

# **Faillite bancaire**

## **Rapport du groupe de travail**

**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**

## Sommaire

<b>I. Généralités</b> .....	5
a. Cadre juridique .....	5
b. Groupe de travail .....	5
c. Nécessité de la réglementation .....	6
d. Buts de la réglementation .....	7
e. Réglementation autonome .....	8
f. Conséquences pour les établissements surveillés .....	8
g. Particularités de l'ordonnance .....	8
<b>II. Commentaire des articles individuels</b> .....	10
a. Dispositions générales .....	10
b. Procédure .....	15
c. Actifs de la faillite .....	16
d. Passifs de la faillite .....	21
e. Réalisation .....	24
f. Distribution et clôture .....	26
g. Dispositions finales .....	29

## Annexe: projet d'ordonnance

## Liste des abréviations

ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CFB, Commission des banques	Commission fédérale des banques
FF	Feuille fédérale
FOSC	Feuille officielle suisse du commerce
LB, Loi sur les banques	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (RS 952.0)
LBVM, Loi sur les bourses	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (RS 954.1)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 novembre 1889 (RS 281.1)
OAOF	Ordonnance sur l'administration des offices de faillite du 13 juillet 1911 (RS 281.32)
OB, Ordonnance sur les banques	Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargnes du 17 mai 1972 (RS 952.02)
OELP	Ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 23 septembre 1996 (RS 281.35)
OCFB, Ordonnance sur la faillite bancaire	Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite de banques et de négociants en valeurs mobilières
ORFI	Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles du 23 avril 1920 (RS 281.42)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
Projet	Projet d'Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite de banques et de négociants en valeurs mobilières
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral

## Survol

Le 1<sup>er</sup> juillet 2004, les nouvelles dispositions de la loi sur les banques portant sur l'assainissement et la faillite bancaires sont entrées en vigueur. Elles donnent à la Commission fédérale des banques la compétence exclusive de diriger les procédures ayant trait à l'insolvabilité bancaire. Le projet d'ordonnance de la CFB sur la faillite bancaire (OCFB) concrétise une procédure de liquidation par voie de faillite taillée sur mesure pour les banques ou les négociants soumis à la surveillance de la CFB.

Ses **buts** sont en particulier les suivants:

- *L'efficacité: La procédure de liquidation par voie de faillite bancaire sera plus efficace en fournissant au liquidateur de faillite bancaire un instrument souple et adapté à la liquidation des établissements bancaires.*
- *La simplification: La procédure de liquidation ainsi que le rôle de surveillance dévolu à la Commission des banques seront simplifiés dans la mesure où l'activité du liquidateur de faillite bancaire est clairement définie, tout comme les différentes étapes de la liquidation.*
- *La sécurité du droit: La procédure sera plus transparente et plus prévisible. Cette prévisibilité permettra de réduire fortement les occasions de malentendus et de conflits d'interprétation entre tous les intervenants. La sécurité du droit en sera ainsi renforcée.*
- *La différenciation: L'ordonnance permettra une procédure souple, taillée à la mesure de chaque établissement à liquider.*

Les principales **particularités** ressortant de l'OCFB sont les suivantes:

- *Les créanciers sont mis sur un pied d'égalité quel que soit leur domicile en Suisse ou à l'étranger.*
- *De manière à respecter autant que possible le secret bancaire, la consultation des pièces est limitée aux personnes pouvant démontrer qu'elles sont directement touchées dans leurs intérêts pécuniaires.*
- *Le liquidateur de la faillite jouit d'une grande liberté pour ce qui concerne la réalisation des actifs mais il n'a pas le pouvoir de rendre des décisions au sens de la PA. C'est la CFB qui se prononcera en cas de litige.*
- *La CFB peut renoncer à ce que les débiteurs de l'établissement en faillite n'annoncent leurs dettes au liquidateur de la faillite, si celles-ci ressortent clairement des livres de l'établissement.*
- *Certaines créances et prétentions de la masse que le liquidateur n'entend pas faire valoir en justice, peuvent non seulement être cédées aux créanciers selon l'art. 260 LP, mais également être réalisées.*
- *Des répartitions provisoires sont possibles dans tous les cas et sont décidées par la CFB sur proposition du liquidateur de faillite.*
- *La conservation des pièces, ainsi que leur destruction une fois les délais légaux de conservation écoulés, ressortissent à la CFB.*

Le projet d'OCFB n'implique aucunement, pour les banques, l'assimilation ou l'intégration de nouvelles dispositions dès lors qu'il s'adresse uniquement aux établissements surendettés qui doivent être liquidés. Ainsi, aucun nouveau coût ne serait engendré pour les banques du fait de l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

## I. Généralités

### a. Cadre juridique

Les nouvelles dispositions de la LB ayant trait à l'insolvabilité bancaire sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2004. Elles permettent une meilleure harmonisation des régimes de la surveillance, de l'assainissement et de la liquidation de banques et de négociants en valeurs mobilières<sup>1</sup>. La CFB est devenue la seule autorité compétente pour tout ce qui a trait à l'insolvabilité bancaire. Une procédure d'assainissement souple est désormais possible en cas de risque d'insolvabilité à condition de présenter des chances de succès suffisantes. Si tel n'est pas le cas, la faillite bancaire est prononcée. Cette dernière est soumise à une procédure simple et rapide.

Selon le nouvel art. 34 al. 1 LB, la décision de faillite prise par la CFB déploie les effets de l'ouverture de la faillite au sens des art. 197 à 220 LP. En outre, l'art. 34 al. 2 LB prévoit que la liquidation d'un établissement insolvable est effectuée selon les règles prescrites aux art. 221 à 270 LP, sous réserve des dispositions contraires de la LB. Ainsi, les dispositions de la LP régissent non seulement les effets de la faillite bancaire mais également la procédure de liquidation qui s'en suit.

Les règles de la LP auxquelles renvoie l'art. 34 al. 2 LB ne semblent cependant pas toujours adaptées à la liquidation d'un établissement bancaire. D'une part, les nouvelles dispositions de la LB tendent à mettre en place une procédure de liquidation plus rapide et protégeant plus particulièrement les petits épargnants. D'autre part, le liquidateur de la faillite bancaire ne dispose pas des mêmes compétences, en particulier décisionnelles, qu'un office des faillites ou qu'une administration spéciale au sens de la LP. C'est pourquoi l'art. 34 al. 3 LB autorise la CFB à prendre des décisions et des mesures dérogeant aux règles de la LP, ceci non seulement dans un cas particulier sous forme de décision, mais également de manière générale et abstraite, sous la forme d'une ordonnance<sup>2</sup>.

Aussi, la CFB a-t-elle décidé, le 30 juin 2004, de la mise en place d'un groupe de travail devant élaborer un projet d'ordonnance sur la procédure de faillite bancaire en privilégiant, si l'utilité s'en faisait ressentir, une réglementation autonome et exhaustive.

### b. Groupe de travail

Le groupe de travail s'est réuni à cinq reprises entre août 2004 et février 2005. Il était constitué des personnes suivantes:

- Dominik Gasser, adjoint scientifique, Office fédéral de la justice;
- Dr Renate Schwob, membre du comité exécutif, Association suisse des banquiers;
- Dr Alexander Vollmar, associé, Ernst & Young;
- Prof. Dr Fridolin Walther, Etude Gubler Walther Leuch;
- Dr Urs Zulauf (présidence), vice-directeur, Commission fédérale des banques;
- Daniel Roth, responsable insolvabilité bancaire, Commission fédérale des banques;
- Serge Husmann, collaborateur, Commission fédérale des banques.

---

<sup>1</sup> Les dispositions de la LB sur l'insolvabilité bancaire s'appliquent aux négociants en valeurs mobilières par renvoi de l'art 36a LBVM.

<sup>2</sup> FF 2002 7509.

