

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

2C 518/2017

Arrêt du 28 novembre 2017

Ile Cour de droit public

Composition

MM. et Mme les Juges fédéraux Seiler, Président, Aubry Girardin et Donzallaz.  
Greffier: M. Tissot-Daguette.

Participants à la procédure

X. \_\_\_\_\_ SA,  
représentée par Me Thierry Cagianut, avocat,  
recourante,

contre

Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA.

Objet

Faillite d'une entreprise d'assurance; établissement de l'état de collocation,

recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 26 avril 2017 (B-5591/2016).

Faits :

A.

La société X. \_\_\_\_\_ SA est l'actionnaire unique de la société A. \_\_\_\_\_ SA en liquidation. Le 5 décembre 2014, l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après: la FINMA) a ordonné le transfert du portefeuille d'assurance de A. \_\_\_\_\_ SA, ainsi que des actifs de la fortune liée y afférents à la société B. \_\_\_\_\_ SA. X. \_\_\_\_\_ SA et le président de A. \_\_\_\_\_ SA, C. \_\_\_\_\_, ont vainement contesté ce transfert auprès du Tribunal administratif fédéral, puis devant le Tribunal fédéral (arrêt 2C 872/2015). La faillite de A. \_\_\_\_\_ SA a été prononcée par la FINMA par décision du 12 décembre 2014, avec effet au 15 décembre 2014. Dans la même décision, cette autorité a nommé la société D. \_\_\_\_\_ SA en qualité de liquidatrice (ci-après: la liquidatrice).

Dans un courrier du 14 avril 2016, X. \_\_\_\_\_ SA a annoncé à la liquidatrice qu'elle avait choisi C. \_\_\_\_\_ pour officier comme organe de A. \_\_\_\_\_ SA (ci-après: l'organe) dans le cadre de la procédure de faillite. Le 28 avril 2016, la liquidatrice a pris acte de cette nomination et informé X. \_\_\_\_\_ SA que l'organe ne serait invité à se prononcer que sur les créances non inscrites dans les livres de A. \_\_\_\_\_ SA. La liquidatrice a ajouté que celui-ci devait déclarer s'il considérait l'inventaire comme exact et complet en consultant les pièces comptables ad hoc qui seraient mises à sa disposition. X. \_\_\_\_\_ SA a répondu le 4 mai 2016 que la consultation de pièces comptables ad hoc ne suffirait pas à l'organe pour se prononcer sur le caractère exact et complet de l'inventaire, mais qu'un accès adéquat au dossier était nécessaire. Par courrier du 9 mai 2016, la liquidatrice a informé X. \_\_\_\_\_ SA qu'elle avait pris la décision de ne pas demander à l'organe d'attester de l'exactitude de l'inventaire et de l'état de collocation, mais qu'elle le consulterait néanmoins au sujet de quelques créances. X. \_\_\_\_\_ SA a répondu le 13 mai 2016, se déclarant surprise de cette décision. S'agissant de l'inventaire, elle en a pris acte

comme une dispense expresse de rester à la disposition de l'administration pendant la durée de la liquidation. Elle a encore en particulier demandé à pouvoir se prononcer sur une créance de 49'768'372 fr. produite dans la faillite par B. \_\_\_\_\_ SA, correspondant à la perte que celle-ci subirait par la reprise du portefeuille de A. \_\_\_\_\_ SA. Par courriers électroniques du 1<sup>er</sup> juin 2016, la liquidatrice a demandé à l'organe de se prononcer sur cinq créances, le priant notamment de lui communiquer les informations en sa possession à leur propos. Le 8 juin 2016, X. \_\_\_\_\_ SA a réitéré sa demande formulée le 13 mai 2016. Le 13 juin 2016, la liquidatrice a maintenu sa position. Par une circulaire du 22 juin 2016, la liquidatrice a informé les créanciers de A. \_\_\_\_\_ SA du dépôt de l'état de collocation consultable dès le 23 juin 2016. Elle leur a rappelé qu'il pouvait être

contesté dans un délai de vingt jours.

