résolue différemment selon les matières et les circonstances d'espèce. Afin d'opérer une délimitation raisonnable avec le « recours populaire », il reconnaît restrictivement la qualité de partie au dénonciateur, lorsque celui-ci pourrait sauvegarder ses intérêts d'une autre manière, notamment par le biais d'une procédure pénale ou civile. Il en va de même lorsque l'activité administrative s'en trouverait compliquée de manière excessive (cf. ATF 145 II 259 consid. 2.3; 142 II 451 consid. 3.4.1 et 3.4.2; 139 II 279 consid. 2.3 et réf. cit.; arrêts 2C_79/2021 consid. 3.3; 2C_214/2018 consid. 4.5; 2C_519/2017 consid. 4.3).

En outre, en matière de surveillance des banques et des marchés financiers, il est admis qu'il ne suffit pas que le dénonciateur soit investisseur ou client de la banque; bien plus, il doit au moins rendre vraisemblable que ses droits en tant qu'investisseur sont concrètement mis en danger ou ont été violés et, partant, qu'il a un intérêt propre, direct et digne de protection à la mise en œuvre d'une enquête administrative ou au prononcé de certaines mesures (cf. ATF 139 II 279 consid. 2.3 et réf. cit.; arrêt du TF 2C_1156/2016 du 29 juin 2018 consid. 2.4.3). En d'autres termes,

le dénonciateur ayant un intérêt digne de protection à l'issue d'une procédure a la qualité de partie si cette procédure est le seul moyen pour lui de voir protégé son intérêt digne de protection, direct et spécial (cf. arrêts du TF 1C_327/2020 du 29 mars 2021 consid. 4.1; 5A_422/2020 du 25 novembre 2020 consid. 1.4.3.3). De surcroît, il est constant que les clients de banques, de notaires, d'avocats ou autre ne constituent, dans la procédure de surveillance, que des dénonciateurs sans qualité de partie puisque la surveillance ne poursuit que des intérêts publics et que les clients disposent de possibilités offertes par le droit civil pour faire valoir leurs droits (cf. ATF 142 II 451 consid. 3.4.3; 139 II 279 consid. 4.1 et 4.2; 135 II 145 consid. 6.1; 133 II 468 consid. 2). En particulier, la surveillance des marchés financiers a pour but de protéger, conformément aux lois sur les marchés financiers, les créanciers, les investisseurs et les assurés, et d'assurer le bon fonctionnement des marchés financiers. Elle contribue ce faisant à améliorer la réputation, la compétitivité et la viabilité de la place financière suisse (art. 4 LFINMA [RS 956.1]). La FINMA est chargée de cette surveillance (art. 5 al. 1 et art. 6 al. 1 LFINMA) et dispose de différents instruments à cette fin (art. 24 ss LFINMA). La surveillance répond à un intérêt public si bien qu'un particulier qui entend obtenir de la FINMA l'ouverture d'une procédure de surveillance contre une banque ne possède en principe pas la qualité de partie dans cette procédure. Selon la jurisprudence, dans le domaine de la surveillance des banques et des marchés financiers, il ne suffit donc pas que le dénonciateur soit investisseur ou client de la banque concernée pour revêtir une telle qualité; le dénonciateur doit en outre rendre vraisemblables l'existence et l'ampleur d'une atteinte à ses droits d'investisseur, ou d'une mise en péril de ses droits, pour mettre ainsi en évidence un intérêt personnel, direct et digne de protection à une enquête de l'autorité de surveillance ou à une mesure spécifique (cf. ATF 139 II 279 consid. 2.3; 120 Ib 351 consid. 3b; arrêt 2C_79/2021 consid. 3.4).

Au demeurant, s'il est vrai que les décisions de la FINMA sont en principe susceptibles de recours (art. 54 LFINMA), une telle voie est cependant sensiblement restreinte dans le cadre de la procédure de faillite bancaire (cf. EMMENEGGER/KURZBEIN, op. cit., p. 514). La participation à la procédure s'y trouve en effet limitée par l'art. 24 LB (cf. MARANTELLI/HUBER, in: Praxiskommentar VwVG, 2^e éd. 2016, art. 6 PA n° 5 note 9). Cette disposition prescrit que, dans les procédures visées aux chapitres XI et XII de la présente loi, les créanciers et les propriétaires d'une banque, d'une société mère ou d'une société du groupe significative au sens de l'art. 2^{bis} ne peuvent recourir que contre l'homologation du plan d'assainissement et les