### c. Nécessité de la réglementation

Les nouvelles dispositions de la LB sur la faillite bancaire permettent d'adapter cette procédure aux particularités du domaine financier. Toutefois, seuls les principes régissant la faillite bancaire ont été inscrits dans la loi. Pour ce qui concerne la procédure, un renvoi général à la LP a été prévu (art. 34 al. 2 LB). Ce renvoi ne permet toutefois pas de satisfaire aux besoins spécifiques de la liquidation d'un établissement bancaire. Ces besoins découlent du fait que la faillite introduite par les nouvelles dispositions de la LB est fortement différente de celle de la LP. Ces différences tendent à démontrer la nécessité d'une réglementation propre à la procédure de faillite des établissements soumis à la surveillance de la CFB. Elles sont notamment les suivantes:

- Le secret professionnel au sens des art. 47 LB et 43 LBVM (secret bancaire) doit être préservé autant que possible dans le cadre de la liquidation. La consultation des pièces doit donc être limitée au minimum permettant aux créanciers et aux autres personnes directement touchées dans leurs intérêts pécuniaires de faire valoir leurs droits<sup>3</sup>.
- La procédure de faillite selon la LB tend à être particulièrement rapide de manière à permettre aux déposants de récupérer la part (dépendant du dividende) leur revenant le plus vite possible. Le pendant de cette efficacité est la diminution des possibilités d'intervention des créanciers, qui ne peuvent recourir, sous réserve de l'action en contestation de l'état de collocation, que contre les opérations de réalisation<sup>4</sup>.
- Le nombre de créanciers d'un établissement bancaire est de plusieurs centaines au minimum, dont une part importante à l'étranger, ce qui induit des difficultés particulières lors de la liquidation, notamment au niveau de la communication des informations et des prises de décisions.
- Contrairement à un office des faillites ou à une administration spéciale de la faillite au sens de la LP, le liquidateur de faillite bancaire n'est pas une autorité. Ainsi, il ne peut rendre des décisions sujettes à recours, au sens de la loi fédérale sur la procédure administrative.
- La CFB est à la fois juge de la faillite bancaire et autorité de surveillance du liquidateur. Elle prononce la faillite bancaire, à la place des juridictions cantonales jusqu'alors compétentes, puis elle surveille le bon déroulement de la liquidation en prenant les décisions nécessaires jusqu'à la clôture de la faillite bancaire, et même au-delà pour ce qui concerne notamment la conservation des pièces.
- Une assemblée des créanciers n'a lieu que si le liquidateur de la faillite bancaire l'estime opportun. Si tel est le cas, ce dernier devra requérir de la CFB qu'elle décide dans quelle mesure des compétences lui sont attribuées. Il en va de même pour ce qui concerne la commission de surveillance.
- Les créances inscrites dans les livres de la banque sont réputées avoir été produites<sup>5</sup>. Il n'est donc pas nécessaire pour les créanciers concernés, c'est à dire la très grande majorité d'entre eux, de produire à nouveau. Ainsi, ceux qui n'auront pas eu connaissance de la procédure de faillite, par exemple parce qu'ils sont domiciliés à l'étranger, seront néanmoins automatiquement colloqués.

---

<sup>3</sup> Ainsi, par exemple, les créanciers ne peuvent consulter l'état de collocation que dans la mesure nécessaire à la sauvegarde de leurs droits de créanciers (art. 36 al. 2 LB) et le tableau de distribution n'est pas déposé au terme de la procédure de liquidation (art. 37e al. 1 LB).

<sup>4</sup> Art. 24 al. 2 LB.

<sup>5</sup> Art. 36 al. 1 LB.

- Tous les dépôts qui ne sont pas libellés au porteur sont attribués, jusqu'à concurrence de 30'000 francs par créancier, à la deuxième classe au sens de l'art. 219 al. 4 LP<sup>6</sup>. Ce privilège sera assuré par un système de garantie à mettre en place par les banques dans le cadre de l'autorégulation<sup>7</sup>.
- Les dépôts jusqu'à 5'000 francs au plus seront désintéressés hors collocation aussi rapidement que possible toute compensation étant par ailleurs exclue. Après remboursement, ces créanciers ne participeront plus à la procédure de faillite.

#### d. Buts de la réglementation

Les buts de l'ordonnance sur la faillite bancaire sont les suivants:

- **L'efficacité:** S'il est demandé au liquidateur de faillite bancaire de mener une procédure de liquidation rapide, il ne dispose toutefois pas d'un outil satisfaisant pour y parvenir. En l'état, le liquidateur de faillite bancaire doit se mouvoir dans le cadre relativement rigide de la LP, qui ne tient pas compte des particularités de l'activité d'une banque ou d'un négociant en valeurs mobilières. Le but de l'ordonnance est de rendre la liquidation plus efficace en fournissant au liquidateur de faillite bancaire un instrument souple et adapté à la liquidation des établissements bancaires.
- **La simplification:** Une réglementation spécifique et adaptée permet d'une part de simplifier la procédure en ne retenant que les étapes essentielles à une liquidation efficace, d'autre part également, de simplifier les tâches de surveillance dévolues à la CFB dans la mesure où l'activité du liquidateur de faillite est clairement définie tout comme les différentes étapes de la liquidation. Les risques de responsabilité pour le liquidateur de la faillite et pour la Confédération sont ainsi également diminués.
- **La sécurité du droit:** Les droits des créanciers sont définis dans la LB mais la manière dont ils peuvent les faire valoir mérite d'être précisée. Il en va ainsi en particulier de la possibilité de contester les actes du liquidateur de la faillite. En élaborant une ordonnance spécifique à la faillite bancaire, la procédure sera plus transparente, partant plus prévisible. Cette prévisibilité permettra de réduire fortement les occasions de malentendus et de conflits d'interprétation entre tous les intervenants et d'accélérer d'autant la liquidation. La sécurité du droit en sera renforcée.
- **La différenciation:** L'ordonnance permettra une procédure souple et adaptée à chaque établissement à liquider. Selon le nombre des créanciers, selon la grandeur de l'établissement à liquider, une assemblée des créanciers ou une commission de surveillance seront ou non désignées. L'ampleur des compétences qui leur seront attribuées dépendra des besoins. Ainsi, l'ordonnance permettra une procédure à la mesure de chaque établissement à liquider.

Ces différents buts ne pourraient pas être atteints aussi efficacement par d'autres moyens qu'une réglementation. Une pratique jurisprudentielle développée par la CFB au gré des procédures de liquidation ne saurait répondre ni aux besoins de simplification et d'efficacité des liquidateurs de faillite ni aux exigences de transparence des créanciers. Une telle pratique aurait en outre l'inconvénient de devoir faire attendre toutes les personnes intéressées durant de nombreuses années avant qu'elles ne puissent disposer d'un panorama suffisant sur la procédure de liquidation, de surcroît, sans garantie qu'une décision prise précédemment puisse s'appliquer dans le cas concret qui les concerne.

---

<sup>6</sup> Art. 37b LB.

<sup>7</sup> Art. 37h LB.

### e. Réglementation autonome

Le projet règle et précise, en complément aux art. 33 à 37g LB, de manière exhaustive et indépendamment des règles de la LP, la manière dont la liquidation d'un établissement bancaire soumis à la surveillance de la CFB se déroule depuis le prononcé de la faillite jusqu'à sa clôture et même au-delà, pour ce qui concerne, par exemple, la conservation des pièces. Une réglementation exhaustive et autonome n'empêche toutefois pas la référence à d'autres dispositions légales. Pour éviter des répétitions inutiles sur des points qui ne sont pas spécifiques à la faillite bancaire et qui ne nécessitent donc pas une adaptation particulière, le projet renvoie parfois également aux règles contenues dans la LP.

L'avantage d'une réglementation qui aurait traité exclusivement des points qui nécessitent une précision ou une modification par rapport aux règles de la LP aurait principalement résidé dans l'absence de répétitions et dans l'établissement d'une ordonnance plus sommaire. En revanche, cette manière de faire aurait comporté l'important inconvénient, pour les praticiens, de devoir constamment jongler avec deux textes de loi. Il leur aurait fallu, pour chaque disposition de la LP, vérifier si son alter ego bancaire existait ou non dans l'ordonnance, avant de vérifier, le cas échéant, comment les différentes règles s'imbriquaient. Cet exercice n'aurait pas satisfait aux besoins de transparence et de simplification de la procédure. Il apparaît ainsi plus adéquat d'établir une ordonnance autonome réglant, autant que faire se peut, de manière exhaustive la procédure de faillite bancaire, même si pour cela, certaines analogies ou répétitions avec la LP sont inévitables.