B.

Le 14 juillet 2016, X. \_\_\_\_\_ SA a déposé un acte intitulé " DÉNONCIATION (art. 6 al. 1 OFA-FINMA) " auprès de la FINMA. Elle s'est plainte de ce que la liquidatrice n'avait pas soumis toutes les créances produites dans la faillite de A. \_\_\_\_\_ SA à l'organe et a conclu à l'annulation de l'état de collocation, ainsi qu'à ce qu'il soit ordonné à la liquidatrice de soumettre ces créances, en particulier celle de B. \_\_\_\_\_ SA, à l'organe. Elle a également demandé que la FINMA se prononce dans une décision sujette à recours. Précédemment, le 7 juillet 2016, X. \_\_\_\_\_ SA avait déposé un premier acte à l'intitulé identique qui a fait l'objet d'une procédure propre (qui a donné lieu à un arrêt du Tribunal administratif fédéral B-5600/2016 du 26 avril 2017 et à un arrêt du Tribunal fédéral 2C 519/2017 du 28 novembre 2017).

Par courrier du 11 août 2016, la FINMA a informé X. \_\_\_\_\_ SA qu'elle avait examiné les faits dénoncés, mais que la liquidatrice n'avait pas violé les prescriptions légales régissant l'établissement de l'état de collocation et que la procédure pouvait suivre son cours. Le 14 septembre 2016, X. \_\_\_\_\_ SA a interjeté recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre le courrier du 11 août 2016 qu'elle a qualifié de décision.

Par arrêt du 26 avril 2017, le Tribunal administratif fédéral a déclaré le recours irrecevable. Il a considéré en bref que le courrier de la FINMA du 11 août 2016 ne constituait pas une décision. En outre, il a exclu tout déni de justice formel, jugeant que X. \_\_\_\_\_ SA n'avait pas la qualité de partie dans le cadre d'une procédure de dénonciation et que même si la FINMA n'avait à tort pas rendu de décision, les dispositions légales applicables n'auraient de toute façon pas donné la possibilité à X. \_\_\_\_\_ SA de la contester.

C.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, X. \_\_\_\_\_ SA demande au Tribunal fédéral, sous suite de dépens, d'annuler l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 26 avril 2017, de constater la nullité de la décision de la FINMA du 11 août 2016, d'annuler l'état de collocation déposé dans la faillite de A. \_\_\_\_\_ SA et d'ordonner à la liquidatrice, respectivement à la FINMA de soumettre toutes les créances produites dans la faillite de A. \_\_\_\_\_ SA à l'organe; subsidiairement d'annuler l'état de collocation précité et de renvoyer la cause à la FINMA, afin qu'elle ordonne à la liquidatrice de soumettre les créances produites dans la faillite de A. \_\_\_\_\_ SA à l'organe; plus subsidiairement d'annuler l'état de collocation précité et de renvoyer la cause au Tribunal administratif fédéral, afin qu'il ordonne à la FINMA et à la liquidatrice de soumettre les créances produites dans la faillite de A. \_\_\_\_\_ SA à l'organe.

Le Tribunal administratif fédéral renonce à prendre position sur le recours. La FINMA conclut quant à elle aussi bien à l'irrecevabilité qu'au rejet du recours. Dans des observations finales, X. \_\_\_\_\_ SA persiste dans les conclusions de son recours.

Considérant en droit :

1.

1.1. Le présent arrêt porte sur le point de savoir si c'est à tort que le Tribunal administratif fédéral a déclaré le recours du 14 septembre 2016 irrecevable en l'absence d'objet à contester, respectivement en l'absence de déni de justice par la FINMA. Cet arrêt a été rendu par le Tribunal administratif fédéral (art. 86 al. 1 let. a LTF), en application notamment des dispositions de la PA et de la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (LSA; RS 961.01), soit dans une cause de droit public (art. 82 let. a LTF). Le recours, qui remplit les conditions de forme (art. 42 LTF) et a été déposé dans les délais (art. 100 al. 1 LTF) par la destinataire de l'arrêt attaqué qui a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 89 al. 1 LTF), ne tombe sous aucune des exceptions de l'art. 83 LTF.

