



## Arrêt du 13 décembre 2022

---

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),  
Francesco Brentani et Stephan Breitenmoser, juges,  
Fabienne Masson, greffière.

---

Parties

1. **X. \_\_\_\_\_ Ltd.**,  
2. **Y. \_\_\_\_\_**,  
tous deux représentés par Maîtres  
Alain Gros et Nicolas Junod, avocats,  
recourants,

contre

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

---

Objet

Distraction / dénonciation.

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

**A.a** Par décision du 23 octobre 2015, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA (ci-après : l'autorité inférieure) a prononcé la faillite de la banque A. \_\_\_\_\_ SA (ci-après : la banque A. \_\_\_\_\_), sise à B. \_\_\_\_\_, avec effet au lundi 26 octobre 2015 à 8h00 et nommé deux liquidateurs.

**A.b** Dans un courrier du 29 octobre 2015 adressé à la banque A. \_\_\_\_\_, X. \_\_\_\_\_ Ltd. (ci-après : la recourante 1), détentrice de divers comptes et dépôts auprès de celle-ci, et son actionnaire et unique ayant droit économique Y. \_\_\_\_\_ (ci-après : le recourant 2) ont relevé qu'apparemment un transfert de USD (...) débité du compte de la recourante 1 dans les livres de la banque et en faveur du compte du recourant 2 auprès d'une autre banque avait été bloqué. Ils ont demandé à la banque A. \_\_\_\_\_ de confirmer que le transfert de cette somme pouvait être opéré.

**A.c** Par courrier du 20 novembre 2015 adressé aux liquidateurs, la recourante 1 a rappelé qu'au 19 octobre 2015, les avoirs sur son compte s'élevaient à USD (...), dont USD (...) en placements fiduciaires. Elle a expliqué que, par ordre du 21 octobre 2015, elle avait instruit la banque A. \_\_\_\_\_ de transférer immédiatement, sur un compte ouvert au nom du recourant 2 auprès de la banque C. \_\_\_\_\_, le montant de USD (...) correspondant à la totalité des placements fiduciaires à cette date. Elle a souligné qu'une confirmation d'instruction avait été émise le 21 octobre 2015 et remise au recourant 2 par D. \_\_\_\_\_, directeur et membre de la direction de la banque A. \_\_\_\_\_ jusqu'au 26 octobre 2015 ; cette confirmation d'ordre indiquait que la date de valeur du transfert était le 23 octobre 2015, D. \_\_\_\_\_ ayant d'ailleurs pris contact avec le recourant 2 pour lui confirmer que l'instruction avait été donnée à la banque E. \_\_\_\_\_ SA, banque dépositaire de la banque A. \_\_\_\_\_, et que le transfert serait exécuté le 23 octobre 2015. La recourante 1 a en outre exposé que la banque destinataire du transfert avait appris par un swift du 27 octobre 2015 émis par F. \_\_\_\_\_ N.A., banque correspondante de E. \_\_\_\_\_ SA en charge du transfert des devises USD, que l'instruction pour le transfert avait été annulée alors qu'elle n'avait donné aucune instruction en ce sens. Elle a estimé que cette instruction d'annulation violait ses instructions de transfert, était contraire à la confirmation donnée par D. \_\_\_\_\_ au recourant 2 et semblait être intervenue sur la seule

initiative de la banque E. \_\_\_\_\_ SA. Elle a ajouté que le montant de ces avoirs, qui constituaient des placements fiduciaires et étaient donc ségrégués de la masse en faillite, serait à ce moment comptabilisé en compte courant sur le compte dépositaire chez E. \_\_\_\_\_ SA. Elle a exposé que, par swift du 30 octobre 2015, la banque C. \_\_\_\_\_ Ltd mettait en demeure F. \_\_\_\_\_ N.A. d'exécuter l'instruction du 21 octobre 2015 à la date de valeur du 23 octobre comme préavisé dans la confirmation d'ordre et non à la date de valeur du 26 octobre. Elle a déclaré que, vu ces éléments et alors que la faillite de la banque A. \_\_\_\_\_ n'avait pas encore été prononcée, il était évident que respectivement la banque A. \_\_\_\_\_ et la banque E. \_\_\_\_\_ SA avaient mis en œuvre, de manière tardive qui engageait leur responsabilité, les instructions du client et avaient au surplus, de leur propre initiative, annulé sans droit la transaction en cours. Elle a noté que ces manquements graves l'exposaient au risque de voir ses placements fiduciaires, alors protégés dans le contexte de la mise en faillite, entrer dans la masse en faillite pour avoir été convertis en liquidités. Elle a donc mis les liquidateurs en demeure d'exécuter son instruction de transfert dans un délai de 10 jours pour un montant de USD (...).

**A.d** Par courrier du 7 décembre 2015 adressé aux liquidateurs, la recourante 1 a apporté des précisions pour établir que l'instruction du 21 octobre 2015 avait été exécutée le 23 octobre 2015 par la banque A. \_\_\_\_\_ et que c'était à tort, et de manière inexplicable, qu'elle avait été révoquée le 26 octobre 2015. Précisant les faits déroulés le 21 octobre 2015 ainsi que les jours qui ont suivi, elle a indiqué que ses fonds détenus sous forme de placements fiduciaires avaient été débités et transférés du compte le 23 octobre 2015 et étaient donc sortis de la comptabilité de la banque A. \_\_\_\_\_ à cette date. Elle a donc mis la banque A. \_\_\_\_\_ en demeure d'exécuter l'instruction du 21 octobre 2015 valablement prise le 21 octobre 2015 et exécutée le 23 octobre 2015. Elle a également, en toute hypothèse, mis la banque A. \_\_\_\_\_ en demeure de ségréguer le montant de USD (...) de la masse en faillite et de ne pas l'utiliser pour la couverture des frais de la faillite. Enfin, elle a déclaré qu'en cas de non-transfert du montant requis dans le délai imparti, elle serait contrainte de constater que, malgré les indications claires en sens contraire fournies par les représentants de la banque A. \_\_\_\_\_, elle risquait de subir un préjudice important du fait de la faillite. Elle a rappelé que ceux-ci lui avaient indiqué, pièces à l'appui, que ses instructions avaient été exécutées ; si tel n'était pas le cas et qu'elle se retrouvait créancière ordinaire sans que rien ne justifie cette position, elle agirait alors par toute voie de droit et devant toute autorité compétente pour obtenir restitution de la somme qui lui appartenait, qui n'aurait jamais dû être dans la masse en faillite de la

banque A.\_\_\_\_\_ et qui s'y trouverait du seul fait des agissements perpétrés à son détriment.

**A.e** Par pli du 8 décembre 2015, les liquidateurs de la banque A.\_\_\_\_\_ ont pris position sur les courriers de la recourante 1 des 20 novembre 2015 et 7 décembre 2015. Rappelant que l'ouverture de la faillite avait été prononcée le 26 octobre 2015 à 8h00, ils ont souligné que le paiement de USD (...) avait été déclenché par la banque E.\_\_\_\_\_ SA le 26 octobre 2015 à 9h00, soit après le prononcé de la faillite. Ils ont exposé avoir, dès le début de leur activité au matin du 26 octobre 2015, ordonné de stopper toutes les transactions pendantes en vue de protéger le patrimoine de la banque ; ils ont appris, dans le courant de l'après-midi, que le paiement de USD (...) n'avait pas été exécuté. Soulignant que tous les actifs de la banque en sa possession au moment de l'ouverture de la faillite forment la masse en faillite, ils ont exposé qu'au moment de l'ouverture de la faillite de la banque A.\_\_\_\_\_, les USD (...) se trouvaient encore sur son compte auprès de la banque E.\_\_\_\_\_ SA, raison pour laquelle ce montant faisait partie de la masse en faillite de la banque A.\_\_\_\_\_ ; l'exécution du paiement déclenché par E.\_\_\_\_\_ SA encore après l'ouverture de la faillite a cependant pu être interrompu, c'est pourquoi le montant se trouvait encore dans la masse en faillite. Les liquidateurs ont en outre expliqué qu'il importait peu de savoir si et pourquoi l'exécution de l'ordre de paiement avait éventuellement été retardé avant l'ouverture de la faillite, considérant qu'en tout état de cause la recourante 1 ne disposait que d'une créance de USD (...) en CHF au taux de change du 26 octobre 2015. Ils en ont déduit ne pas être en mesure de verser ce montant à la recourante. Enfin, ils ont annoncé que la créance de la recourante 1 serait inscrite à l'état de collocation comme créance privilégiée de 2<sup>ème</sup> classe à hauteur de CHF 100'000.