### f. Conséquences pour les établissements surveillés

Une nouvelle réglementation dans le domaine de la faillite bancaire n'implique pas pour les banques ou les négociants en valeurs mobilières l'assimilation de nouvelles dispositions. Hormis le système de garantie des dépôts, déjà introduit par la LB, et que l'ordonnance n'aborde pas, aucune adaptation ou mise en œuvre n'est nécessaire de leur part. En effet, les dispositions sur la faillite bancaire ne touchent les établissements qu'au stade ultime de leur vie économique, la liquidation devenant alors le but unique jusqu'à la radiation au registre du commerce. Dès lors, aucun coût n'est engendré pour les établissements du fait de l'établissement d'une réglementation sur la procédure de faillite bancaire. Au contraire, une procédure de faillite adaptée ne peut que servir l'ensemble de la communauté financière en écartant efficacement les acteurs insolvables et en indemnisant rapidement leurs créanciers.

### g. Particularités de l'ordonnance

Les particularités principales ressortant de l'OFCB sont les suivantes:

- **Les créanciers sont mis sur un pied d'égalité** quel que soit leur domicile. Ils n'ont ainsi pas obligatoirement à faire élection de domicile en Suisse. Si leur adresse à l'étranger est connue, et pour autant qu'aucune élection de domicile en Suisse n'ait été effectuée, ils y recevront les communications du liquidateur de la faillite. C'est pourquoi, le point de départ des délais auxquels sont attachées des conséquences juridiques ne dépend pas de la réception desdites communications mais de leur publication dans la FOFC (art. 4 al. 2 et 3 du projet).
- **La consultation des pièces de la procédure est limitée** aux personnes qui peuvent démontrer qu'elles sont directement touchées dans leurs intérêts pécuniaires. Dans tous



les cas, cette consultation peut être limitée temporairement par le liquidateur de la faillite, en fonction des besoins de la procédure. En outre, une déclaration d'utilisation limitée des informations obtenues (selon le principe de spécialité) peut être exigée, sous la menace des peines prévues aux art. 50 LB et 292 CP (art. 5 du projet).

- **Le liquidateur de la faillite n'ayant pas le pouvoir de rendre des décisions** au sens de la PA, les créanciers peuvent demander à la CFB de se prononcer s'ils sont lésés dans leurs intérêts. Pourtant, ils n'acquièrent pas de ce fait la qualité de partie au sens de la PA (art. 6 du projet).
- **Le liquidateur de la faillite jouit d'une grande liberté** pour ce qui concerne la réalisation des actifs (art. 29 du projet). Toutefois, il doit établir régulièrement un plan des réalisations qui informe les créanciers sur la manière dont il entend les réaliser. Les créanciers peuvent, s'ils entendent contester le plan des réalisations, demander à la CFB une décision sujette à recours (art. 7 du projet). Les actifs se dépréciant rapidement, générant des coûts administratifs élevés, pouvant être négociés sur un marché représentatif ou ayant peu de valeur pourront être vendus sans délai hors du plan des réalisations (art. 29 al. 3 du projet).
- La CFB peut décider de renoncer à ce que les **débiteurs** de l'établissement en faillite n'annoncent leurs dettes au liquidateur de la faillite si celles-ci ressortent clairement des livres de l'établissement (art. 17 du projet).
- Certaines **créances et prétentions de la masse** que le liquidateur n'entend pas poursuivre, peuvent non seulement être cédées aux créanciers, selon l'art. 260 LP, mais également être réalisées (art. 19 du projet). Il en va ainsi, par exemple, de portefeuilles de créances hypothécaires.
- S'il y a **solidarité entre plusieurs titulaires d'une même créance**, une part identique leur est attribuée dans le cadre de la liquidation de la faillite bancaire, sous réserve de compensation éventuelle (art. 22 al. 2 du projet).
- Des **répartitions provisoires** sont possibles dans tous les cas et sont décidées par la CFB sur proposition du liquidateur de la faillite (art. 33 al. 1 du projet).
- Un **acte de défaut de biens n'est pas forcément distribué** à la fin de la procédure de liquidation. Le cas échéant, il sera remis contre le paiement d'une taxe (art. 35 du projet).
- La **conservation des pièces** est de la compétence de la CFB, que ce soit après la liquidation proprement dite ou après la suspension de la faillite bancaire faute d'actif. La CFB veille également à leur destruction une fois les délais légaux de conservation écoulés (art. 36 du projet).
- Si de **nouveaux actifs** sont découverts dans un délai de 10 ans après la clôture de la faillite bancaire, la CFB nomme, à nouveau, un liquidateur qui sera chargé de leur réalisation et répartition. Il en va de même des actifs qui n'ont pu être distribués, sous réserve d'autres dispositions légales spéciales, comme par exemple, du projet de loi fédérale sur les avoirs non réclamés (art. 37 du projet).

Cela étant, toutes les étapes de la procédure de liquidation par voie de faillite ont été adaptées aux particularités du domaine bancaire.

## II. Commentaire des articles individuels

### a. Dispositions générales

#### Art. 1 Objet

Les principes généraux de la procédure de faillite bancaire sont réglés aux art. 33 à 37g LB. L'art. 34 LB renvoie aux art. 197 à 270 LP pour ce qui a trait aux effets de la faillite, sous réserve d'une réglementation contraire de la CFB. En raison des problématiques propres au domaine bancaire, du grand nombre de créanciers ainsi que des compétences décisionnelles différentes de celles de la LP<sup>8</sup>, une application des dispositions de procédure de la LP pose, d'une part, des problèmes de délimitation et de compétence, et n'est, d'autre part, pas adaptée aux besoins propres de la faillite bancaire.

#### Art. 2 Champ d'application

La procédure de faillite bancaire s'applique aux établissements bancaires ainsi qu'aux négociants en valeurs mobilières par le renvoi de l'art. 36a LB, soit dans les deux cas, aux établissements soumis à la surveillance de la CFB.

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>9</sup>, la CFB a également le pouvoir de surveiller les personnes physiques ou morales dont l'assujettissement est litigieux. S'il en ressort qu'une activité bancaire ou de négociant au sens de la LB ou de la LBVM est effectuée sans autorisation, la CFB doit prendre les dispositions nécessaires, ce qui signifie, en cas de danger d'insolvabilité, prononcer l'ouverture de la faillite.

#### Art. 3 Universalité

La masse de la faillite bancaire ouverte en Suisse comprend tous les actifs en Suisse et à l'étranger. Ceci est expressément précisé vu en particulier les relations avec les autorités étrangères et la reconnaissance de l'ouverture de la faillite par les tribunaux étrangers.

Il est d'autre part également relevé que les créanciers, quelle que soit leur nationalité ou leur domicile, sont traités sur un pied d'égalité dans la faillite bancaire ouverte en Suisse. Cela est valable non seulement pour les créanciers de l'établissement principal en Suisse mais également pour ceux de la succursale, qu'elle se trouve en Suisse ou non.

Si la faillite d'une succursale active en Suisse d'une banque étrangère est ouverte, tous les créanciers en Suisse ou à l'étranger de la succursale sont autorisés à produire leurs créances et à faire valoir leurs droits. Ceci est également valable pour les succursales de fait, c'est-à-dire les personnes physiques ou morales qui exercent une activité sans autorisation adéquate et qui ont été inscrites au registre du commerce sur ordre de la CFB uniquement.