1.2. Le recours est recevable contre les décisions qui mettent fin à la procédure (art. 90 LTF). L'arrêt entrepris déclare irrecevable le recours déposé par la recourante à l'encontre du courrier de la FINMA du 11 août 2016. Par ce prononcé d'irrecevabilité, le Tribunal administratif fédéral a mis un terme à la procédure pendante devant lui, raison pour laquelle cet arrêt constitue une décision finale au sens de l'art. 90 LTF (cf. arrêt 2C 1014/2015 du 21 juillet 2016 consid. 1.2). Lorsque l'autorité précédente n'entre pas en matière sur le recours, sans même en traiter matériellement de manière subsidiaire, seule la question de l'irrecevabilité peut être portée devant le Tribunal fédéral. Dans la mesure où le recours devait être admis, le Tribunal fédéral renverrait la cause à l'autorité précédente pour un examen sur le fond (cf. ATF 139 II 233 consid. 3.2 p. 236; 135 II 38 consid. 1.2 p. 41).

Sur le vu de ce qui précède, les conclusions tendant à annuler l'état de collocation et à soumettre les créances produites dans la faillite de A. \_\_\_\_\_ SA à l'organe sont irrecevables.

2.

Le Tribunal fédéral statue en principe sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sous réserve des cas prévus à l'art. 105 al. 2 LTF. Le recourant ne peut critiquer les constatations de fait ressortant de la décision attaquée que si celles-ci ont été effectuées en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF ou de manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire (ATF 136 II 304 consid. 2.4 p. 314), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF; ATF 137 III 226 consid. 4.2 p. 234). Conformément à l'art. 106 al. 2 LTF, le recourant doit expliquer de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées. Les faits et les critiques relatives aux faits invoqués de manière appellatoire sont irrecevables (ATF 137 II 353 consid. 5.1 p. 356). Par ailleurs, aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut en principe être présenté devant le Tribunal de céans (art. 99 al. 1 LTF).

3.

3.1. Dans l'arrêt entrepris, le Tribunal administratif fédéral a en premier lieu considéré que le courrier de la FINMA du 11 août 2016 ne constituait pas une décision au sens de l'art. 5 PA. Il n'en présentait pas les caractéristiques formelles et, d'un point de vue matériel, ne faisait que porter à la connaissance de la recourante les conclusions de la FINMA quant au respect, par la liquidatrice, des dispositions relatives à l'établissement de l'état de collocation. Il n'en ressortait donc aucune volonté de régler un aspect de la procédure de manière impérative.

En l'absence de décision susceptible de recours, le Tribunal administratif fédéral a ensuite examiné si la situation était constitutive d'un déni de justice de la part de la FINMA, c'est-à-dire si cette autorité était tenue de rendre une décision. A ce propos, il a jugé que la demande de la recourante du 14 juillet 2016 était contradictoire, dès lors qu'elle était intitulée "dénonciation" et qu'elle faisait référence à l'art. 6 de l'ordonnance du 17 octobre 2012 de la FINMA sur la faillite des assurances (OFA-FINMA; RS 961.015.2), dont l'al. 2 exclut la qualité de partie du dénonciateur. Dans ses conclusions, la recourante demandait pourtant à la FINMA de se prononcer dans une décision sujette à recours. L'autorité précédente a donc examiné alternativement la situation en considérant l'acte du 14 juillet 2016 comme une dénonciation, puis comme une demande formelle de décision. Dans le cas d'une dénonciation sollicitant uniquement l'intervention de la FINMA, afin de rétablir l'ordre légal, le recours pour déni de justice s'avérait irrecevable en l'absence de demande tendant expressément à ce qu'une décision soit rendue. Dans le cas d'une demande formelle de décision, le Tribunal administratif fédéral a jugé que celle-ci, en

application de l'art. 54e al. 1 LSA, n'aurait pas été susceptible de recours sur le fond, ce qui excluait également la recevabilité du recours pour déni de justice. Après avoir encore notamment traité de la conformité à la constitution de l'art. 54e LSA, le Tribunal administratif fédéral a finalement déclaré le recours du 14 septembre 2016 irrecevable.

