CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Faillite bancaire et activité non autorisée

Confirmation de la qualité pour recourir des organes désinvestis

Par Lionel Jeanneret le 14 avril 2026

Dans l'arrêt 5A_988/2025 du 3 mars 2026, destiné à la publication, le Tribunal fédéral (TF) juge que les anciens organes d'une société dont les pouvoirs de représentation ont été retirés par la FINMA conservent la qualité pour recourir contre le prononcé de faillite au nom de la société, y compris lorsque la faillite est prononcée par un tribunal ordinaire et non par la FINMA elle-même. Cette extension de la jurisprudence existante garantit l'accès effectif à la justice (art. 29*a* Cst.) dans le contexte du transfert de la compétence en matière de faillite des établissements non autorisés aux tribunaux civils ordinaires depuis le 1er janvier 2023 (art. 173*b* al. 2 LP, cf. Message, 6202 s.).

En l'espèce, la FINMA soupçonne une société d'accepter des dépôts du public à titre professionnel sans disposer de l'autorisation requise. Le 13 août 2024, la FINMA désigne à titre superprovisionnel un chargé d'enquête avec la compétence d'agir à la place des organes de la société. Il est interdit à la société et à ses organes de procéder à des actes juridiques sans le consentement du chargé d'enquête.

Le 22 mai 2025, le chargé d'enquête « dépose le bilan » auprès du *Bezirksgericht* de Schwyz et requiert l'ouverture de la faillite, que le tribunal prononce le 3 juin 2025. Le 13 juin 2025, les deux membres du conseil d'administration dont les pouvoirs de signature avaient été retirés par la FINMA recourent au nom de la société devant le *Kantonsgericht* de Schwyz, concluant à titre superprovisionnel au sursis à l'exécution et, au fond, à la révocation de la faillite ou, subsidiairement, à l'octroi d'un sursis concordataire provisoire. Par décision du 8 octobre 2025, le *Kantonsgericht* déclare le recours irrecevable et prononce à nouveau l'ouverture de la faillite.

Le 13 novembre 2025, la société, agissant par les deux membres du conseil d'administration, recourt en matière civile devant le TF, qui accorde l'effet suspensif.

La question centrale est celle de savoir si les membres du conseil d'administration désinvestis conservent la qualité pour recourir contre le prononcé de faillite au nom de la société, malgré le retrait de leurs pouvoirs de représentation à la suite de la désignation d'un chargé d'enquête par la FINMA.

Le TF répond par l'affirmative. S'appuyant sur sa jurisprudence constante relative aux faillites prononcées par la FINMA (ATF 132 II 382 c. 1.1 ; ATF 131 II 306 c. 1.2.1), il rappelle que la

garantie de l'accès au juge consacrée par l'art. 29*a* Cst. serait violée si seul le chargé d'enquête nommé par la FINMA était reconnu habilité à agir au nom de la société, dès lors que l'on ne saurait raisonnablement attendre de celui-ci qu'il conteste une procédure qu'il a lui-même initiée.

Le TF étend ce principe au-delà des faillites prononcées par la FINMA aux cas où, comme en l'espèce, la faillite est ouverte par un tribunal ordinaire. Il souligne que le transfert de la compétence en matière de faillite des établissements financiers non autorisés de la FINMA aux tribunaux civils ordinaires (en vigueur depuis le 1er janvier 2023 en vertu de l'art. 173*b* al. 2 LP) n'avait pas pour objectif de supprimer la possibilité pour les organes de contester le prononcé de faillite. Les organes, mêmes désinvestis, conservent donc le droit de recourir contre un jugement de faillite selon l'art. 174 LP, en agissant au nom de la société.

Le TF écarte en outre la motivation subsidiaire du *Kantonsgericht* selon laquelle une résolution formelle du conseil d'administration aurait été nécessaire pour déposer le recours. Il juge qu'il suffit que le tribunal vérifie si le recours a été signé par des personnes qui disposaient du pouvoir de représentation de la société avant le retrait de leurs pouvoirs de signature, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si les procédures internes de prise de décision ont été régulièrement suivies.

Cet arrêt constitue une avancée en matière de protection juridictionnelle dans le contexte de la surveillance financière. Avant le 1er janvier 2023, la FINMA était compétente pour prononcer elle-même la faillite des établissements exerçant sans autorisation, et la jurisprudence reconnaissait déjà dans ce cas de figure la qualité pour recourir des organes désinvestis. Le transfert de cette compétence aux tribunaux civils ordinaires (art. 173*b* al. 2 LP) avait créé une incertitude quant au maintien de cette jurisprudence – incertitude que le TF dissipe désormais clairement.

Le raisonnement repose sur un argument convaincant : le conflit d'intérêts structurel du chargé d'enquête demeure identique, qu'il ait déposé le bilan devant la FINMA ou devant un tribunal civil. Exiger l'approbation de ce même chargé d'enquête pour contester la faillite reviendrait à priver la société de tout recours effectif. On relèvera toutefois que l'effet suspensif a été accordé en l'espèce selon les règles générales, l'art. 37*g*$^{\text{quinquies}}$ LB n'étant pas applicable en l'absence d'autorisation bancaire de la société concernée – disposition qui, dans les cas où la FINMA l'invoque, rend en pratique le succès d'un recours quasi impossible.

Enfin, trois questions importantes demeurent en suspens :

1. L'avis au juge en cas de surendettement constitue une attribution intransmissible et inaliénable du conseil d'administration (art. 716*a* al. 1 ch. 7 CO). Le chargé d'enquête (même habilité à agir à la place des organes) dispose-t-il véritablement de la compétence non prévue par le CO pour y procéder à la place du conseil d'administration ?
2. Dans quelle mesure les membres du conseil d'administration désinvestis peuvent-ils obtenir de la société la prise en charge de leurs frais (droits de greffe et honoraires d'avocat) lorsqu'ils recourent au nom de celle-ci contre un prononcé de faillite ?
3. Lorsque le chargé d'enquête est condamné à payer des dépens (comme en l'espèce), peut-il en obtenir le remboursement auprès de la société (ou les « imputer » à celle-ci) au titre de son intervention, ou doit-il au contraire les supporter personnellement ?

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Lionel Jeanneret, Confirmation de la qualité pour recourir des organes désinvestis, publié le 14 avril 2026 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/fr/1458/