Les biens de la succursale en Suisse ou à l'étranger qui sont liés à son activité commerciale sont à porter à son actif. C'est la réalité économique des relations qui fait foi pour en juger. S'il existe, par exemple, un compte de la succursale, inscrite au registre du commerce uni-

---

<sup>8</sup> FF 2002 7507

<sup>9</sup> ATF 121 II 148 E. 3a; ATF du 17.06.1999 in Bulletin CFB 38/1999, p. 25ss.

quement ensuite de la faillite, et que ce compte est au nom de la banque principale à l'étranger, il doit néanmoins être comptabilisé comme actif de la masse de la succursale.

#### **Art. 4** Publications

L'art. 35 LP relatif aux publications ne trouve pas application dans le cadre de la faillite bancaire faute de renvoi. Par ailleurs, les dispositions de la PA sur la publication ne sont pas adaptées pour les publications en relation avec la procédure de faillite bancaire. Par analogie avec l'art. 35 LP, les publications doivent avoir lieu dans la FOSC. Elles font foi pour le calcul des délais et les conséquences juridiques qui y sont liées. En outre, une publication supplémentaire est effectuée sur le site Internet de la CFB<sup>10</sup>.

Contrairement à ce qui est prévu dans le cadre de la procédure de faillite de la LP, tous les créanciers, et pas seulement ceux ayant leur domicile en Suisse ou y ayant élu domicile<sup>11</sup>, doivent être informés du cours de la procédure de faillite bancaire, notamment recevoir les circulaires. Pour respecter l'égalité de traitement des créanciers en Suisse et à l'étranger, les communications leur sont adressées à tous, dans la mesure où leur adresse actuelle est connue. Les communications pourront également être transmises via leur adresse Email aux créanciers qui l'auront donnée à cette fin.

L'envoi de ces communications a un caractère purement informatif. Il peut ainsi être renoncé à la preuve de la notification. Il pourrait sinon en résulter sur le plan international des difficultés ou du moins des retards selon les pays. C'est pourquoi, toutes les communications aux créanciers dont le contenu a des effets juridiques doivent également faire l'objet d'une publication officielle. Ainsi, si un créancier n'a pas reçu de communication, il peut demander qu'on lui en adresse une. Dans ce cas-là, c'est la publication dans la FOSC et non pas la communication au créancier qui fera foi pour les délais et les conséquences juridiques qui y sont liées. Ainsi, dans le cadre du respect de la sécurité du droit, il est également assuré que les conséquences juridiques attachées aux communications prennent effet en même temps pour tous les créanciers.

#### **Art. 5** Consultation des pièces

Le secret de fonction<sup>12</sup> (secret bancaire) doit également être assuré au mieux dans le cadre de la faillite bancaire. La consultation des pièces de la faillite n'est possible que dans la mesure où une personne peut rendre vraisemblable qu'elle est directement touchée par la faillite dans ses intérêts pécuniaires. La consultation des pièces ne peut être justifiée par d'autres intérêts. Le liquidateur de la faillite prend les mesures relatives à la consultation des pièces. Après la clôture de la faillite, la CFB reçoit les demandes et prend les décisions y relatives.

Il peut être nécessaire, en particulier au début de la procédure de faillite, de ne pas autoriser toutes les personnes à consulter les pièces de la faillite. De telles restrictions peuvent intervenir à certains stades de la procédure ou, également, uniquement aux dépens de certaines personnes ou groupe de personnes. Il n'y a pas à être trop exigeant quant à la motivation à opposer aux créanciers et autres ayants droit désirant consulter les pièces de la faillite lorsque ceux-ci peuvent également faire valoir leurs droits plus tard dans la procédure.

---

<sup>10</sup> <http://www.ebk.admin.ch/f/publik/insolvenz>.

<sup>11</sup> Voir art. 232 al. 2 ch. 6 LP.

<sup>12</sup> Art. 47 LB et art. 43 LBVM.

En outre, les informations obtenues par la consultation des pièces ne peuvent être utilisées que pour la préservation des propres intérêts pécuniaires du consultant (principe de la spécialité). Le liquidateur de la faillite peut faire dépendre la consultation des pièces de la signature d'une déclaration y relative et l'assortir de menaces de sanctions pénales en cas de violation.

#### **Art. 6** Dénunciation à la Commission des banques

La CFB a seule le pouvoir de rendre des décisions dans le cadre de la procédure de faillite bancaire. Les actes et les mesures du liquidateur de la faillite, de la commission de surveillance, de l'assemblée des créanciers, ou d'une personne mandatée par ceux-ci, ne sont pas des décisions au sens de la PA, partant ne sont pas sujets à recours.

Selon l'art. 24 al. 2 LB, un droit de recours n'est ouvert aux créanciers, dans la procédure de faillite bancaire, que pour ce qui a trait aux opérations de réalisation. Dans la mesure où il n'y pas de recours ouvert pour le reste, les personnes touchées dans leurs intérêts peuvent néanmoins dénoncer les faits à la CFB. Si la CFB estime qu'une intervention de sa part est nécessaire, elle prendra les dispositions qu'elle jugera utile. Dans ce cadre-là, le dénonciateur n'a pourtant pas la qualité de partie. Il n'a par conséquent pas de droit à être informé des mesures décidées par la CFB. Cependant, en règle générale, la CFB informera dans la mesure du possible le dénonciateur.

#### **Art. 7** Recours contre les réalisations

Selon l'art. 24 al. 2 LB, les créanciers ont la possibilité de recourir contre les opérations de réalisation. Pour qu'ils puissent faire valoir leurs droits, les créanciers doivent être informés desdites opérations de réalisation. Nonobstant le nombre élevé de créanciers, il importe que la procédure soit simple et rapide. C'est pourquoi, le liquidateur de la faillite doit informer de manière périodique les créanciers sur les opérations de réalisation projetées au moyen d'un plan des réalisations. En règle générale, il établira un plan des réalisations au moins une fois par année.

Si les créanciers ne sont pas d'accord avec une opération de réalisation telle que ressortant du plan des réalisations, ils ont la possibilité de demander à la CFB, dans un délai à fixer par le liquidateur de la faillite, une décision sujette à recours. Dans la mesure où une opération de réalisation ou ses modalités n'ont pas été contestées dans le cadre du plan des réalisations, elles ne peuvent plus être attaquées par la suite. Il doit ainsi être évité que des opérations de réalisation soient retardées au moment de leur exécution concrète. Par ailleurs, en raison du grand nombre de créanciers, il apparaît difficile de les informer continuellement sur toutes les opérations de réalisations prévues.

Il peut être renoncé à obtenir l'acceptation d'une opération de réalisation au moyen de l'acceptation du plan des réalisations lorsqu'un bien peut être réalisé sans délai<sup>13</sup>. En règle générale, le liquidateur de la faillite informera également les créanciers sur les opérations de réalisation effectuées sans délai, dans le cadre d'une communication ultérieure.

#### **Art. 8** For de la faillite

Contrairement au juge de la faillite de la LP, la CFB est compétente pour toutes les faillites bancaires quel que soit le for de la faillite en Suisse. En revanche, pour les recours et les

---

<sup>13</sup> Voir art. 29 al. 3 du projet.

procédures ordinaires relevant de la LP, comme par exemple, pour une revendication de tiers, une action paulienne (révocation) ou une action en contestation de l'état de collocation, les juges ordinaires au for de la faillite restent compétents, également dans le cadre d'une procédure de faillite bancaire. Un for unique doit donc être déterminé pour ces procédures.

Le for de la faillite se trouve au siège de la banque ou de la succursale d'une banque étrangère conformément aux art. 46, respectivement 50 LP. Si la faillite d'une banque a déjà été prononcée à l'étranger, une procédure de reconnaissance pendante en Suisse ou qui a déjà abouti<sup>14</sup> exclut qu'une autre procédure de faillite puisse être menée au for de la succursale.

Si plusieurs fors de la faillite sont possibles en Suisse, il ne peut être simplement renvoyé au for d'ouverture de la faillite pour la fixation de la compétence intercantonale des tribunaux ordinaires en raison de la compétence de la CFB pour prononcer ladite ouverture. La CFB décide dans ce cas du for unique de faillite. Les créanciers en sont informés par la publication relative à l'ouverture de la faillite<sup>15</sup>.