3.2. Pour sa part, la recourante fait valoir plusieurs griefs sur le fond dont il n'y a pas lieu de traiter ici (cf. consid. 1.2 ci-dessus). Pour le surplus, elle estime que c'est en violation des art. 5 et 25a PA (en relation avec l'art. 9 Cst.) que le Tribunal administratif fédéral n'a pas considéré le courrier du 11 août 2016 comme une décision susceptible de recours. Citant les art. 46a PA et 29 al. 1 Cst., ce serait en outre au mépris du droit que l'autorité précédente aurait jugé que les conditions d'un déni de justice n'étaient pas réunies. Finalement, la recourante se plaint encore en substance d'une mauvaise application de l'art. 54e al. 1 LSA, respectivement d'une violation de la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst.).

3.3. Le présent litige porte donc sur le point de savoir si c'est à juste titre que le Tribunal administratif fédéral n'a pas considéré le courrier du 11 août 2016 comme une décision. Au surplus et le cas échéant, il conviendra d'examiner si c'est à raison qu'il a exclu toute situation de déni de justice.

4.

Se pose en premier lieu la question de la qualification du courrier de la FINMA du 11 août 2016.

4.1. En s'adressant à la FINMA le 14 juillet 2016 dans un courrier intitulé "dénonciation", la recourante a expressément demandé que cette autorité rende une décision susceptible de recours. Or, dans un accusé de réception du 19 juillet 2016, la FINMA a informé la recourante qu'elle rendrait une décision si nécessaire, tout en rappelant que le dénonciateur n'avait pas qualité de partie. Il ne ressort pas des faits retenus par l'autorité précédente que la recourante aurait donné suite à ce courrier. Comme

l'a justement relevé le Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt entrepris, la démarche de la recourante n'était pas univoque, dès lors que les procédures de décision et de dénonciation ne sont pas semblables.

4.2. En droit public, la notion de "décision" au sens large vise habituellement toute résolution que prend une autorité et qui est destinée à produire un certain effet juridique ou à constater l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'une obligation; au sens étroit, c'est un acte qui, tout en répondant à cette définition, intervient dans un cas individuel et concret (ATF 135 II 328 consid. 2.1 p. 331 et les références citées). A teneur de l'art. 5 al. 1 PA, sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet: de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a); de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (let. b); de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c). 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 (ATF 139 III 504 consid. 3.3 p. 508 et les références citées; arrêt 2C 792/2016 du 23 août 2017 consid. 5.1 et les références citées, destiné à publication).

4.3. La dénonciation est quant à elle une procédure non contentieuse par laquelle n'importe quel administré peut attirer l'attention d'une autorité hiérarchiquement supérieure sur une situation de fait ou de droit qui justifierait à son avis une intervention de l'Etat dans l'intérêt public. La dénonciation est possible dans toute matière où l'autorité pourrait intervenir d'office. En principe, l'administré n'a aucun droit à ce que sa dénonciation soit suivie d'effets, car l'autorité saisie peut, après un examen sommaire, décider de la classer sans suite; le dénonciateur n'a même pas de droit à ce que l'autorité prenne une décision au sujet de sa dénonciation. Par conséquent, la seule qualité de dénonciateur ne donne pas le droit de recourir contre la décision prise à la suite de la dénonciation; le dénonciateur doit encore pouvoir invoquer un intérêt digne de protection à ce que l'autorité de surveillance intervienne (ATF 133 II 468 consid. 2 p. 471 et les références citées).