opérations de réalisation. Elle restreint la possibilité de recourir à deux égards: d'une part, outre la banque elle-même, seuls les créanciers et les propriétaires peuvent former recours; d'autre part, ce droit se voit limité, hormis les cas d'homologation du plan d'assainissement, aux actes de réalisation (cf. Message LB 2002, FF 2002 7476, 7494; SCHWOB/FAVRE, op. cit., art. 33 LB n° 11 et 21; BAUER/HARI/JEANNERET, op. cit., art. 33 n° 33). Il en découle que les personnes visées par cette disposition ne disposent d'un droit à obtenir une décision de la FINMA, dans le cadre des procédures mentionnées, qu'en lien avec les actes de réalisation (cf. arrêt du TAF B-5272/2012 du 17 juillet 2013 consid. 3.2.1; PASCAL RÜEDI, in: *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 8^e éd. 2021, n° 3381 p. 895; SCHWOB/FAVRE, op. cit., art. 33 LB n° 23; BAUER/HARI/JEANNERET, op. cit., art. 33 n° 33; Message LB 2002, FF 2002 7476, 7494). Lorsqu'elle ne peut pas se prévaloir d'un droit de recours au sens de l'art. 24 LB, une personne touchée dans ses intérêts peut uniquement faire parvenir une dénonciation à la FINMA; elle n'a pas la qualité de partie dans cette procédure (cf. ATF 139 II 279 consid. 4.1-4.3; BAUER/HARI/JEANNERET, op. cit., art. 33 n° 33). Si les créanciers et les propriétaires mentionnés à l'art. 24 al. 2 LB ne peuvent recourir que contre l'homologation du plan d'assainissement et les opérations de réalisation et que les recours au sens de l'art. 17 LP sont exclus dans ces procédures (art. 24 al. 2 2^e phrase LB), la légitimation aux actions en justice dans le cadre de la procédure de liquidation (action en contestation de l'état de collocation ou en revendication, par exemple) demeure ouverte (cf. ATF 131 II 306 consid. 1.1; arrêt 2C_237/2009 consid. 3.2.2; arrêt du TAF A-2526/2011 du 7 août 2012 consid. 4.2.1; Message LB 2002, FF 2002 7476, 7494; SCHWOB/FAVRE, op. cit., art. 33 LB n° 20; EMMENEGGER/KURZBEIN, op. cit., p. 514).

Dans ce cadre, il faut encore préciser qu'outre les biens mobiliers et valeurs mobilières, l'art. 16 ch. 2 LB inclut également les créances. Celles-ci sont détenues par la banque qui en est propriétaire. Le déposant ne dispose que d'un droit à en demander la restitution (cf. URS BERTSCHINGER, *Zum neuen bankengesetzlichen Aussonderungsrecht [Art. 16 und 37b BankG]*, PJA 1995 p. 426 ss, p. 428; KLEINER/MÜLLER, *Comm LB*, op. cit., art. 16 LB n° 21; voir aussi ATF 117 II 290 consid. 4c).

11.1.2 A cet égard, en ce qui concerne la distraction de valeurs déposées au sens de l'art. 37d LB, en principe prononcée d'office (art. 37d LB en lien avec l'art. 17 al. 1 let. a LTI), il est constant que les dispositions y relatives ne règlent pas la situation dans laquelle le liquidateur demeurerait

inactif. Cependant, l'art. 34 al. 2 LB prévoit que, sous réserve des dispositions qui suivent, la faillite est effectuée selon les règles prescrites aux art. 221 à 270 LP. Les dispositions de droit bancaire se présentent comme une *lex specialis* par rapport à la LP, *lex generalis*, celle-ci trouvant en principe toujours application en l'absence de normes bancaires (art. 34 al. 1 LB; FRANCO LORANDI, *Bankengesetzliches Insolvenzrecht und SchKG – Schnittstellen und Unterschiede*, RDSA 2013 p. 501 s.). A telle enseigne, les dispositions de la LP régissent non seulement les effets de la faillite bancaire mais également la procédure de liquidation qui s'en suit (cf. Rapport du groupe de travail institué par la Commission fédérale des banques relatif au projet d'ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite de banques et de négociants en valeurs mobilières, 2005, p. 5). Ainsi, dans l'hypothèse où le liquidateur demeure inactif et qu'il existe donc des raisons de considérer qu'une distraction ne sera pas opérée d'office ou si aucune distraction n'a lieu parce que les valeurs ne se révèlent pas constituer des valeurs déposées au sens de l'art. 16 LB malgré les clarifications opérées d'office ou les demandes de revendication des clients, la doctrine considère qu'il appartient alors au liquidateur de fixer un délai aux clients déposants pour intenter son action au for de la faillite conformément à l'art. 242 al. 2 LP (cf. HAESS/ZBINDEN, in: BSK BankG, op. cit., art. 37d n° 19; BERTSCHINGER, op. cit., p. 433; OLIVIER FAVRE, *Die Berechtigung von Depotkunden an auslandsverwahrten Effekten*, 2003, p. 209 s.; voir aussi BOPP/STAEHLIN, in: *Basler Kommentar zum Wertpapierrecht*, 2012, art. 17 LTI n° 30; HESS/SÄGESSER, in: *FISA & HSC Commentary*, 2010, art. 17 LTI n° 55; GUGGENBÜHL/ESSEBIER, in: *Kommentar zum Bucheffektengesetz [BEG]*, 2013, art. 17 LTI n° 109; voir aussi BENJAMIN V. ENZ, *Die zivilrechtliche Einordnung von Zahlungs-Token wie dem Bitcoin als « Registerwertdaten » und deren Aussonderbarkeit im Konkurs de lege lata und de lege ferenda*, RSJ 116/2020 p. 296). Si un client ne respecte pas le délai, son droit se trouve périmé (cf. BERTSCHINGER, op. cit., p. 433).