Pour les personnes physiques, le for de la faillite se trouve au lieu de l'exploitation commerciale, c'est-à-dire au lieu où l'activité soumise à autorisation est pratiquée. La majorité des créanciers feront valoir contre de telles personnes des prétentions découlant de leur activité commerciale, pour lesquelles il n'existe pas de rapport avec le domicile officiel. C'est pourquoi, il est justifié de déroger à la règle de l'art. 46 LP dans ce cas.

## **Art. 9**      Tâches du liquidateur de la faillite

L'administration de la masse en faillite ainsi que la gestion des affaires y relatives incombe au seul liquidateur de la faillite bancaire. Il doit veiller à la conservation des actifs ainsi qu'à leur meilleure réalisation possible. Il examine les prétentions contre les tiers qu'il peut, avec l'accord de la CFB, également faire valoir en justice au nom de la masse. Enfin, il examine également les passifs de la masse et décide de leur admission à l'état de collocation. Le liquidateur de la faillite représente la masse en faillite devant les autorités et les tribunaux.

Le liquidateur de la faillite conduit la procédure avec célérité et organise son activité en conséquence. Les actes qui ne sont pas absolument nécessaires et qui prolongent inutilement la procédure de faillite sont en particulier à éviter.

Parmi les premières tâches du liquidateur de faillite dans une procédure de faillite bancaire d'un établissement soumis à surveillance, figure, à côté de la conservation des actifs, l'activité en relation avec le paiement des dépôts garantis selon l'art. 37*h* LB. Le liquidateur de la faillite devra collaborer dans ce cadre-là avec l'organisme de garantie. C'est au liquidateur de la faillite qu'incombe en première ligne d'établir, aussi rapidement que possible, la liste des dépôts privilégiés selon l'art. 37*b* LB. S'il ne s'agit pas encore pour lui à ce stade de la procédure de vérifier l'existence et le montant de chaque créance ressortant des livres de la banque, il n'inscrira toutefois pas dans le plan de remboursement les créances qui de toute évidence apparaissent comme inexistantes ou les créances douteuses comme celles résultant d'avantages accordés à un créancier. Dans tous les cas, il en rendra attentif au moins l'organisme de garantie. La prétention de droit civil au remboursement du dépôt dont le déposant est titulaire selon l'art. 37*h* LB existe uniquement à l'encontre de l'organisme de garantie.

---

<sup>14</sup> Procédure de reconnaissance d'une décision de faillite étrangère selon l'art. 166ss LDIP; voir les commentaires relatifs à l'art. 10 du projet.

<sup>15</sup> Art. 11 al. 2 du projet.

## **Art. 10** Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures étrangères

L'art. 37g LB contient différentes règles spéciales relatives à la reconnaissance de décisions de faillite, de mesures de liquidation ou d'assainissement qui ont été prononcées à l'étranger contre des banques ou d'autres établissements similaires. La CFB est la seule autorité compétente pour de telles décisions de reconnaissance.

L'art. 37g al. 4 LB renvoie à l'application subsidiaire des art. 166ss LDIP, qui renvoient eux-mêmes de manière générale à la LP pour ce qui est des conséquences juridiques de la faillite. Sans disposition complémentaire, il serait peu clair dans ce contexte, si ce renvoi aux règles de la LP est également valable pour la procédure de faillite bancaire en cas de procédure forcée contre des banques ou d'autres établissements similaires. Il est ainsi clairement précisé que les règles de la procédure de faillite bancaire s'appliquent également ensuite de la procédure de reconnaissance d'une décision de faillite étrangère.

La CFB est la seule autorité compétente pour la reconnaissance d'une décision de faillite étrangère en Suisse. Le for de la faillite en Suisse n'a à cet égard par d'influence sur sa compétence. Celui-ci doit toutefois être fixé pour déterminer la compétence intercantonale des tribunaux ordinaires. Selon l'art. 167 LDIP, le for de la faillite se trouve au lieu de situation des biens en Suisse, ce qui peut toutefois conduire en pratique à des difficultés lorsque le lieu où se trouvent les biens est difficilement déterminable ou lorsque ceux-ci se trouvent en des endroits différents. Il se justifie dès lors que la CFB détermine dans sa décision en suivant la règle de la LP un for unique de la faillite en Suisse au lieu où au moins une partie des biens en Suisse se trouve ou est présumée se trouver.

Contrairement aux procédures de faillite de banques dont le siège est en Suisse ou de succursales suisses de banques étrangères, la procédure de reconnaissance d'une faillite prononcée à l'étranger ne comprend que les biens se trouvant en Suisse. Par ailleurs, seuls les créanciers gagistes ainsi que ceux qui sont privilégiés participent à la procédure. Contrairement à l'art. 172 al. 1 let. b LDIP, la CFB peut également décider que les créanciers privilégiés dont le domicile est à l'étranger peuvent participer à la faillite, comme les créanciers dont le domicile est en Suisse. Ceci sera généralement le cas compte tenu du principe d'égalité de traitement des créanciers suisses et étrangers<sup>16</sup>. La CFB publie le cercle des créanciers privilégiés en même temps que la décision de reconnaissance d'une faillite étrangère.

S'il reste un solde après le paiement des créanciers participant à la procédure en Suisse, celui-ci est versé à la masse en faillite étrangère. Les modalités ressortent des art. 173 et 174 LDIP auxquels l'art. 37g al. 4 LB renvoie.

---

<sup>16</sup> Voir art. 3 du projet.

## **b. Procédure**

### **Art. 11** Publication et appel aux créanciers

Contrairement à la procédure de faillite de la LP où les autorités impliquées ne connaissent en général pas le failli, la CFB est au fait des relations de la banque, que ce soit dans le cadre de la surveillance prudentielle de l'établissement autorisé ou des mesures prises jusqu'alors contre l'établissement actif sans autorisation. Il n'existe en outre, contrairement à la procédure de faillite de la LP, qu'un seul type de procédure de faillite bancaire. Il se justifie dès lors que la CFB publie l'ouverture de la faillite en même temps que l'appel aux créanciers et que la sommation à ceux qui ont des revendications à faire valoir. Par ailleurs, les débiteurs de la banque ainsi que ceux qui détiennent des biens qui lui appartiennent sont rappelés à leur obligation d'annonce auprès du liquidateur de la faillite et de mise à disposition de manière à ce que l'estimation desdits biens puisse être effectuée.

Les créances inscrites dans les livres de la banque n'ont, conformément à l'art. 36 al. 1 LB, pas besoin d'être produites. Elles doivent, comme les créances ressortant du registre foncier, être prises en compte. Elles sont décrites plus précisément à l'art. 24 du projet. La publication doit y renvoyer. La publication doit également indiquer les groupes de débiteurs de la banque que la CFB a dispensés de s'annoncer parce que leur dette est inscrite dans les livres de la banque<sup>17</sup>.

Le liquidateur de la faillite n'est pas obligé d'adresser aux créanciers connus un exemplaire de la publication<sup>18</sup>. Il lui est toutefois loisible de le faire, lorsqu'il l'estime utile, à tous ou uniquement à quelques créanciers. Cela peut être notamment indiqué pour les établissements qui n'étaient pas au bénéfice d'une autorisation de la CFB et que la documentation relative à la clientèle est lacunaire ou encore, la comptabilité incomplète.

### **Art. 12** Assemblée des créanciers

Une assemblée des créanciers n'a lieu que si les liquidateurs l'estiment opportun. Dans la mesure où il ne s'agit pas uniquement d'une réunion informative, ce qui peut également être le cas parfois, la CFB doit tout d'abord lui attribuer les compétences nécessaires à la prise de mesures. Le liquidateur fait à la CFB une proposition des compétences qui doivent être attribuées à l'assemblée des créanciers. La CFB en décide librement sans être liée par les propositions du liquidateur de la faillite.

Le liquidateur de la faillite n'est de son côté pas obligé de tenir une telle assemblée des créanciers après que les compétences aient effectivement été attribuées à cette dernière par la CFB. Il peut laisser les créanciers décider par voie de circulaire dans le cadre des compétences attribuées à l'assemblée des créanciers.