4.4. En l'occurrence, le courrier du 11 août 2016, dans lequel la FINMA a informé la recourante qu'elle n'avait pas identifié de violations des dispositions pertinentes par la liquidatrice, constitue la réponse de cette autorité à l'acte de la recourante du 14 juillet 2016. Comme on le verra ci-après, savoir s'il convient de considérer ce courrier comme une réponse donnée à une dénonciation (cf. consid. 6.1 ci-dessous), comme une décision dans une procédure à laquelle la recourante est partie (cf. consid. 6.2 ci-dessous) ou comme un refus de statuer de la part de la FINMA (cf. consid. 6.3 ci-dessous) est sans pertinence sur l'issue de la présente procédure.

5.

5.1. La LSA régit la surveillance des entreprises d'assurance et des intermédiaires d'assurance par la Confédération. Elle a notamment pour but de protéger les assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus (art. 1 LSA). Ainsi, sont soumis à la surveillance au sens de la LSA, les entreprises d'assurance suisses qui, comme A. \_\_\_\_\_ SA, exercent une activité en matière d'assurance directe ou de réassurance (art. 2 al. 1 let. a LSA). La FINMA est l'autorité chargée de surveiller les marchés financiers régis par la LSA (cf. art. 1 al. 1 let. g et art. 4 al. 1 et 2 de la loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA; RS 956.1). Le chapitre 5, section 2 de la LSA (art. 51 ss LSA) régit notamment la liquidation et la faillite des sociétés d'assurance. Aux termes de l'art. 53 al. 1 LSA, si des raisons sérieuses font craindre qu'une entreprise d'assurance ne soit surendettée ou qu'elle n'ait des problèmes de liquidité importants, la FINMA, à défaut de perspectives d'assainissement ou si l'assainissement a échoué, retire l'autorisation, prononce la faillite et la publie. L'art. 54 LSA dispose quant à lui que la décision de liquidation déploie les

effets de l'ouverture de la faillite au sens des art. 197 à 220 LP (al. 1). Sous réserve des art. 54a ss LSA, la faillite est exécutée 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). La FINMA nomme un ou plusieurs liquidateurs de la faillite, ceux-ci étant soumis à sa surveillance et lui faisant rapport à sa demande (art. 53 al. 3 LSA). La FINMA n'est pas liée par les propositions du liquidateur de la faillite

(art. 54b al. 2 LSA).

5.2. Se fondant sur l'art. 54 al. 3 LSA, la FINMA a arrêté l'OFA-FINMA. Cette ordonnance concrétise la procédure de faillite selon les art. 53 à 59 LSA (art. 1 OFA-FINMA) et s'applique à toutes les personnes physiques ou morales qui exercent une activité soumise à la surveillance en tant qu'entreprise d'assurance selon la LSA (art. 2 OFA-FINMA).

6.

En l'occurrence, il convient d'examiner si la recourante pouvait recourir contre une décision rendue suite à une dénonciation et, le cas échéant, ce qu'il en aurait été s'il avait fallu considérer le courrier du 11 août 2016 de la FINMA comme une décision (qu'elle soit ou non relative à un acte matériel au sens de l'art. 25a PA), voire comme un refus de statuer.

6.1. D'emblée on peut relever que s'il fallait considérer la recourante comme dénonciatrice, celle-ci n'aurait pas eu de possibilité de recourir contre les mesures prises par la FINMA. Pour cette raison, on ne pourrait que confirmer l'arrêt d'irrecevabilité du Tribunal administratif fédéral.

En effet, l'art. 6 OFA-FINMA prévoit que 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). Cette disposition reprend l'esprit de l'art. 71 al. 2 PA, qui dispose également que le dénonciateur n'a aucun des droits reconnus à la partie. Le dénonciateur n'a pas la qualité de partie, dès lors qu'en principe, la surveillance effectuée par l'autorité à qui est adressée la dénonciation ne sert que des intérêts publics (cf. ATF 142 II 451 consid. 3.4.3 p. 458 et les références citées; consid. 4.3 ci-dessus).