Aussi, la prétention qu'il s'agit de faire valoir par la voie de l'action pendant le délai imparti en application de l'art. 242 al. 2 LP se rapporte non seulement à la propriété mais également aux droits de ségrégation reconnus expressément par la loi (cf. ATF 114 III 23 consid. 2 se référant notamment à l'art. 17 de l'ancienne loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur les fonds de placement [RO 1967 125] visant la distraction des avoirs). La voie de l'action auprès du juge du for de la faillite est également celle prévue par l'art. 20 OIB-FINMA après fixation d'un délai pour ce faire par le liquidateur de la

faillite. On peut d'ailleurs d'une manière générale relever que revendication et distraction visent le même objectif – soit permettre au légitime propriétaire d'actifs, respectivement alloués à la masse active ou susceptibles de l'être, de recouvrer la propriété des actifs concernés (cf. OLIVIER HARI, La revendication et la distraction d'office d'actifs dans une procédure d'insolvabilité: application des principes aux monnaies cryptographiques, GesKR 2017 p. 462; voir aussi BERTSCHINGER, op. cit., se référant à la distraction bancaire par « bankenrechtliches Aussonderungsrecht »). La procédure de distraction est ainsi calquée sur la procédure de revendication selon l'art. 242 LP (cf. GUGGENBÜHL/ESSEBIER, op. cit., art. 17 LTI n° 109). De plus, les relations entre un client et sa banque se trouvent régies par le droit civil; c'est ainsi par la voie civile qu'il convient de faire valoir les créances qui en découlent (cf. ATF 139 II 279 consid. 4.2). Par conséquent et compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il faut admettre que l'intéressé qui entend se plaindre de l'inaction ou du refus des liquidateurs de prononcer la distraction en application des art. 37d et art. 16 LB doivent tenter action au for de la faillite.

11.2 En l'espèce, se prévalant des placements fiduciaires de la recourante auprès de la banque A., les recourants demandent leur distraction en application de l'art. 37d LB en lien avec l'art. 16 ch. 2 LB. La recourante se présente indubitablement comme une créancière de la banque, elle-même la propriétaire des dépôts fiduciaires. Cette qualité de créancière est d'ailleurs expressément admise par les recourants. De plus, la distraction demandée relève du chapitre XII de la LB. La recourante ne s'avère dès lors en mesure d'obtenir une décision de la FINMA que dans les limites de l'art. 24 al. 2 LB, ce qui exclut une décision sur la distraction. Quant au recourant, il se présente, selon ses déclarations, comme un créancier de la recourante et non de la banque elle-même. Il ne dispose pas non plus du droit à obtenir une décision sur la distraction.

Par ailleurs, il appert que, dans son courrier du 20 novembre 2015, la recourante a mis les liquidateurs en demeure d'exécuter son instruction de transfert dans un délai de 10 jours (...). En date du 7 décembre 2015, elle a déposé auprès des liquidateurs une « demande de ségrégation de la masse en faillite (...) »; elle n'a cité aucune disposition légale à l'appui de sa requête, le terme de « ségrégation » n'apparaissant par ailleurs expressément ni dans la LB, ni dans l'OIB-FINMA ni encore dans la LP. Aussi, les liquidateurs ont, en premier lieu, eu pour tâche de qualifier la requête de la recourante. Faute d'une formulation plus précise de sa requête par cette

dernière, on ne saurait leur reprocher de l'avoir considérée comme une demande de revendication au sens de l'art. 242 LP (« Das Begehren wird nachfolgend als Aussonderungsbegehren gemäss Art. 242 Abs. 1 SchKG behandelt »). La demande de revendication a expressément été rejetée dans le dispositif de la décision des liquidateurs du 15 mars 2017.