**A.f** Par courrier du 9 décembre 2015, la recourante 1 a contesté l'argumentation des liquidateurs et persisté dans sa requête de transfert, subsidiairement de ségrégation et conservation en USD des fonds litigieux. Elle a prié les liquidateurs de répondre à diverses interrogations, documents à l'appui.

**A.g** Par pli du 25 janvier 2016, les recourants ont déposé plainte pénale auprès du procureur général de l.\_\_\_\_\_ contre inconnu(s) mais exerçant selon toute vraisemblance au sein des banques A.\_\_\_\_\_ et E.\_\_\_\_\_ SA, et contre tous autres co-auteurs, instigateurs et/ou complices dont l'instruction révélera la participation aux infractions dénoncées, soit en particulier pour escroquerie (art. 146 CP, subsidiairement atteinte

astucieuse aux intérêts pécuniaires d'autrui, art. 151 CP), abus de confiance (art. 138 CP), faux dans les titres (art. 251 CP) et utilisation sans droit de valeurs patrimoniales (art. 141bis CP). Ils ont en outre requis en particulier le séquestre du montant de USD (...) sur le compte de la recourante 1 n° (...) auprès de la banque A. \_\_\_\_\_ en mains des liquidateurs.

**A.h** Le 27 janvier 2016, le Ministère public de l. \_\_\_\_\_ a ordonné le séquestre (art. 263 al. 1 let. c et d CPP), pour la relation bancaire n° (...), de l'ensemble des avoirs détenus dans les livres de la banque A. \_\_\_\_\_ au nom et/ou pour le compte de la recourante 1.

**A.i** Par courrier du 17 octobre 2016 aux liquidateurs, la recourante 1 s'est référée à un courrier de ces derniers aux clients de la banque, estimant ne pas avoir à vérifier une liste de créances annoncées puisqu'elle persiste à considérer que les fonds à hauteur de USD (...) ne tombaient pas dans la masse en faillite. Se référant expressément à l'art. 6 de l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire du 30 août 2012 (OIB-FINMA, RS 952.05), elle a demandé une réponse à son courrier du 9 décembre 2015 à défaut de quoi elle serait contrainte de dénoncer la situation à la FINMA.

**A.j** Par courrier du 15 mars 2017, les liquidateurs ont déclaré : « Zu der im Konkursverfahren der Bank A. \_\_\_\_\_ namens der X. \_\_\_\_\_ Ltd. beantragten Aussonderung von Kontokorrent-Guthaben in Höhe von USD (...) gemäss Antrag vom 29. Oktober 2015, 20. November 2015 sowie 7. Dezember 2015 haben wir folgende Verfügung getroffen : Das Begehren um Aussonderung von USD (...) wird abgewiesen ». Dans leur motivation, ils ont apporté les éléments suivants : « Die X. \_\_\_\_\_ Ltd. beantragt, der Betrag von USD (...) sei aus der Konkursmasse auszusondern ("*ségréguer le montant de USD (...) de la masse en faillite et ne pas l'utiliser pour la couverture des frais de la faillite*"). Das Begehren wird nachfolgend als Aussonderungsbegehren gemäss Art. 242 Abs. 1 SchKG behandelt ». En outre, après avoir présenté les faits et s'être référés aux art. 242 al. 1 LP (RS 281.1), 641 al. 2 CC, 401 al. 3 CO, 201 à 203 LP et 481 al. 1 CO, les liquidateurs ont présenté la distraction bancaire d'office prévue à l'art. 37d de la loi sur les banques du 8 novembre 1934 (LB, RS 952.0) ; en référence à la doctrine, ils ont précisé les valeurs en dépôt visées par cette disposition : « Absonderbare Depotwerte im Sinne von Art. 37d BankG sind bewegliche Sachen (z. B. Edelmetalle, Münzen, physische Papierwerte, Schmuck) und Effekten (z. B. Wertpapiere, Wertrechte und Derivate) im Eigentum des Kunden ». Ils ont ajouté :

« Keine Depotwerte sind Forderungen des Kunden gegenüber dem Finanzinstitut, die keinen Bezug zum Depotverhältnis haben. Nicht erfasst von Art. 16 Abs. 2 BankG sind somit Forderungen des Kunden gegenüber dem Finanzinstitut selbst, wie beispielsweise die in Depotauszügen erscheinenden Kontoguthaben gegenüber dem Finanzinstitut. Es fehlt am absonderungsfähigen Objekt ». Examinant ensuite la situation de la recourante 1, les liquidateurs ont indiqué en particulier : « Das USD-Kontokorrent der X. \_\_\_\_\_ Ltd. bei der Bank A. \_\_\_\_\_ basiert auf einem Hinterlegungsvertrag im Sinne von Art. 481 Abs. 1 OR. Da Geld beim Hinterlegungsvertrag mit der Hinterlegung in das Alleineigentum des Aufbewahrers übergeht, befindet sich der Saldo des USD-Kontokorrents und damit auch der vorliegend in Frage stehende Betrag von USD (...) der X. \_\_\_\_\_ Ltd. im Alleineigentum der Bank A. \_\_\_\_\_. Die X. \_\_\_\_\_ Ltd. hat kein Eigentum am genannten Betrag, sondern lediglich einen obligatorischen Anspruch in der Höhe des Kontokorrentsaldos. (...) Mangels Aussonderungsgrund ist eine Aussonderung gemäss Art. 242 Abs. 1 SchKG nicht möglich. Eine Prüfung der übrigen Voraussetzungen der Aussonderung im Sinne von Art. 242 Abs. 1 SchKG erübrigt sich damit. Eine bankenrechtliche Absonderung von Amtes wegen im Sinne von Art. 37d BankG würde ein absonderungsfähiges Objekt voraussetzen. Absonderungsfähig gemäss Art. 37d BankG sind lediglich Depotwaren von Kunden. Forderungen von Kunden aus Kontokorrentsaldi stellen keine Depotwerte dar. Eine bankenrechtliche Absonderung von Amtes wegen ist daher auch nicht vorzunehmen. Eine Aussonderung wäre in Bezug auf die im Sinne von Art. 37b Abs. 1 BankG bereits ausbezahlten CHF 100'000.00 im Weiteren nicht mehr erforderlich und auch nicht zulässig ». À titre de conclusion, les liquidateurs retiennent : « Das Begehren der X. \_\_\_\_\_ Ltd. um Aussonderung von USD (...) wird abgewiesen ». Ils ont enfin indiqué les voies de droit : « Gegen diese Verfügung kann binnen 20 Tagen seit Zustellung der Verfügung Klage eingereicht werden (Datum des Poststempels einer schweizerischen Poststelle). Die Klage ist beim Bezirksgericht B. \_\_\_\_\_ (...) anhängig zu machen (Art. 20 Abs. 3 BIV-FINMA i.V.m. § 24 lit. B GOG ZH i.V.m. Art. 198 let. e Ziff. 5 ZPO). Unbenutzter Ablauf dieser Frist gilt als Verzicht auf den Herausgabeanspruch ».

**A.k** Dans un autre courrier également daté du 15 mars 2017, les liquidateurs ont déclaré : « Zu der im Konkursverfahren der Bank A. \_\_\_\_\_ namens der X. \_\_\_\_\_ Ltd. angemeldeten Forderung von USD (...) gemäss Eingabe vom 29. Oktober 2015 haben wir folgende Verfügung getroffen: Die namens der X. \_\_\_\_\_ Ltd. angemeldete Forderung wird im Umfang von CHF 100'000.00 in der zweiten Klasse und

im Umfang von USD (...) bedingt in der dritten Klasse anerkannt ». Au terme de leur motivation, les liquidateurs ont indiqué les voies de droit contre cette décision.