6.2. Dans la mesure où, contrairement à l'avis du Tribunal administratif fédéral, le courrier du 11 août 2016 de la FINMA devrait être considéré comme une décision, il conviendrait de formuler les remarques suivantes:

6.2.1. Dans une faillite "ordinaire", c'est-à-dire régie exclusivement par la LP, l'art. 244 LP prévoit qu'après l'expiration du délai fixé pour les productions, l'administration examine les réclamations et procède aux vérifications nécessaires. Elle consulte le failli sur chaque production. Cette consultation est obligatoire. Si l'administration de la faillite n'y procède pas, le failli ou les créanciers peuvent s'en plaindre auprès de l'autorité de surveillance (art. 17 LP) et demander l'annulation de l'état de collocation. Il ne sera toutefois donné suite à cette plainte que lorsque la consultation omise aurait conduit l'administration à statuer différemment sur la production en cause, puisqu'en application de l'art. 245 LP, l'administration de la faillite n'est pas liée par les déclarations du failli (ATF 122 III 137 consid. 1 p. 138; 71 III 184 consid. 1 p. 184 s.; arrêt 5A 892/2012 du 31 janvier 2013 consid. 3.3 et les références citées; cf. THOMAS BAUER, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. Auflage, 2017, ad n 19 ad art. 244 LP; THOMAS SPRECHER, in SchKG Kurzkommentar, Daniel Hunkeler [éd.], 2e éd. 2014, n. 33a s. ad art. 244 LP; DIETER HIERHOLZER, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2e éd. 2010, n. 26 ad art. 245 LP; CHARLES JACQUES, in Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n. 27 ad art 244 LP; PIERRE-ROBERT GILLÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur le poursuite pour dettes et la faillite, 2001, n. 10 s. ad art. 244 LP).

6.2.2. Dans la faillite des entreprises d'assurances, comme on l'a vu précédemment (cf. consid. 5.1 ci-dessus), les dispositions de la LP ne s'appliquent que dans la mesure où la LSA ne prévoit pas de règles différentes (art. 54 al. 2 LSA). En matière de production de créances et d'établissement de l'état de collocation, on doit mentionner certaines spécificités propres à la faillite des entreprises d'assurances. Ainsi, selon l'art. 54a al. 1 LSA, les créances d'assurés qui peuvent être constatées au moyen des livres de l'entreprise d'assurance sont réputées produites. A teneur de l'art. 24 al. 1 OFA-FINMA, le liquidateur de la faillite examine les créances produites ainsi que celles découlant de la loi. Il peut, dans ce cadre, mener ses propres enquêtes et prier les créanciers de lui remettre des moyens de preuve complémentaires. Selon l'art. 24 al. 4 OFA-FINMA, le liquidateur de la faillite consulte la personne désignée par les propriétaires pour officier comme organe de l'entreprise d'assurance, à propos des créances qui ne sont pas inscrites dans les livres de l'entreprise d'assurance. Plus précisément, la personne désignée sera entendue sur toutes les créances, à l'exception des créances nées de contrats d'assurance qui

peuvent être constatées au moyens des livres de l'entreprise (cf. art. 54a al. 1 LSA) tenus conformément aux prescriptions applicables (cf. art. 10 OFA-FINMA; FISCHER/LUGINBÜHL, in Basler Kommentar, Versicherungsaufsichtsgesetz, 2013, n. 7 ad art. 54a LSA). Par la suite, le liquidateur de la faillite décide de l'acceptation d'une créance, de son montant et de son rang et établit l'état de collocation (art. 25 al. 1 OFA-FINMA). Il apprécie les créances librement (FISCHER/LUGINBÜHL, op. cit., n. 8 ad art. 54a LSA). L'art. 29 al. 1 OFA-FINMA dispose que les actions en contestation de l'état de collocation sont régies par l'art. 250 LP.