S'agissant de la distraction, les recourants constatent que la décision du 15 mars 2017 des liquidateurs refuse la revendication (« Aussonderung ») des avoirs de la recourante; ils estiment en revanche qu'elle ne se prononce pas sur le droit de distraction des avoirs des clients fondé sur la LB (« Absonderung ») même s'ils reconnaissent que la distraction s'y trouve également abordée. Jugeant la subsumption inexistante, ils en déduisent qu'aucune décision n'a été rendue sur le droit de distraction des avoirs de la recourante. Ils ne sauraient cependant être suivis sur ce point. Au contraire, il convient d'observer que les liquidateurs se sont bel et bien penchés sur la distraction au sens de l'art. 37d LB. Ils en ont tout d'abord présenté les aspects les plus importants; ils ont également rappelé par la suite que « [e]ine bankenrechtliche Absonderung von Amtes wegen im Sinne von Art. 37d BankG würde ein absonderungsfähiges Objekt voraussetzen. Absonderungsfähig gemäss Art. 37d BankG sind lediglich Depotwerten von Kunden ». Bien que l'on ne puisse nier que la subsumption se révèle sommaire, elle ne saurait pourtant être qualifiée d'inexistante puisque les liquidateurs indiquent clairement que « Forderungen von Kunden aus Kontokorrentensaldi stellen keine Depotwerte von Kunden dar ». Il ressort également des explications qui précèdent dans ledit courrier que la recourante « hat kein Eigentum am genannten Betrag, sondern lediglich einen obligatorischen Anspruch in der Höhe des Kontokorrentensaldos ». On saisit sans peine que les liquidateurs estiment que les avoirs dont les recourants ont demandé la « ségrégation » ne constituent pas des valeurs déposées selon l'art. 37d LB. Les liquidateurs terminent leur examen de la distraction par une conclusion claire puisqu'ils déclarent sans ambiguïté que « [e]ine bankenrechtliche Absonderung von Amtes wegen ist daher auch nicht vorzunehmen ». Dans ces circonstances, on ne saurait soutenir, comme le font les recourants, que les liquidateurs ne se sont pas prononcés sur la distraction au sens de l'art. 37d LB dans leur courrier du 15 mars 2017. Il faut au contraire admettre avec l'autorité inférieure que les liquidateurs de la faillite se sont prononcés de manière complète, par deux décisions du 15 mars 2017, sur la restitution des fonds litigieux de la masse de la faillite, leur qualification et catégorisation dans la procédure de faillite. Elle relève

qu'avec la décision sur la revendication, les liquidateurs ont pris une décision sur les actifs de la masse de la faillite: il en ressort clairement que les liquidateurs de la faillite ne restitueront les fonds litigieux ni sous l'angle de la revendication ni sous celui de la distraction de la masse de la faillite. Par ailleurs, au terme de cette décision, les liquidateurs ont indiqué: « Gegen diese Verfügung kann binnen 20 Tagen seit Zustellung der Verfügung Klage eingereicht werden. [...] Unbenutzter Ablauf dieser Frist gilt als Verzicht auf den Herausgabeanspruch (cf. art. 20 OIB-FINMA) ». Ce procédé, conforme à celui préconisé en la matière, a ainsi montré la voie de l'action.

Sur la base de ces éléments, il appert d'une part que, quand bien même la compétence de rendre une décision sur distraction serait reconnue à la FINMA, les recourants ne seraient néanmoins pas légitimés à recourir contre une décision négative compte tenu de la limitation prévue à l'art. 24 LB. D'autre part, conformément aux voies de droit indiquées au terme de la décision des liquidateurs du 15 mars 2017 refusant aussi bien la revendication que la distraction, la procédure de l'action offrait toute garantie aux recourants de défendre leurs droits de manière adéquate. Dans ces conditions, on ne saurait admettre que la procédure de surveillance découlant de la dénonciation formulée par les recourants auprès de la FINMA constituerait pour eux le seul moyen de voir protégé l'intérêt digne de protection dont ils se prévalent. En effet, la recourante, cliente de la banque, ainsi que son unique actionnaire et ayant droit économique – lequel bénéficie en cette qualité à tout le moins de la faculté d'agir au travers de la recourante (cf. arrêt du TAF B–5905/2012 du 27 novembre 2015 consid. 1.2 et réf. cit.) – disposent des instruments offerts par le droit civil pour faire valoir leurs droits. Cela suffit à leur nier la qualité de partie requise.

11.3 Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit en refusant de reconnaître aux recourants la qualité de partie dans la procédure de surveillance consécutive à leur dénonciation. Partant, mal fondé, leur grief doit être rejeté.