**A.l** Le 5 avril 2017, la recourante 1 a intenté une action en revendication dirigée contre la banque A.\_\_\_\_\_, représentée par les liquidateurs, auprès du tribunal d'arrondissement de B.\_\_\_\_\_, « betreffend Aussonderung ». Elle a formulé les conclusions suivantes :

- « 1. Es seien die im Konkurs über die Bank A.\_\_\_\_\_ AG von den Konkursliquidatoren zur Masse gezogenen auf den Namen der Klägerin lautende Guthaben auf dem Konto Nr. (...) in Höhe von USD (...) zugunsten der Klägerin auszusondern.
2. Das Aussondungsverfahren sei bis zur Beendigung des Strafverfahrens gegen Unbekannt (...) bei der Staatsanwaltschaft des Kantons I.\_\_\_\_\_ bzw. bis zum Entscheid über die Zuweisung der konfiszierten Gelder an die Geschädigten zu sistieren.
3. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten. »

**A.m** Le 31 mai 2017, le tribunal d'arrondissement de B.\_\_\_\_\_ a suspendu la procédure jusqu'au terme de la procédure pénale contre inconnu (...) auprès du Ministère public du canton de I.\_\_\_\_\_ ou jusqu'à une décision de transfert des avoirs confisqués aux plaignants.

**A.n** En date du 9/10 août 2017, une convention a été conclue entre la banque A.\_\_\_\_\_ et les recourants ainsi que la banque E.\_\_\_\_\_ SA. Elle prévoyait le paiement à la recourante 1, le 15 août 2017, d'un montant de CHF (...) à titre de premier acompte sous réserve de l'autorisation du ministère public de I.\_\_\_\_\_. De son côté, la recourante 1 s'engageait, dans un délai de 10 jours dès réception dudit paiement, à déduire le montant de son action en revendication d'autant, voire de la retirer. Cette convention a fait l'objet d'un avenant le 24/26 septembre 2018 prévoyant le paiement d'un deuxième acompte de CHF (...) le 2 octobre 2018 aux mêmes conditions.

## **B.**

**B.a** Par requête du 5 novembre 2018, les recourants ont requis de la FINMA le prononcé d'une décision ordonnant la distraction immédiate de la masse en faillite, à hauteur de USD (...), des avoirs de la recourante 1 tombés irrégulièrement dans la masse en faillite de la banque A.\_\_\_\_\_, la décision requise satisfaisant selon eux aux conditions de l'art. 16 al. 3

OIB-FINMA. Ils ont estimé que la FINMA était compétente pour prendre des décisions et des mesures dérogeant au droit de la faillite conformément à l'art. 34 al. 3 LB. De plus, ils ont considéré que, dans la mesure où ils étaient directement touchés dans leurs intérêts par la décision des liquidateurs du 15 mars 2017, ils possédaient la qualité pour dénoncer cette décision à la FINMA au sens de l'art. 6 OIB-FINMA.

**B.b** Par pli du 28 janvier 2019, la FINMA a informé les recourants que leur courrier du 5 novembre 2018 avait été considéré comme une dénonciation au sens de l'art. 6 OIB-FINMA. Elle a en outre déclaré : « Zum jetzigen Zeitpunkt gibt das formelle Vorgehen des Konkursliquidators hinsichtlich der begehrten Aussonderung, in dessen Rahmen auch zu einer allfälligen Absonderung Stellung genommen wurde, voraussichtlich keinen Anlass zur Beanstandung. Darüber hinaus obliegt der materielle Entscheid darüber, ob ein streitbefangener Vermögenswert die Voraussetzungen für eine Absonderung erfüllt, nicht der FINMA, sondern den Zivilgerichten ». Elle a demandé si la demande de décision était maintenue et, le cas échéant, requis divers renseignements.

- « 1. Bitte reichen Sie uns eine Vollmacht Ihrer Mandanten ein.
2. Sie haben Ihr Gesuch auf Absonderung im Namen der X. \_\_\_\_\_ Ltd. und im Namen von Y. \_\_\_\_\_ gestellt. Vorliegend scheint die Qualifikation und Behandlung von Vermögenswerten der X. \_\_\_\_\_ Ltd. im Konkursverfahren umstritten. Bitte führen Sie aus, warum Y. \_\_\_\_\_ Ansprüche auf Vermögenswerte der X. \_\_\_\_\_ Ltd. im hiesigen Konkursverfahren haben soll.
3. Haben Sie einen Antrag auf Absonderung an die Konkursliquidatoren gestellt?
4. Bitte erläutern Sie, in welchem Zusammenhang der von Ihnen aufgerufene Art. 16 Abs. 3 BIV-FINMA mit dem Begehren auf Absonderung von Vermögenswerten steht. »

L'autorité inférieure a également demandé aux recourants de préciser leur demande dans l'hypothèse où elle ne devait pas être comprise comme une dénonciation au sens de l'art. 6 OIB-FINMA.

**B.c** Par ordonnance de classement du 4 février 2019, le Ministère public de I. \_\_\_\_\_ a classé la plainte contre inconnu des recourants. Par acte du 15 février 2019, ces derniers ont recouru contre cette ordonnance auprès de la Chambre pénale de recours de la Cour de Justice de I. \_\_\_\_\_.



**B.d** Par courrier du 20 février 2019, les recourants ont rappelé à l'autorité inférieure avoir déposé une dénonciation au sens de l'art. 6 OIB-FINMA et lui ont demandé, sur la base des art. 37d et 16 LB, de prononcer la distraction immédiate des avoirs de la recourante 1 de la masse en faillite de la banque A. \_\_\_\_\_ conformément à l'art. 16 al. 3 OIB-FINMA. Ils ont fourni les informations requises par la FINMA dans son courrier du 28 janvier 2019. Ils ont indiqué, s'agissant du dépôt d'une demande de distraction auprès des liquidateurs : « Per Einschreiben vom 7. Dezember 2015 forderte X. \_\_\_\_\_ Frau G. \_\_\_\_\_ und Herrn H. \_\_\_\_\_, die von Ihrer Behörde als Liquidatoren bestellt wurden (die "Liquidatoren"), ein weiteres Mal auf, den Betrag von USD (...) auf das Konto von Y. \_\_\_\_\_ bei der Bank C. \_\_\_\_\_ zu vergüten oder eventualiter, den Betrag von USD (...) von der Konkursmasse abzusondern (Absonderung) und in keinem Fall für die Kosten des Konkursverfahrens zu benutzen ». Les recourants ont en outre déduit ce qui suit de leurs explications sur le lien entre l'art. 16 al. 3 OIB-FINMA et la distraction : « Folglich haben die Liquidatoren gegen Artikel 37d BankG verstossen, indem sie es unterliessen, von Amtes wegen die Absonderung des Vermögens von X. \_\_\_\_\_ von der Konkursmasse der Bank A. \_\_\_\_\_ vorzunehmen. Es scheint, als ob die Liquidatoren das Gesuch um Absonderung von X. \_\_\_\_\_ vom 7. Dezember 2015 (Beilage 2) nicht verstanden hätten, und es fälschlicherweise in ihrem Schreiben vom 15. März 2017 als Aussonderung qualifizierten ». Ils ont à nouveau requis de l'autorité inférieure conformément à l'art. 16 OIB-FINMA la distraction immédiate de la masse en faillite des avoirs de la recourante 1 à hauteur de USD (...), sous déduction des dividendes partiels de liquidation payés par les liquidateurs à la recourante 1.