La CFB décide, également sur proposition du liquidateur de la faillite, du quorum des présences et des voix nécessaires à la prise de mesures par l'assemblée des créanciers. Elle n'est pas non plus liée par la proposition du liquidateur de la faillite. Le nombre des créances représentées et des voix nécessaires à l'acceptation d'une mesure doivent être pondérées différemment en fonction du nombre de créanciers et de leur importance respective. De manière à respecter les droits de tous les créanciers les quorums nécessaires doivent être déterminés de cas en cas.

---

<sup>17</sup> Voir art. 17 du projet.

<sup>18</sup> Contrairement à ce qui est prévu à l'art. 233 LP.

Seuls les créanciers ou leur représentant peuvent participer à l'assemblée des créanciers et y faire valoir leurs droits. Contrairement à ce qui est le cas pour la première assemblée des créanciers dans la procédure de faillite ordinaire de la LP, l'assemblée des créanciers dans la procédure de faillite bancaire n'a pas lieu sous la pression du temps. Lors d'une assemblée des créanciers dans le cadre d'une faillite bancaire, les créanciers sont en principe connus car celle-ci a lieu en général après l'appel aux créanciers. Il se justifie dès lors que le liquidateur de la faillite décide en cas de doute sur l'admission d'une personne, sans autre formalité et sans qu'un bureau de l'assemblée ne doive être formé<sup>19</sup>.

### **Art. 13** Commission de surveillance

Seule la CFB peut désigner une commission de surveillance. Elle détermine librement sa composition et ses tâches. Le liquidateur de la faillite propose à la CFB la désignation d'une commission de surveillance ainsi que des membres qui pourraient en faire partie, dont le président. Il propose également les tâches qui peuvent lui être attribuées.

La désignation d'une commission de surveillance a lieu en fonction du cas d'espèce. Cela est également valable pour les tâches qui lui sont confiées ainsi que pour le choix de ses membres pour ce qui est de leur nombre et de leur compétence. La CFB détermine en même temps que la désignation de la commission de surveillance la procédure à suivre pour la prise de mesures ainsi que le quorum nécessaire en fonction des besoins et des particularités de chaque cas d'espèce.

L'indemnisation des membres de la commission est également décidée par la CFB. Comme pour l'indemnisation du liquidateur de la faillite, les règles de l'OELP ne trouvent pas application.

## **c. Actifs de la faillite**

### **Art. 14** Prise d'inventaire

Le liquidateur de la faillite est compétent pour établir l'inventaire des actifs de la faillite. Pour ce qui concerne la procédure d'inventaire, il n'y a pas de raison de s'écarter des règles détaillées de la LP. Sous réserve de quelques dispositions spéciales, nécessaires en raison des particularités de la faillite bancaire, un renvoi général aux dispositions exhaustives des art. 221 à 229 LP est possible.

Les valeurs déposées et distraites de la masse au sens de l'art. 37d LB sont mentionnées dans l'inventaire, contrairement aux règles y relatives de la LP. Leur estimation au moment de l'ouverture de la faillite bancaire est ici également la règle. Une distraction est en revanche exclue lorsque la banque fait valoir en compensation des prétentions comme des créances, ou des droits de gage ou de rétention sur ces valeurs déposées. L'inventaire doit faire la mention des prétentions opposées en compensation, qui sont en général des actifs dont le montant est calculable.

Le liquidateur de la faillite prend les mesures nécessaires à la conservation des actifs. Dès lors que seule la CFB est compétente pour prendre des décisions dans le cadre de la faillite bancaire, le liquidateur de la faillite lui soumet de telles mesures.

---

<sup>19</sup> Voir art. 235 al. 2 LP.



Une fois l'inventaire établi, le liquidateur le soumet au banquier, ou, si le failli n'est pas une personne physique, à un organe de la banque choisi par les propriétaires avant l'intervention de la CFB. Celui-ci doit déclarer s'il reconnaît l'inventaire exact et complet. Le chargé d'enquête<sup>20</sup> ou le délégué à l'assainissement<sup>21</sup> ne sont en particulier pas considérés comme des organes de la banque choisi par les propriétaires avant l'intervention de la CFB.

#### **Art. 15** Obligation de mise à disposition et d'annonce

Les biens qui sont la propriété de la banque et doivent par conséquent être considérés comme des actifs, doivent être annoncés au liquidateur de la faillite et tenus à sa disposition, dans la mesure où il ne s'agit pas de simples créances de la banque. Cela s'applique en particulier aux personnes qui détiennent des biens en qualité de créanciers gagistes. Sont également visés les gagistes qui sont en possession de biens de la banque en raison d'une cession ultérieure par le premier créancier gagiste<sup>22</sup>.

Les dettes vis-à-vis de la banque doivent également être annoncées lorsque leurs débiteurs invoquent par ailleurs une compensation en tant que créancier. Le devoir d'annonce demeure lorsqu'il existe des prétentions en restitution dans le cadre de prêt de titres (Securities Lending and Borrowing<sup>23</sup>).

Si l'annonce ou la mise à disposition des biens n'est pas effectuée, les droits de préférence y relatifs, comme un droit de gage par exemple, peuvent s'éteindre. La perte d'un tel droit n'intervient, conformément à la pratique relative à l'art. 232 al. 2 ch. 4 LP, qu'en cas de comportement dolosif de celui qui doit effectuer l'annonce<sup>24</sup>.

#### **Art. 16** Exception à l'obligation de mise à disposition

Des exceptions à l'obligation de mise à disposition selon l'art. 15 du projet nécessitent une base légale. Une telle base existe pour les titres et autres instruments financiers au sens de l'art. 27 al. 3 LB, lorsque ceux-ci (à titre de gage ou transmis en pleine propriété) font office de sûretés et que leur réalisation de gré à gré avait déjà été prévue au moment de leur constitution en tant que sûretés. En outre, ces biens doivent être négociés sur un marché représentatif, comme la bourse par exemple. Une disposition analogue est prévue dans le projet de loi sur les titres intermédiés<sup>25</sup>.

La réalisation de gré à gré de tels biens s'effectue selon les conditions qui sont prévues dans l'accord conclu en matière de sûreté et peut intervenir de deux manières: par réalisation sur un marché représentatif ou par appropriation par le bénéficiaire des sûretés. Si le bénéficiaire des sûretés ne respecte pas les conditions de réalisation prévues dans l'accord conclu en matière de sûretés, il répond du dommage qui en résulterait pour la masse.

Bien que ces biens ne doivent pas être remis pour leur réalisation, ils doivent être annoncés au liquidateur de la faillite pour que celui-ci puisse les mentionner dans l'inventaire. Le bénéficiaire des sûretés doit s'entendre avec le liquidateur de la faillite sur le calcul du produit

---

<sup>20</sup> Art. 23<sup>quater</sup> LB.

<sup>21</sup> Art. 28 LB.

<sup>22</sup> Voir la règle générale de l'art. 887 CC et les conditions qualifiées de l'art. 17 LB et 33 OB.

<sup>23</sup> Voir pour les conditions de mise en œuvre le rapport de gestion CFB 2002, p. 45 s.

<sup>24</sup> ATF 71 III 87.

<sup>25</sup> Voir l'art. 25 du projet du groupe de travail sur la loi sur les titres intermédiés (<http://www.efd.admin.ch/d/dok/berichte/2004/12/bucheffekten.pdf>).

de réalisation des sûretés et verser à la masse en faillite la part du montant obtenu qui excéderait sa créance.

#### **Art. 17** Exception à l'obligation d'annonce

Si l'octroi de crédits était l'une des activités de la banque, il faudra s'attendre à un grand nombre de débiteurs, qui ressortiront généralement des livres de la banque. Lorsqu'aucun doute n'existe sur les débiteurs qui ressortent des livres de la banque, une réglementation similaire à celle existant pour les créances des tiers ressortant des livres se justifie<sup>26</sup>. La Commission des banques peut prévoir ainsi pour certaines sortes de créances de la banque, dont l'existence et le montant ont régulièrement été rappelés à leur débiteur par une attestation, qu'il peut être renoncé à leur annonce. Sont visés notamment les crédits hypothécaires ainsi que les petits crédits privés ou commerciaux. Une information y relative sera le cas échéant publiée en même temps que l'appel aux créanciers.