6.2.3. On constate donc que l'art. 24 al. 4 OFA-FINMA est le pendant de l'art. 244 LP. La différence réside dans les créances à propos desquelles l'administration, respectivement le liquidateur de la faillite va entendre le failli ou la personne désignée par les propriétaires. Alors que dans une procédure de faillite fondée sur l'art. 244 LP l'administration entend le failli sur toutes les créances produites, dans une procédure de faillite d'entreprise d'assurance, le liquidateur n'entendra la personne désignée par le propriétaire que sur les créances d'assurés qui ne sont pas inscrites dans les livres de l'entreprise, puisque selon l'art. 54a al. 1 LSA, les créances d'assurés qui peuvent être constatées au moyen des livres de l'entreprise d'assurance sont réputées produites. Rien ne laisse penser que le liquidateur pourrait se passer de consulter la personne désignée sur les autres créances (cf. art. 24 al. 4 OFA-FINMA). Par conséquent, la pratique développée en relation avec l'art. 244 phr. 2 LP doit être reprise ici. Néanmoins, ni la LSA, ni l'OFA-FINMA ne prévoient de voie de droit spécifique dans l'éventualité où le liquidateur viendrait à ne pas entendre la personne désignée. En application de l'art. 54 al. 2 LSA, il conviendrait donc ici aussi d'appliquer la règle développée en matière de consultation du failli selon la LP et permettre au propriétaire de l'entreprise d'assurance concernée de se plaindre à l'autorité de surveillance en application de l'art. 17 LP. Cette plainte et, de manière plus générale, toute voie de droit pour une telle situation, est cependant expressément exclue. En effet, l'art. 54e al. 1 LSA prévoit que dans les procédures de faillite, les créanciers et les propriétaires d'une assurance ou d'une société significative d'un groupe ou d'un conglomérat ne peuvent recourir que contre les opérations de réalisation. Les recours au sens de l'art. 17 LP sont exclus dans ces procédures.

6.2.4. Dans son message relatif à l'introduction de cette dernière disposition, en vigueur depuis le 1er janvier 2016, le Conseil fédéral a relevé que l'art. 54e LSA est analogue à l'art. 24 al. 2 de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB; RS 952.0), dans sa version en vigueur au 3 octobre 2003 (RO 2004 2767). Elle vise à garantir le règlement rapide des procédures de faillite des entreprises d'assurance et à empêcher qu'un nombre excessif de recours ne puisse retarder de manière disproportionnée les procédures, voire les bloquer (Message du Conseil fédéral du 3 septembre 2014 concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers, FF 2014 7235 p. 7377). En relation avec l'art. 24 al. 2 LB, le Tribunal fédéral a déjà jugé, en citant le message du Conseil fédéral y relatif (FF 2002 7476 p. 7494), que cette disposition n'a pas d'incidence sur la légitimation aux actions en justice dans le cadre de la procédure de liquidation (par exemple l'action en contestation de l'état de collocation ou en revendication; ATF 131 II 306 consid. 1.1 p. 310 s.; arrêt 2C 237/2009 du 28 septembre 2009 consid. 3.2.2), qui sont à différencier de la plainte au sens de l'art. 17 LP.

6.2.5. On doit donc conclure de ce qui précède que le propriétaire d'une entreprise d'assurance en liquidation, telle que la recourante, ne peut à aucun moment se plaindre de ce que le liquidateur n'aurait pas entendu la personne qu'il a désignée pour officier comme organe, la plainte de l'art. 17 LP et le recours à la FINMA étant expressément exclus par l'art. 54e al. 1 LSA. Par conséquent, dans la mesure où il aurait fallu considérer le courrier du 11 août 2017 comme une décision, la recourante, faute de possibilité de contester l'absence de consultation de l'organe par la liquidatrice, n'aurait pas eu la possibilité de recourir. Dans ce cas également, c'est donc à juste titre que le Tribunal administratif fédéral a déclaré le recours irrecevable.