**B.e** Par courrier du 8 novembre 2019, les recourants ont interpellé la FINMA au sujet du transfert, requis le 21 octobre 2015, de cinq placements fiduciaires du compte de la recourante 1, destinés à aboutir le 23 octobre 2015 sur le compte du recourant 2 à la banque C. \_\_\_\_\_ Ltd mais qui se sont transformés en un montant unique finalement crédité le 26 octobre 2015 par la banque A. \_\_\_\_\_ sur un compte courant de la recourante 1 sujet à la faillite. Se référant aux art. 37d et 16 LB, ils ont jugé que les liquidateurs n'avaient pas distrait les avoirs de la recourante 1 de la masse en faillite de la banque A. \_\_\_\_\_ SA alors qu'ils avaient l'obligation de prononcer la distraction d'office. Ils considèrent que les liquidateurs se sont trompés en estimant, de façon simpliste, que les USD (...) étaient tombés dans la masse en faillite ; selon eux, ledit montant avait été transféré de manière irrévocable à la banque C. \_\_\_\_\_ Ltd le 26 octobre 2015 à 9:00:08, cet ordre ayant ensuite été « annulé » sans droit par la banque

E. \_\_\_\_\_ SA à 10h30 ce matin-là et le montant retransféré à la banque qui l'a crédité sur le compte courant de la recourante 1. Ils ont déclaré qu'au-delà de l'analyse juridique, il était incompréhensible que les liquidateurs tout comme les banques A. \_\_\_\_\_ et E. \_\_\_\_\_ SA ainsi que la FINMA, qui étaient parfaitement informées et conscientes qu'il s'agissait de placements fiduciaires, persistassent dans leur erreur en retenant une simple créance en restitution de la recourante 1 à l'égard de la banque A. \_\_\_\_\_ et ce faisant contribuassent à maintenir un résultat choquant. Les recourants ont requis principalement de la FINMA, en application de l'art. 16 OIB-FINMA, qu'elle rendît une décision ordonnant la distraction immédiate de la masse en faillite des avoirs de la recourante 1 à hauteur de USD (...), sous déduction des dividendes partiels de liquidation payés par les liquidateurs à la recourante 1. En tant que de besoin et subsidiairement, les recourants ont déclaré que leur requête se présentait comme une dénonciation au sens de l'art. 6 OIB-FINMA demandant à la FINMA d'intervenir auprès des liquidateurs pour les enjoindre de revoir leur position. Ils ont souligné que l'intervention de l'autorité se justifiait compte tenu de l'atteinte importante portée au droit de propriété de la recourante 1 du fait de la position adoptée par les liquidateurs.

**B.f** Par arrêt du 4 mars 2020, la Chambre pénale de recours de la Cour de Justice de l. \_\_\_\_\_ a admis le recours des recourants du 15 février 2019 dans la mesure de sa recevabilité. Elle a annulé l'ordonnance querellée et retourné la cause au Ministère public pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

**C.**

Par décision du 4 mars 2020, l'autorité inférieure a déclaré irrecevable la demande des recourants visant à ordonner la ségrégation immédiate des actifs de la recourante 1 de la masse de la faillite. Elle a, partant, refusé d'entrer en matière sur cette demande. Elle a estimé qu'elle ne disposait pas de la compétence matérielle pour décider d'une distraction refusée par le liquidateur. En outre, elle a admis que, dans la mesure où les recourants demandaient de rétablir l'ordre légal et que leurs courriers devaient être compris comme une dénonciation au sens de l'art. 6 OIB-FINMA, elle se trouvait bien compétente pour traiter une telle demande. Renvoyant aux art. 6 et 48 de la PA, elle a toutefois souligné que l'art. 6 OIB-FINMA indiquait expressément que le dénonciateur n'avait pas la qualité de partie (al. 2) et que la nécessité d'une décision relevait de son appréciation (al. 3). Elle en a tiré que la qualité de dénonciateur ne donnait aucun droit à obtenir une décision. Elle a expliqué que cela n'excluait certes pas la possibilité

que des particuliers puissent avoir un intérêt particulier digne de protection allant au-delà de l'intérêt public à l'application correcte du droit et pouvant donner lieu à un statut de partie. Rappelant la jurisprudence applicable à la qualité pour recourir de l'ayant droit économique, elle a cependant souligné que la recourante 1 n'avait pas été dissoute ; de ce fait, le recourant 2, soit son ayant droit économique, ne revêtait pas la qualité de partie. L'autorité inférieure a considéré que, dans la mesure où ce dernier demandait une décision de distraction des actifs de la recourante 1, elle ne saurait entrer en matière faute d'un intérêt digne de protection et donc de la qualité de partie. S'agissant de la recourante 1, elle a jugé qu'elle ne pouvait se prévaloir d'un intérêt digne de protection sur la base de l'art. 16 al. 3 OIB-FINMA. En outre, l'autorité inférieure a indiqué que la distraction des biens était de la compétence des liquidateurs de la faillite et, en cas de litige, des tribunaux civils, la voie de la dénonciation en tant que recours juridique informel étant subsidiaire ; aussi, avant l'intervention de l'autorité de surveillance, il convenait toujours d'examiner si d'autres options juridiques étaient disponibles pour atteindre le résultat souhaité. Elle a souligné que la relation entre le client ou le créancier et la banque était régie par le droit civil de sorte que les créances en découlant devaient être poursuivies en premier lieu par la voie du droit civil ou, le cas échéant, par adhésion à une procédure pénale. Compte tenu de procédure civile introduite par la recourante 1 puis suspendue à sa demande, la FINMA a considéré que celle-ci n'était pas en mesure de démontrer un quelconque intérêt digne de protection nécessitant son intervention. Elle a ajouté qu'au demeurant, le liquidateur de la faillite avait définitivement rejeté les demandes de restitution de la recourante 1. Si elle a noté que la recourante 1 s'était plainte contre le refus de la revendication, elle a indiqué n'avoir connaissance d'aucun recours contre la distraction refusée.

#### **D.**

Par écritures du 4 mai 2020, les recourants ont formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. À titre préalable, ils requièrent la production, par l'autorité inférieure et/ou les liquidateurs de la banque A.\_\_\_\_\_, des documents établissant sur quel compte exactement, dans les livres de la banque E.\_\_\_\_\_ SA, se trouvait le montant de USD (...) correspondant au produit des placements fiduciaires de la recourante 1 qui étaient en cours de transfert au moment de l'ouverture de la faillite de banque A.\_\_\_\_\_ le 26 octobre 2015 à 8h00 ; ils demandent également la production de la documentation bancaire relative à ce compte, avec copie de toutes les entrées et sorties sur ce compte du 21 au 31 octobre 2015. À titre principal, les recourants concluent à l'annulation de la décision entreprise ainsi qu'à ce que soit

ordonnée la distraction immédiate des actifs de la recourante 1 de la masse en faillite de la banque A. \_\_\_\_\_ à hauteur de USD (...), sous déduction de CHF (...) et CHF (...) reçus respectivement le 15 août 2017 et le 2 octobre 2018 à titre de dividendes intermédiaires. Subsidiairement, ils sollicitent l'annulation de la décision dont est recours et le renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Plus subsidiairement, ils demandent l'annulation de ladite décision et le renvoi de la cause aux liquidateurs de la banque pour nouvelle décision dans le sens des considérants. À l'appui de leurs conclusions, les recourants se plaignent tout d'abord d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et d'un déni de justice. Ensuite, ils se prévalent de la compétence de la FINMA pour prononcer la distraction en invoquant les art. 33 al. 4 LB ainsi que 16 et 37d LB ; ils allèguent également un intérêt digne de protection au prononcé d'une décision sur dénonciation. Ils se penchent en outre sur les conditions du droit de distraction au sens des dispositions précitées et, enfin, invoquent une atteinte au droit de propriété.

**E.**

Invitée à se déterminer sur le recours, l'autorité inférieure a conclu à son rejet au terme de ses remarques responsiveness du 15 juin 2020.

**F.**

Dans leurs remarques du 15 juillet 2020, les recourants déclarent persister dans les conclusions prises dans leur mémoire de recours.

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 (voir aussi art. 54 al. 1 LFINMA).

**1.2** L'art. 24 al. 2 LB prescrit que, dans les procédures visées aux chapitres XI (mesures en cas de risque d'insolvabilité, art. 25 à 32 LB) et

XII (faillite des banques insolvables [faillite bancaire], art. 33 à 37g LB) de la LB, les créanciers et les propriétaires d'une banque, d'une société mère ou d'une société du groupe significative au sens de l'art. 2bis ne peuvent recourir que contre l'homologation du plan d'assainissement et les opérations de réalisation. Les recours au sens de l'art. 17 LP sont exclus dans ces procédures. La distraction requise par les recourants se trouve réglée à l'art. 37d LB, soit au chapitre XII, de sorte que la question de l'application de la restriction prévue à l'art. 24 al. 2 LB se pose. Le tribunal de céans a cependant considéré que la limitation de la qualité pour recourir prévue dans cette disposition ne s'applique que lorsqu'un tiers est touché dans ses intérêts financiers indirects en tant que créancier ou propriétaire par une mesure prononcée par l'autorité inférieure sur le fondement des chapitres XI et XII contre la banque concernée (cf. ATAF 2009/31 consid. 2.4 ; arrêt du TAF B-5644/2012 du 4 novembre 2014 consid. 1.4). En l'espèce, l'acte attaqué ne constitue pas une décision rendue à l'encontre de la banque. Il s'agit d'une décision dont les destinataires sont les recourants eux-mêmes. L'art. 24 al. 2 LB ne fait donc pas obstacle à leur qualité pour recourir dans la présente procédure.