#### **Art. 18** Revendication de tiers

Avec l'appel aux créanciers, les personnes qui ont des revendications à faire valoir sur des biens en possession de la banque sont sommées de les annoncer au liquidateur de la faillite. Même si les personnes concernées sont sommées de s'annoncer dans le délai prévu pour les productions, les revendications qui interviennent jusqu'à la distribution des deniers obtenus par la réalisation des objets revendiqués doivent être traitées. C'est le liquidateur de la faillite qui décide du sort des revendications.

Si le liquidateur de la faillite 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 LP. Si aucun créancier ne demande une telle cession, le bien est remis à celui qui le revendique.

Si le liquidateur de la faillite, ou les créanciers qui ont demandé la cession du droit de la contester, considèrent qu'une revendication n'est pas fondée, le liquidateur de la faillite fixe au revendiquant un délai pendant lequel il doit saisir le juge du for de la faillite de sa revendication. A défaut, il sera considéré comme y ayant renoncé. L'action doit être dirigée contre la masse en faillite ou, en cas de cession de droits, contre les créanciers qui l'ont demandée.

Si la cession du droit de contester la revendication a été demandée par des créanciers et que l'action engagée par le revendiquant n'a pas abouti ou a été abandonnée, le produit de réalisation du bien revendiqué sert à couvrir en priorité les créances des créanciers cessionnaires.

#### **Art. 19** Créances, prétentions et revendications de la masse

Le liquidateur de la faillite examine les créances de la banque et procède à leur encaissement, si nécessaire, par la voie des poursuites. Il examine également les prétentions de la masse en faillite sur les biens qui sont propriété de la masse mais se trouvent en possession d'un tiers ou qui ont été sans droit, d'une manière révocable, retirée de la masse.

Si un assainissement ou une mesure protectrice selon l'art. 26 al. 1 let. e à h LB a précédé la faillite bancaire, le prononcé de la procédure d'assainissement ou de la mesure protec-

---

<sup>26</sup> Art. 24 du projet.

trice fait foi pour le départ des délais de révocation au sens des art. 286 à 288 LP. Cette prolongation du délai est analogue à ce qui est prévu par l'art. 331 LP dans le cadre de la procédure concordataire. Une disposition similaire s'applique également en cas de mesure protectrice prononcée avant un assainissement<sup>27</sup>.

Si le liquidateur de la faillite entend faire valoir en justice les créances ou les revendications de la banque ou la révocation de certains actes juridiques au nom de la masse en faillite, il doit en demander l'autorisation préalable à la CFB. Il soumet à la CFB une proposition motivée. Le but de cette autorisation préalable de la CFB est d'éviter que la masse en faillite ne soit engagée dans de longs procès dont le rapport entre les coûts et le résultat attendu ne soit, après analyse, que peu favorable, ce surtout dans la mesure où la procédure de faillite est prolongée d'autant. Le liquidateur de la faillite doit discuter dans chaque cas des mesures à prendre avec la CFB.

Si le liquidateur de la faillite renonce à des prétentions parce qu'il estime qu'elles ne sont pas fondées, irrécupérables, qu'il est trop risqué de les faire valoir ou encore, parce que la CFB n'a pas donné son accord, deux possibilités s'offrent à lui: Il peut offrir la cession des prétentions aux créanciers au sens de l'art. 260 LP. Dans ce cas, la masse peut rarement s'attendre à ce qu'un excédent lui soit versé après remboursement prioritaire des créances des cessionnaires. C'est pourquoi, le liquidateur de la faillite a également la possibilité de vendre au mieux, selon l'art. 29 du projet, les créances et prétentions que la masse a renoncé à faire valoir. La possibilité d'une telle réalisation est à examiner en particulier pour les créances qui peuvent être vendues en bloc à un autre établissement. Il peut être intéressant pour une autre banque d'acquérir un portefeuille de clients par exemple. Dans ce cas, le résultat peut également être plus intéressant pour la masse en faillite que si elle devait faire valoir elle-même de manière séparée chaque créance, en tenant compte en outre de son exigibilité.

La réalisation (vente de gré à gré ou aux enchères publiques) de prétentions en matière de révocation<sup>28</sup> ou de responsabilité est exclue. Dans ce dernier cas, une réalisation serait contraire à la teneur de l'art. 757 CO du droit de la SA, auquel renvoie l'art. 39 LB.

## **Art. 20** Poursuite des procès

Les procès civils ou les procédures administratives en cours au moment de l'ouverture de la faillite, dans lesquels la banque est partie et qui touchent l'état de la masse, sont suspendus<sup>29</sup>. Dans la mesure où un procès touche les actifs de la masse en faillite, le liquidateur de la faillite doit juger des perspectives de succès ainsi que des chances de recouvrement en cas de gain de cause.

Le liquidateur de la faillite fait une proposition à la CFB quant à la poursuite des procès en cours. Si le procès n'est pas poursuivi par la masse, le liquidateur de la faillite offre aux créanciers la possibilité de demander la cession des droits au sens de l'art. 260 LP.

Le liquidateur de la faillite doit informer les tribunaux ou les autorités administratives auprès desquels des procès sont suspendus si c'est la masse en faillite (représentée par le liquidateur de la faillite) ou des créanciers cessionnaires qui poursuivront le procès à la place de la banque ou encore, le cas échéant, si le procès ne sera pas poursuivi. Dans ce dernier cas, cela signifie la reconnaissance des prétentions de la partie adverse (passé-expédient), respectivement la renonciation des prétentions de la banque (désistement) avec suite de

---

<sup>27</sup> Art. 32 al. 3 LB.

<sup>28</sup> Voir la disposition analogue de l'art. 256 al. 4 LP.

<sup>29</sup> Voir art. 207 LP.

frais et dépens le cas échéant, étant précisé que ceux-ci ne doivent pas être considérés comme des dettes de masse.

#### **Art. 21** Suspension faute d'actif

Après l'ouverture de la faillite, le liquidateur de la faillite a comme tâche prioritaire l'établissement de l'inventaire dans le but de déterminer notamment si les actifs permettent de couvrir les frais de liquidation. S'il constate que tel n'est pas le cas, le liquidateur doit alors proposer à la CFB de suspendre la faillite faute d'actif. Les actifs qui sont gagés ne doivent pas être pris en compte lors de cette évaluation dès lors que les droits de gage sont prioritaires même par rapport aux dettes de masse, conformément aux règles du droit civil ainsi qu'à l'art. 198 LP.

Si la CFB arrive à la conclusion que les coûts d'une procédure de liquidation ne peuvent être couverts, même en renonçant à des actes coûteux comme par exemple aux longs procès portant sur certains actifs, elle suspend la faillite faute d'actif et publie cette suspension. La publication mentionne que la procédure de liquidation sera clôturée si aucun créancier ne fournit les sûretés nécessaires à la couverture des frais qui ne sont pas couverts par les actifs.

Si la faillite est définitivement suspendue faute d'actif, la CFB fixe un délai dans lequel les créanciers gagistes peuvent demander la réalisation de leur gage. De cette manière, les créanciers gagistes n'ont pas à introduire une poursuite en réalisation de gage pour le faire réaliser. En outre, cela leur permet de ne pas avoir à faire réinscrire une personne morale au registre foncier qui a été radiée ensuite de la suspension faute d'actif. La CFB fixera en général le délai aux créanciers gagistes pour demander la réalisation de leur gage dans la publication relative à la suspension faute d'actif. Contrairement à ce qui est prévu par l'art. 230a al. 2 LP, cette possibilité simplifiée de réalisation d'un gage n'est pas limitée à la faillite d'une personne morale.