6.2.6. La recourante fait encore valoir une violation de l'art. 25a PA. L'invocation de cette disposition ne lui est toutefois d'aucun secours. En effet, aux termes de l'art. 25a al. 1 PA, toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour des actes fondés sur le droit public fédéral et touchant à des droits ou des obligations s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir ou les révoque (let. a); élimine les conséquences d'actes illicites (let. b); constate l'illicéité de tels actes (let. c). Selon l'art. 25a al. 2 PA, l'autorité statue par décision (cf. ATF 140 II 315 consid. 2.1 p. 319 s. et les références citées). Or, outre le fait qu'il est fort douteux que la liquidatrice ait procédé à des actes illicites, il faut constater que même si la FINMA avait été tenue de rendre une décision fondée sur l'art. 25a PA, celle-ci, pour les raisons qui ont été développées ci-dessus (cf. consid. 6.2.5), n'aurait pas été susceptible de recours devant le Tribunal administratif fédéral, qui

n'aurait pu qu'en constater l'irrecevabilité dans ce cas également.

6.3. Sur le vu de ce qui vient d'être expliqué, tout déni de justice de la part de la FINMA peut également être écarté. En effet, en droit public, l'administré a en principe droit à ce que l'autorité compétente saisie se prononce lorsque, par rapport à la décision qu'il sollicite, il possède la légitimation active dans la procédure contentieuse et non contentieuse (cf. ATF 141 I 172 consid. 5.2 p. 182 et les références citées). Il doit donc jouir d'un intérêt digne de protection à ce qu'une décision soit rendue, ce qui lui ouvrira également la voie de droit contre cette décision (cf. THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 1407). Cela signifie qu'un recours pour déni de justice n'est possible que lorsqu'un recours dans la cause au fond est ouvert (cf. UHLMANN/ WÄLLE-BÄR, in Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, Waldmann/Weissenberger [éd.], 2e éd. 2016, n. 5 ad art. 46a PA; MARKUS MÜLLER, in VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler [éd.], 2008, n. 8 ad art. 46a PA). Or, comme on l'a vu, aucun recours n'est ouvert à la recourante pour contester l'absence de consultation par la FINMA de la personne désignée pour se prononcer sur les production de créances. En prenant en compte une telle situation, c'est donc également à juste titre que le Tribunal administratif fédéral a déclaré le recours irrecevable.

7.

La recourante estime ensuite que l'arrêt d'irrecevabilité du Tribunal administratif fédéral constitue une violation du droit de l'accès au juge (art. 29a Cst.).

On ne peut certes pas exclure que l'art. 54e al. 1 LSA constitue une violation de l'art. 29a Cst., à tout le moins en ce qui concerne l'actionnaire, dès lors que le créancier peut toujours introduire une action en contestation de l'état de collocation au sens de l'art. 250 LP (cf. art. 29 al. 1 OFA-FINMA). Le Conseil fédéral a d'ailleurs relevé dans son message du 4 novembre 2015 relatif au projet de loi fédérale sur les établissements financiers (cf. FF 2015 8101 p. 8278) que la situation actuelle "paraît problématique à la lumière de la réserve constitutionnelle en faveur de la loi et de la garantie de l'accès au juge". Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que l'art. 54e al. 1 LSA est une disposition légale issue d'une loi fédérale et qu'en application de l'art. 190 Cst., il appartient au Tribunal fédéral de l'appliquer, même si rien ne l'empêche d'en contrôler la constitutionnalité ("Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot"; ATF 140 I 353 consid. 4.1 p. 358). En l'occurrence, compte tenu du fait qu'un tel contrôle n'aurait aucune incidence sur l'issue de la présente cause, il n'y a pas à examiner la question de la violation de l'art. 29a Cst. plus avant et il convient d'écarter le grief de la recourante à ce propos.

8.

Les éventuelles autres critiques contenues dans le mémoire de recours, faute d'être motivées conformément aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF, n'ont pas à être examinées plus avant.

9.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours dans la mesure où il est recevable. La recourante doit supporter les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF). Il n'est pas alloué de dépens (art. 68 al. 1 et 3 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

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

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

Le présent arrêt est communiqué au mandataire de la recourante, à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers et au Tribunal administratif fédéral, Cour II.

Lausanne, le 28 novembre 2017  
Au nom de la IIe Cour de droit public  
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Seiler

Le Greffier : Tissot-Daguette