**1.3** Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (art. 11, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

**1.4** Par ailleurs, le recourant, par le biais des conclusions de son recours, est appelé à définir l'objet du litige (Streitgegenstand) ; les points non contestés de la décision attaquée acquièrent force exécutoire formelle. Le recourant peut réduire l'objet du litige par rapport à l'objet de la contestation. En revanche, il ne peut en principe pas – sous peine d'irrecevabilité – l'élargir ou le modifier car la compétence fonctionnelle de l'autorité supérieure en serait violée (cf. ATF 142 I 155 consid. 4.4.2 ; 136 II 457 consid. 4.2 ; ATAF 2014/24 consid. 1.4.1 in fine ; arrêt du TAF B-692/2021 du 29 novembre 2021 consid. 1.4). De ce fait, en tant que le recours est dirigé contre une décision d'irrecevabilité, seules les conclusions tendant à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour qu'elle se prononce au fond sont recevables (cf. ATF 138 III 46 consid. 1.2 ; arrêts du TF 2C\_495/2021 du 9 février 2022 consid. 1.6 ; 1C\_488/2020 du 17 septembre 2020 consid. 2). En l'espèce, les recourants demandent principalement que la décision entreprise soit annulée et que la distraction immédiate des actifs de la recourante 1 de la masse en faillite de la banque A. \_\_\_\_\_ à hauteur de USD (...), sous déduction de CHF (...) et CHF (...) reçus le 15 août

2017 et le 2 octobre 2018 à titre de dividendes intermédiaires, soit ordonnée. Subsidiatement, ils sollicitent l'annulation de la décision dont est recours et le renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Plus subsidiairement, ils demandent l'annulation de ladite décision et le renvoi de la cause aux liquidateurs de la banque pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Le recours étant dirigé contre une décision d'irrecevabilité de la FINMA, seule la conclusion subsidiaire tendant à l'annulation de la décision entreprise et au renvoi de la cause à l'autorité inférieure se révèle recevable.

**1.5** Le recours est dès lors recevable dans cette mesure.

## **2.**

Conformément aux principes généraux de droit intertemporel, le droit applicable, en cas de changement de règles de droit, est celui qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques, sous réserve de dispositions contraires de droit transitoire (cf. ATF 140 V 136 consid. 4.2.1 ; 139 V 335 consid. 6.2 ; 137 V 394 consid. 3 ; 137 V 105 consid. 5.3.1 ; 136 V 24 consid. 4.3 ; 130 V 445 consid. 1.2.1 ; 126 V 134 consid. 4b ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 3<sup>e</sup> éd. 2022, n° 2.202). In casu, l'acte attaqué a été rendu le 4 mars 2020 de sorte que le présent litige, portant sur la seule recevabilité de la requête des recourants auprès de l'autorité inférieure, doit être examiné à l'aune des dispositions en vigueur à ce moment. On peut néanmoins relever que les modifications des dispositions topiques s'avèrent en tout état de cause sans incidence sur la présente procédure.

Dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 juillet 2021, l'art. 37d LB, traitant de la distraction de valeurs déposées (« Absonderung von Depotwerten »), prescrit que les valeurs déposées, au sens de l'art. 16 LB, sont distraites conformément aux art. 17 et 18 de la loi du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés (LTI, RS 957.1) ; en cas de découvert, l'art. 19 de cette loi est applicable (RO 2009 3577, 3593). À teneur de l'ancien art. 16 LB (RO 1995 1227, 2004 2767), sont réputées valeurs déposées selon l'art. 37d LB les choses mobilières et les titres déposés par les clients (let. 1), les choses mobilières, les titres et les créances que la banque détient à titre fiduciaire pour le compte des clients déposants (let. 2) ainsi que les prétentions disponibles de la banque à des livraisons à l'encontre de tiers, résultant d'opérations au comptant, d'opérations à terme échues, d'opérations de couverture ou d'émissions pour le compte des clients déposants (let. 3).

En outre, l'art. 20 OIB-FINMA porte sur les revendications de tiers (« Aussonderung »). Il prescrit que le liquidateur de la faillite détermine si les biens revendiqués par des tiers doivent leur être remis (al. 1). S'il considère qu'une revendication est fondée, il offre aux créanciers la possibilité de demander la cession du droit de la contester au sens de l'art. 260 al. 1 et 2 LP et leur fixe un délai raisonnable à cette fin (al. 2). S'il considère qu'une revendication est infondée ou si les créanciers ont demandé la cession du droit de la contester, il fixe au revendiquant un délai pendant lequel celui-ci peut saisir de sa revendication le juge du for de la faillite ; le revendiquant est réputé avoir renoncé à sa revendication s'il n'agit pas dans le délai imparti (al. 3). En cas de cession du droit, l'action en revendication doit être dirigée contre les créanciers qui se sont fait céder le droit ; le liquidateur de la faillite informe le revendiquant de l'identité des cessionnaires au moment de la fixation du délai pour agir (al. 4).

De plus, à teneur de l'art. 16 OIB-FINMA, le liquidateur de la faillite procède à l'inventaire des biens faisant partie de la masse en faillite (al. 1). À moins que l'OIB-FINMA n'en dispose autrement, la prise d'inventaire s'effectue conformément aux art. 221 à 229 LP (al. 2). Les valeurs déposées qui doivent être distraites de la masse en vertu de l'art. 37d LB sont mentionnées dans l'inventaire à leur valeur au moment de l'ouverture de la faillite. L'inventaire indique les prétentions éventuelles de la banque contre le déposant qui font obstacle à une distraction (al. 3). Le liquidateur de la faillite soumet à la FINMA les mesures nécessaires à la conservation des actifs de la masse (al. 4). Il soumet l'inventaire au banquier ou à un organe de la banque choisi par les propriétaires. Il les invite à déclarer s'ils considèrent l'inventaire exact et complet. Leur déclaration doit être consignée dans l'inventaire (al. 5).

### **3.**

À titre préalable, les recourants requièrent la production, par l'autorité inférieure et/ou les liquidateurs de la banque A.\_\_\_\_\_, des documents établissant sur quel compte exactement se trouvait le montant correspondant au produit des placements fiduciaires de la recourante 1 qui était en cours de transfert au moment de l'ouverture de la faillite de la banque le 26 octobre 2015 à 8h00 ; ils demandent également la production de la documentation bancaire relative à ce compte. Ils soutiennent que la production des documents sollicités permettra de combler les lacunes chronologiques existantes et de confirmer le droit de distraction bancaire qu'ils invoquent.

Dans sa réponse, l'autorité inférieure estime que ces demandes, jamais formulées au cours de la procédure de première instance, ne font pas l'objet de la présente procédure et qu'il ne faut pas entrer en matière.

Dans leurs remarques, les recourants avancent que leur requête ne constitue pas un élargissement de l'objet du litige mais s'inscrit dans le cadre de la maxime inquisitoire ainsi que la prérogative du tribunal de céans de définir les faits pertinents et les preuves nécessaires.

**3.1** En vertu de l'art. 12 PA, l'autorité constate les faits d'office et procède s'il y a lieu à l'administration de preuves. Cette disposition, figurant au chapitre 2 de la PA relatif aux dispositions générales de procédure, s'applique aussi bien à la procédure de première instance qu'à la procédure de recours (art. 37 LTAF), même s'il s'agit davantage, dans la seconde, d'une obligation de vérifier d'office les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêt du TAF B-294/2022 du 31 août 2022 consid. 2.2 et les réf. cit.). Dans ce cadre, selon l'art. 33 al. 1 PA, l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits. Cette disposition concrétise l'un des aspects de la garantie du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), qui impose notamment à l'autorité de donner suite aux offres de preuves pertinentes, lorsqu'elles apparaissent de nature à influencer sur la décision à rendre (cf. ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; 143 III 65 consid. 3.2 ; 132 V 368 consid. 3.1). Une partie n'a en revanche pas droit à l'administration d'une preuve dépourvue de pertinence, soit parce qu'elle porte sur une circonstance sans rapport avec le litige, soit parce qu'une appréciation anticipée des preuves déjà recueillies démontre qu'elle ne serait pas de nature à emporter la conviction de la juridiction saisie (cf. ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; 136 I 229 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1 ; 125 I 127 consid. 6c/cc in fine).

