

# **BVGer B-997/2018 vom 13. Dezember 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-12-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-997\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-997_2018)

FR: TAF B-997/2018 du 13 décembre 2018

IT: TAF B-997/2018 del 13 dicembre 2018

## **Regeste**

Surveillance des marchés financiers (divers)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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

#### **E. 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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.

### **E. 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.

### **E. 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 (OAOF, 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 Bankenkonzursrecht, 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.

### **E. 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, 2e 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.

### **E. 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.

#### **E. 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.

### **E. 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 1ère 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).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.