**3.2** En l'espèce, il convient, à titre liminaire, de relever avec les recourants que l'on ne saurait écarter leurs demandes de production de documents au motif qu'elles n'auraient jamais été formulées au cours de la procédure de première instance. Est seul déterminant le point de savoir si elles visent à prouver des faits pertinents, c'est-à-dire décisifs pour l'issue de la cause compte tenu de l'objet du litige (cf. aussi infra consid. 4). Or, ce dernier porte sur la seule question de savoir si l'autorité inférieure a, à juste titre ou non, déclaré irrecevable la demande des recourants dans le cadre de la procédure de faillite concernant la banque A. \_\_\_\_\_ visant à ordonner la ségrégation immédiate des actifs de la recourante 1 de la masse de la faillite et refusé d'entrer en matière (cf. supra consid. 1.4). Sous cet angle,



déterminer sur quel compte se trouvait le montant correspondant au produit des placements fiduciaires de la recourante 1 au moment de l'ouverture de la faillite de la banque A. \_\_\_\_\_ se révèle en réalité sans pertinence.

**3.3** Au résultat, force est de constater que les documents requis portent sur une circonstance en réalité sans rapport avec l'objet du litige. Partant, les offres de moyens de preuve des recourants doivent être rejetées.

#### **4.**

Les recourants se plaignent d'une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents, soulignant qu'un fait essentiel n'a jamais été établi, soit celui de savoir sur quel compte se trouvaient les fonds de la recourante 1 lors de l'ouverture de la faillite de la banque A. \_\_\_\_\_.

Dans sa réponse, l'autorité inférieure relève que cette circonstance pourrait éventuellement être pertinente pour l'évaluation matérielle d'un droit de distraction ; elle n'est toutefois pas juridiquement pertinente en l'espèce, dans la mesure où la FINMA n'est pas compétente pour statuer sur une telle requête.

Dans leurs remarques, les recourants relèvent que la question soulevée dans ce cadre est, selon la FINMA, légitime pour l'examen matériel de la distraction tout en refusant d'exercer ses prérogatives d'autorité de surveillance et d'intervenir pour pallier les graves défaillances des liquidateurs.

**4.1** On l'a dit, l'art. 12 PA prescrit que l'autorité constate les faits d'office et procède s'il y a lieu à l'administration de preuves. De plus, conformément à l'art. 49 let. b PA, le recourant peut invoquer la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents dans le cadre d'un recours. La constatation des faits effectuée par l'autorité compétente se révèle incomplète lorsque toutes les circonstances de fait et les moyens de preuve déterminants pour la décision n'ont pas été pris en compte. Elle est inexacte lorsque l'autorité a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, par exemple parce qu'elle a à tort nié le caractère pertinent d'un fait ; c'est également le cas lorsqu'elle a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces par exemple (cf. arrêt du TAF B-5518/2016 du 10 juillet 2019 consid. 18.1 ; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2<sup>ème</sup> éd. 2015, p. 566). Sont déterminants au sens de la disposition précitée les faits décisifs pour l'issue du litige (cf. arrêt B-5518/2016 consid. 18.1 ; BENJAMIN SCHINDLER, in : Kommentar zum Bundesgesetz

über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2<sup>ème</sup> éd. 2019, art. 49 PA n° 30). Le point de savoir si un fait se révèle décisif est une question de droit (cf. ATF 122 II 17 consid. 3 ; arrêts du TAF B-5518/2016 consid. 18.1 ; B-5756/2014 du 18 mai 2017 consid. 3.3 non publié à l'ATAF 2017 IV/7 ; ZIBUNG/HOFSTETTER, in : Praxiskommentar VwVG, 2<sup>ème</sup> éd. 2016, art. 49 PA n° 36).

**4.2** En l'espèce, comme cela ressort déjà du consid. 3 qui précède, déterminer sur quel compte se trouvait le montant correspondant au produit des placements fiduciaires de la recourante 1 au moment de l'ouverture de la faillite de la banque A. \_\_\_\_\_ se révèle sans pertinence dans le cadre de la présente procédure de recours puisque son objet se limite à la question du bien-fondé de la décision d'irrecevabilité prononcée par la FINMA. Comme l'a relevé cette dernière, cette question s'avérerait uniquement pertinente pour l'examen matériel d'une demande de distraction auquel il n'y a pas lieu de procéder ici. Les recourants soutiennent, dans ce cadre, que l'autorité inférieure aurait adopté un comportement incohérent, déclarant tout d'abord que les fonds litigieux se trouvaient bien sur le compte nostro de la banque A. \_\_\_\_\_ au moment de la faillite puis estimant qu'il n'était pas nécessaire d'établir ce point. Que le comportement de l'autorité inférieure doive ou non être qualifié d'incohérent n'a pas non plus à être tranché en l'état dès lors que l'on ne voit pas ce que les recourants pourraient en tirer, le fait en question ne pouvant en tout état de cause pas être qualifié de pertinent.

**4.3** Par conséquent, l'autorité inférieure n'a pas constaté les faits de manière inexacte ou incomplète en n'établissant pas ce fait. Partant, mal fondé, le grief des recourants doit être rejeté.

## **5.**

Les recourants invoquent un déni de justice. Ils constatent que, si la décision des liquidateurs du 15 mars 2017 (cf. supra Faits A.j) refuse la revendication (« Aussonderung ») des avoirs de la recourante 1, elle ne se prononce pas sur le droit de distraction des avoirs des clients fondé sur la LB (« Absonderung »). Ils estiment que les liquidateurs ont commis un déni de justice puisqu'une décision sur le droit de distraction des avoirs de la recourante 1 doit formellement être prise. Reconnaisant que la distraction est évoquée dans ce courrier, ils prétendent que la subsomption est inexistante. En outre, les recourants notent qu'en dépit de ce qui précède, la FINMA a considéré, dans sa décision du 4 mars 2020, qu'elle n'était pas compétente pour décider d'une distraction qui a été refusée par le liquidateur et qu'elle ne saurait entrer en matière sur une telle requête. Ils

soutiennent qu'en admettant à tort que les liquidateurs s'étaient déjà prononcés sur les conditions d'une distraction bancaire et avaient rendu une décision de refus, la FINMA n'a fait que perpétuer ce déni de justice dans sa décision du 4 mars 2020 alors qu'elle est l'autorité chargée de la surveillance des procédures de faillite bancaire et, à plus forte raison, des mandataires à qui elle délègue certaines de ses tâches. Ils en déduisent que la garantie constitutionnelle de l'accès au juge imposait donc à la FINMA de rendre une décision formelle, cas échéant d'enjoindre les liquidateurs de le faire conformément au mandat qui leur est confié, et que le refus d'entrer en matière de la FINMA sur une demande de distraction est constitutif d'un déni de justice.

Dans sa réponse, l'autorité inférieure avance 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. Elle estime qu'il aurait incombé aux recourants de s'opposer, dans le délai imparti, au refus de la restitution pour toutes les raisons mentionnées dans les décisions.

Dans leurs remarques, les recourants objectent que la décision du 15 mars 2017 des liquidateurs a été définie par ces derniers comme une décision sur revendication et non sur distraction, ajoutant que la recourante 1 a agi devant les tribunaux civils contre le refus de revendication par le biais d'une action en revendication fondée sur des arguments de droit civil. Ils ajoutent que, quand bien même la distraction bancaire se trouve mentionnée dans ce courrier, l'articulation de la décision donne l'impression d'un courrier inachevé ne répondant pas aux questions que pose la LB.

## **6.**

Les recourants se plaignent ainsi tout d'abord d'un déni de justice commis par les liquidateurs.

**6.1** À teneur de l'art. 31 LTAF, le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA. En outre, en vertu de l'art. 46a PA, le recours est notamment recevable si, sans en avoir le droit, l'autorité saisie s'abstient de rendre une décision sujette à recours ou tarde à le faire (recours pour déni de justice). Le recours pour déni de justice doit être adressé à l'autorité qui aurait été compétente pour connaître du recours contre la décision qui n'a précisément pas été rendue (cf. arrêt du

TAF B-5740/2017 du 30 octobre 2018 consid. 2 et les réf. cit.). In casu, il convient dès lors de déterminer si cette compétence revient au TAF.

Conformément à l'art. 33 LB, à défaut de perspectives d'assainissement ou si l'assainissement a échoué, la FINMA retire l'autorisation de la banque, en ordonne la faillite et publie sa décision (al. 1). La FINMA nomme un ou plusieurs liquidateurs de la faillite ; ceux-ci sont soumis à sa surveillance et lui font rapport à sa demande (al. 2). Les liquidateurs de la faillite informent les créanciers au moins une fois par an de l'état de la procédure (al. 3). Par ailleurs, selon 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). Le système mis en place confère aux liquidateurs une certaine compétence décisionnelle faute de quoi leur désignation serait inutile et inefficace ; cependant, il découle clairement de l'art. 6 al. 2 OIB-FINMA en particulier que les liquidateurs ne rendent pas de décision au sens de l'art. 5 PA (cf. BAUER/HARI/JEANNERET, in : Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2<sup>e</sup> éd. 2013 [ci-après : BSK BankG], art. 33 LB n° 33 ; EMMENEGGER/KURZBEIN, Rollenverteilung und Rechtsschutz in der Bankeninsolvenz, RSDA 2013 p. 509, p. 514).

Ainsi, contrairement à la réglementation prévue dans la LP (art. 17 LP), les décisions prises par les liquidateurs ne sont pas susceptibles de recours (cf. Message du 20 novembre 2002 concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, FF 2002 7476, 7495 [ci-après : Message LB 2002] ; BAUER/HARI/JEANNERET, in : BSK BankG, art. 33 LB n° 33 ; EMMENEGGER/KURZBEIN, op. cit., 514 ; 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, mars 2005, p. 12).

**6.2** En l'espèce, les recourants soutiennent que les liquidateurs de la faillite de la banque A.\_\_\_\_\_ se seraient rendus fautifs d'un déni de justice puisqu'ils n'auraient pas pris de décision sur la distraction des avoirs de la recourante 1 alors qu'il leur appartenait d'y procéder d'office. Indépendamment de savoir si les liquidateurs ont pris ou non une décision

sur ce point (cf. infra consid. 11.2), il appert que, s'ils disposent d'une certaine compétence décisionnelle, ils ne sont en tout état de cause pas habilités à rendre de décisions au sens de l'art. 5 PA. Il en découle que le Tribunal administratif fédéral, non compétent pour connaître des recours contre les décisions prises par les liquidateurs, ne l'est, pour ce motif déjà, pas non plus pour connaître d'un recours pour déni de justice dirigé contre eux.

**6.3** Sur le vu de ce qui précède, le grief des recourants se révèle irrecevable en tant qu'il est dirigé contre les liquidateurs.

## **7.**

Les recourants soutiennent que la FINMA se serait également rendue fautive d'un déni de justice. L'art. 29 al. 1 Cst. garantit à toute personne le droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Selon la jurisprudence, une autorité de jugement commet un déni de justice formel au sens de cette disposition si elle refuse indûment de se prononcer sur une requête dont l'examen relève pourtant de sa compétence (cf. ATF 135 I 6 consid. 2.1 ; 125 III 440 consid. 2 ; 117 la 116 consid. 3 et les arrêts cités ; arrêt du TF 2C\_856/2017 du 13 mai 2019 consid. 3.1.2). Encore faut-il cependant, pour que le refus de statuer soit pleinement réalisé, que la compétence pour statuer de l'autorité incriminée soit établie (cf. JAAC 1993 n° 32 p. 305 consid. 1 et les réf. cit.). De plus, la faculté de se prévaloir des garanties générales de procédure de l'art. 29 Cst. est réservée aux personnes disposant de la qualité de partie dans une procédure (cf. ATF 130 II 521 consid. 2.8 ; BERNHARD WALDMANN, in : Basler Kommentar zur Bundesverfassung, 2021, art. 29 Cst. n° 11 ; GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung des Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2<sup>ème</sup> éd. 2017, art. 29 Cst. n° 3a). En l'espèce, l'admission du déni de justice allégué par les recourants présuppose la compétence de la FINMA en la matière ainsi que la qualité de partie des recourants. Or, ce sont précisément les deux aspects procéduraux qui s'avèrent litigieux.

## **8.**

Les recourants contestent l'affirmation de l'autorité inférieure selon laquelle elle ne serait pas compétente pour prononcer une distraction qui a été refusée par les liquidateurs. Ils estiment que cette conception repose sur un fait inexact dès lors que les liquidateurs ne se sont pas prononcés sur une distraction bancaire ; ils la qualifient également d'incorrecte, considérant que la FINMA demeure, dans tous les cas, compétente pour

prononcer la distraction. Ils exposent que le droit de distraction fondé sur l'art. 401 CO est complété en matière bancaire par les dispositions des art. 37d et 16 LB ; la LB constituerait donc une lex specialis par rapport à la LP et prévoirait une « protection totale » des clients en cas de faillite de la banque. Soulignant que la LB ne traite de cette question que de manière sommaire, ils signalent que l'art. 34 al. 3 LB réserve expressément la compétence de la FINMA de prendre des décisions et des mesures dérogeant aux règles de la LP. En outre, ils notent que, si l'art. 33 al. 2 LB prévoit la nomination, par la FINMA, d'un ou plusieurs liquidateurs, l'art. 12 al. 1 LFINMA (recte : OIB-FINMA) prescrit que l'autorité peut ne pas nommer de liquidateur et assumer seule les tâches d'une faillite bancaire, l'autorité inférieure disposant alors de la prérogative de prononcer la distraction bancaire des valeurs déposées en lieu et place des liquidateurs. Ils relèvent qu'en l'espèce, cette autorité conteste sa compétence pour prononcer la distraction bancaire en lieu et place des liquidateurs ; ils estiment que les liquidateurs n'ont pourtant entrepris aucune démarche permettant d'analyser les prétentions des recourants, n'ayant en particulier pas cherché à établir où se trouvaient les avoirs litigieux au moment de la faillite. Ils exposent qu'étant établi que la FINMA, en l'absence de liquidateurs, serait compétente pour procéder à l'inventaire et pour prononcer une distraction d'office, il en irait de même lorsque les liquidateurs mandatés ne prennent pas de décision en violation de leur mandat. Ils jugent particulièrement choquant que la loi (notamment l'art. 34 al. 3 LB) octroie à l'autorité inférieure des pouvoirs très étendus en matière de faillite bancaire mais que cette dernière refuse d'intervenir sur une question essentielle de droit bancaire, relevant d'une compétence technique. Ils estiment que la FINMA ne saurait choisir à sa guise les prérogatives qu'elle souhaite exercer en matière de faillite bancaire et celles qu'elle ne souhaite pas exercer alors qu'en sa qualité d'autorité de surveillance, la FINMA a la mainmise sur toute la procédure et dispose de larges pouvoirs ; elle pilote et surveille l'exécution des mandats qu'elle confie, ce qui implique selon eux qu'elle conserve la prérogative d'intervenir et de donner des injonctions en tout temps à ses mandataires. Les recourants en déduisent que la FINMA s'avère matériellement compétente pour entrer en matière sur une demande de distraction bancaire au sens des articles précités et pour suppléer à l'absence de décision des liquidateurs, estimant que son refus se révèle constitutif d'une violation des art. 16 et 37d LB.

Dans sa réponse, l'autorité inférieure constate que les recourants n'abordent pas les arguments formulés dans la décision du 4 mars 2020. Elle souligne que l'art. 34 al. 3 LB, en vertu duquel les recourants

soutiennent qu'elle serait tenue d'ordonner la distraction, lui accorde uniquement des compétences formelles en vue de préciser le déroulement de la procédure de faillite ; ladite norme ne l'habilite pas à étendre sa propre compétence et à statuer sur la présente question à la place des juridictions civiles saisies. Reconnaisant que les prescriptions de l'OIB-FINMA ont pour objectif de rendre les procédures d'insolvabilité bancaire plus simples, plus flexibles et plus rapides, elle estime qu'une compétence de la FINMA de décider sur les distractions serait totalement contraire à la simplification et l'accélération voulues ; cela aurait au contraire pour conséquence qu'outre les voies du droit pénal et du droit civil déjà empruntées pour les faits identiques entre les parties identiques concernant l'objet d'un litige identique, la voie administrative pourrait, en plus, être suivie.

Dans leurs remarques, les recourants rappellent que, selon eux, l'art. 34 al. 3 LB concrétise le fait que la FINMA a la responsabilité d'une procédure de faillite bancaire et lui octroie ainsi des prérogatives importantes pour lui permettre d'intervenir hors LP. Ils ajoutent que sa qualité de mandante vis-à-vis des liquidateurs auxquels elle confie un mandat dans la faillite lui permet et lui impose de surveiller l'accomplissement de la tâche confiée et de donner des injonctions. En outre, ils avancent que, si la FINMA est compétente pour procéder à l'inventaire et pour prononcer une distraction d'office en l'absence de liquidateurs, il en va de même lorsque les liquidateurs mandatés n'exécutent pas correctement leur mandat.

Il ressort en substance de cette argumentation présentée par les recourants que, selon eux, la compétence de l'autorité inférieure de prononcer la distraction demandée peut découler, d'une part, de l'art. 33 al. 2 LB en lien avec l'art. 12 OIB-FINMA (cf. infra consid. 9) et, d'autre part, de l'art. 34 al. 3 LB (cf. infra consid. 10).

## **9.**

**9.1** En vertu de l'art. 33 al. 2 LB, 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 OIB-FINMA 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 dégagant 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 les 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 I 280 consid. 6 ; 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 les arrêts cités).

**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 à couvrir les frais d'un liquidateur externe (cf. arrêt B-3771/2012 consid. 2.4 ; BAUER/HARI/JEANNERET, in : BSK BankG, art. 33



LB n° 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, éd. juillet 2015, art. 33 LB n° 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. À 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. À 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, 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 les réf. cit. ; EMMENEGGER/KURZBEIN, op. cit., 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 LB 2002, FF 2002 7476, 7494).

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, in : BSK BankG, art. 33 LB 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, cf. infra 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 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 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. 3). Comme exposé précédemment (cf. supra 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. 442 ; BAUER/HAAS, in : BSK BankG, art. 34 LB 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<sup>ème</sup> éd. 2019, 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, 2.3.2, 3 et 5 ; voir aussi arrêt du TF 2C\_237/2009 du 28 septembre 2009 consid. 3.2.1 ; BAUER/HAAS, in : BSK BankG, art. 34 LB 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 1 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 LTI. 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 justifierait 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 1 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 2 repose avant tout sur le fait qu'il est titulaire, à titre individuel, du compte sur lequel les fonds appartenant à la recourante 1 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 1 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 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 1 en tant que titulaire du compte ; si le recourant 2 se prévaut d'un intérêt immédiat, il lui appartient de démontrer l'existence d'un fondement juridique pour une créance contre la recourante 1. L'autorité inférieure ajoute que cet intérêt doit également impliquer l'immédiateté, soit ce qui le distingue des autres créanciers de la recourante 1. Elle note que les recourants ne fournissent cependant aucune explication sur ce point. Elle estime que les raisons pour lesquelles le recourant 2 disposerait d'un intérêt immédiat au montant litigieux ne sont pas claires, signalant que, même s'il avait une créance envers la recourante 1, 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 1, 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 2 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 2. Elle ajoute qu'indépendamment de cela,

même en admettant un intérêt immédiat du recourant 2, 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. À cet égard, elle rappelle que la décision entreprise ne reconnaît aucun intérêt digne de protection pour la recourante 1 et que les raisons qui justifieraient un intérêt digne de protection de la recourante 1 et du recourant 2 dans le cadre de l'art. 6 OIB-FINMA ne sont par ailleurs pas claires. À 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 2 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 2 vis-à-vis de la recourante 1 subsisterait que les fonds soient distraits ou non puisque le transfert de USD (...) correspondait non à une créance, mais à un dividende dû au recourant 2 par la recourante 1, dividende qui ne pourrait pas être revendiqué par le recourant 2 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 1 n'est affecté par cette situation avec la même intensité que le recourant 2 ; son intérêt n'ayant pas besoin d'être juridique, le recourant 2 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 2 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 1, 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** À 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 les réf. cit. ; 139 III 504 consid. 3.3 et les 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 les réf. cit. ; arrêts du TF 2C\_79/2021 du 17 juin 2021 consid. 3.3 ; 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 les 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 les 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 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, 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. 2bis 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, in : BSK BankG, art. 33 LB 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<sup>ème</sup> éd. 2021, n° 3381 p. 895 ; SCHWOB/FAVRE, op. cit., art. 33 LB n° 23 ; BAUER/HARI/JEANNERET, in : BSK BankG, art. 33 LB 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 à 4.3 ; BAUER/HARI/JEANNERET, in : BSK BankG, art. 33 LB 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<sup>ème</sup> 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. BERTSCHINGER, Zum neuen bankengesetzlichen Aussonderungsrecht [Art. 16 und 37b BankG], PJA 1995, p. 426 ss, p. 428 ; KLEINER/MÜLLER, in : Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, éd. septembre 2010, art. 16 LB n° 21 ; voir aussi ATF 117 II 290 consid. 4c).

**11.1.2** À 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. 497, 501 s.). À 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, 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 tenter son action au for de la faillite conformément à l'art. 242 al. 2 LP (cf. HAESS/ZBINDEN, in : BSK BankG, art. 37d LB 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 Zahlungen-Token wie dem Bitcoin als « Registerwertdaten » und deren Aussonderbarkeit im Konkurs de lege lata und de lege ferenda, RSJ 116/2020 p. 291, 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<sup>er</sup> 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. 453, 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 16 LB doivent intenter 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 1 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 1 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 2, il se présente, selon ses déclarations, comme un créancier de la recourante 1 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 1 a mis les liquidateurs en demeure d'exécuter son instruction de transfert dans un délai de 10 jours pour un montant de USD (...). En date du 7 décembre 2015, elle a déposé auprès des liquidateurs une « demande de ségrégation de la masse en faillite de la somme de USD (...) » ; 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 1. 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 1 ; 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 subsomption inexistante, ils en déduisent qu'aucune décision n'a été rendue sur le droit de distraction des avoirs de la recourante 1. 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 subsomption 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 1 « hat kein Eigentum am genannten Betrag, sondern lediglich einen obligatorischen Anspruch in der Höhe des Kontokorrentsaldos ». 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 1, 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 1 (cf. arrêt du TAF B-5905/2012 du 27 novembre 2015 consid. 1.2 et les 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.

**12.**

Les recourants invoquent enfin l'art. 26 al. 1 Cst. selon lequel la propriété est garantie. Estimant que les conditions de la distraction sont remplies, ils considèrent que le refus de l'autorité inférieure de contrôler l'activité des liquidateurs et, partant, d'exercer une compétence qui lui incombe, a pour conséquence que des avoirs devant revenir à la recourante 1 vont être alloués à la masse en faillite. La propriété est garantie par l'art. 26 al. 1 Cst. Toute restriction de ce droit fondamental doit être fondée sur une base légale, être justifiée par un intérêt public et être proportionnée au but visé (art. 36 al. 1 à 3 Cst. ; cf. ATF 130 I 360 consid. 14.2 ; 126 I 219 consid. 2a consid. 2c et les arrêts cités). En l'espèce, il ressort des considérants qui précèdent que la FINMA a, à juste titre, refusé d'entrer en matière sur la demande de distraction des recourants. Dans ces conditions, on ne saurait lui reprocher une restriction de leur droit fondamental à la garantie de la propriété. Partant, le grief tombe à faux.

**13.**

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. En refusant d'entrer en matière sur la requête des recourants, l'autorité inférieure n'a en particulier commis aucun déni de justice. Sa décision ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

**14.**

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<sup>ère</sup> phrase FITAF).

En l'espèce, les recourants ont succombé dans l'ensemble de leurs conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à

4'000 francs, doivent être intégralement mis à leur charge. Ils seront compensés par l'avance de frais de 4'000 francs versée par les recourants le 11 mai 2020 dès l'entrée en force du présent arrêt.

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

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.

**2.**

Les frais de procédure, d'un montant de 4'000 francs, sont mis à la charge des recourants. Ce montant sera compensé par l'avance de frais déjà versée du même montant dès l'entrée en force du présent arrêt.

**3.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est adressé aux recourants et à l'autorité inférieure.

Le président du collège :

La greffière :

Jean-Luc Baechler

Fabienne Masson

**Indication des voies de droit :**

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 13 décembre 2022

Le présent arrêt est adressé :

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