La CFB mandate un liquidateur de faillite pour la réalisation d'un gage demandée par le créancier gagiste. Un office des poursuites ou des faillites peut également intervenir comme liquidateur de faillite dans ce cadre-là. La procédure se limite à la réalisation du gage et à la distribution du produit. Les dispositions de la procédure de faillite bancaire sont ici également applicables.

En cas de faillite d'une personne morale, la CFB ordonne la réalisation des biens qui existent encore après la suspension de la procédure et l'éventuelle réalisation des gages. Une telle réalisation n'est cependant pas effectuée s'il est prévisible que les coûts y afférents ne dépasseront pas le produit de réalisation. La CFB peut mandater un liquidateur de faillite pour ce faire. Si un actif est grevé de charges, un état des charges doit être établi, selon les règles de la procédure de faillite bancaire. Un éventuel produit restant après paiement des coûts de réalisation et des charges grevant l'actif réalisé est versé à la Confédération pour la couverture des frais de la CFB.

En cas de faillite d'une personne physique (banquier), les poursuites engagées avant l'ouverture de la faillite renaissent après la suspension de celle-ci. Indépendamment de son inscription au registre du commerce, cette personne peut également être poursuivie par voie de saisie pendant deux ans. Cette règle correspond à celle de l'art. 230 al. 3 et 4 LP, raison pour laquelle, il est possible d'y renvoyer.

## d. Passifs de la faillite

### Art. 22 Pluralité de créanciers

La main commune est à comprendre dans le sens où plusieurs créanciers sont titulaires d'une même créance et ne peuvent en disposer qu'en commun<sup>30</sup>. Aucun des créanciers en main commune ne peut disposer seul de la créance ni, du reste, de la part à laquelle il a droit. Les droits dont la main commune est titulaire constituent un patrimoine séparé. C'est pourquoi, la main commune doit être traitée comme un créancier distinct des ayants droit. Cela est également valable pour ce qui a trait au paiement des dépôts privilégiés selon l'art 37h LB.

En revanche, lorsqu'il y a solidarité entre plusieurs créanciers, notamment en cas de compte joint, chaque créancier peut disposer de l'ensemble de la créance. Dans ce cas, la banque peut également faire valoir en compensation, sauf accord contraire prévu<sup>31</sup>, une créance qu'elle possède contre l'un des créanciers. En cas de faillite, les relations doivent être clarifiées, en particulier dans le cadre du calcul et du paiement rapide des dépôts privilégiés. Ainsi, s'il y a solidarité entre plusieurs créanciers, une part égale de la créance doit être attribuée à chacun d'eux, sans qu'il soit nécessaire de déterminer les relations internes existantes. Il va cependant de soi que les créanciers peuvent donner des instructions différentes aux liquidateurs de la faillite pour le paiement du dividende.

### Art. 23 Dépôts privilégiés

Dans la faillite d'un établissement autorisé, les dépôts au sens de l'art. 37b LB sont privilégiés et colloqués en deuxième classe jusqu'à un montant maximum de CHF 30'000.- par créancier. Dans le cadre de ce privilège, ces créances sont également assurées selon l'art. 37h LB par le système de garantie des dépôts (jusqu'au montant maximum de CHF 4 milliards).

Chaque personne, physique ou morale, peut être titulaire d'une telle créance privilégiée. En revanche, toutes les créances contre une banque ne sont pas considérées comme des dépôts privilégiés. Sont seules comprises, les créances qui sont en rapport avec une activité commerciale bancaire ou de négociant en valeurs mobilières. Il s'agit des obligations de la banque qui apparaissent au bilan selon l'art 25 al. 1 OB et qui sont comptabilisées, ou auraient dû l'être, sous les rubriques 2.3 (engagements envers la clientèle sous forme d'épargne et de placements), 2.4 (autres engagements envers la clientèle), 2.5 (obligation de caisse). Ne sont ainsi pas compris les autres passifs de la banque comme les prétentions de bailleurs ou de délégataires pour certaines tâches administratives (services IT ou recouvrement) ou découlant de contrats de mandat ou de travail. S'agissant des employés, ceux-ci bénéficient d'un privilège encore plus élevé dès lors qu'ils sont colloqués en première classe. Ne sont pas non plus considérés comme des dépôts au sens de l'art. 37b LB, les engagements envers les banques ou les obligations découlant d'emprunts.

Les dépôts libellés au porteur ne sont pas des dépôts qui permettent d'obtenir un traitement privilégié, parce qu'il est difficile d'en vérifier la titularité et par conséquent d'empêcher un traitement favorisant leur bénéficiaire par rapport aux autres créanciers. Les demandes d'in-

<sup>30</sup> Par exemple si les créanciers forment une hoirie au sens de l'art. 602 CC ou une société en nom collectif ou en commandite au sens des art 552ss CO.

<sup>31</sup> La renonciation à la compensation peut également intervenir de manière indirecte et limitée à une créance partielle, comme cela est prévu par les banques dans le cadre du système de garantie des dépôts au sens de l'art 37h LB.

démision contractuelle ou extracontractuelle ne sont pas non plus considérées comme des dépôts. Il en va ainsi des prétentions découlant de la non restitution de valeurs déposées.

Les créances des fondations bancaires ou de libre passage sont traitées de manière particulière. Leurs créances sont considérées non pas comme les créances des fondations mais comme celles de chacun des preneurs de prévoyance ou assurés, en raison des définitions contenues dans les dispositions réglant la prévoyance professionnelle<sup>32</sup>. Le versement de ces créances s'effectue toutefois auprès de la fondation bancaire ou de libre passage. Si un preneur de prévoyance ou un assuré possède par ailleurs contre la banque d'autres créances qui peuvent être payées sans délai<sup>33</sup>, le privilège de faillite est d'abord utilisé pour la couverture de ces créances. Ce principe est conforme au but poursuivi par la garantie des dépôts privilégiés qui est de permettre aux créanciers de disposer rapidement des liquidités qui pourraient leur manquer du fait de la faillite.

#### **Art. 24** Vérification des créances

En cas de faillite bancaire, la grande majorité des créances n'a pas à être produite. Les créances inscrites dans les livres de la banque ou au registre foncier<sup>34</sup> sont considérées en effet comme découlant de la loi. Les créances inscrites dans les livres de la banque sont celles dont l'existence et le montant ont été régulièrement rappelés à leur créancier par l'envoi d'un extrait ou d'une attestation.

Le liquidateur de la faillite examine toutes les créances. Il prend en considération toutes les pièces dont il dispose. Il peut demander aux créanciers de justifier plus avant leur créance et de lui remettre des moyens de preuve complémentaires. Il lui est également possible de se procurer des pièces dont il ne dispose pas encore, comme celles faisant partie d'une procédure pénale par exemple.

Indépendamment de l'appréciation subséquente du liquidateur de la faillite, les créances inscrites dans les livres de la banque sont présumées avoir été reconnues par la banque. Pour les créances qui ne sont pas inscrites dans les livres de la banque, le liquidateur de la faillite consulte le banquier, respectivement, s'il ne s'agit pas d'une personne physique, un organe nommé par les propriétaires de la banque avant l'intervention de la CFB, sur l'existence et le montant desdites créances. Les déclarations du banquier ou de l'organe sont utiles au liquidateur de la faillite pour l'appréciation de chaque production. Par ailleurs, elles ont également leur importance, comme d'ailleurs la présomption relative aux créances inscrites dans les livres, pour l'établissement de l'acte de défaut de biens pour les créances non couvertes en totalité<sup>35</sup>.

#### **Art. 25** Collocation

Il appartient au liquidateur de la faillite de décider de l'existence d'une créance, de son montant et de son rang et de la colloquer dans l'état de collocation qu'il doit établir. Les petits dépôts jusqu'à CHF 5'000.- qui ont déjà été remboursés n'ont pas à être vérifiés ni à être colloqués<sup>36</sup>. Les titulaires de ces créances sont exclus de la procédure du fait du

<sup>32</sup> Voir art. 5 al. 2 OPP 3 (RS 831.461.3) et art. 19 al. 2 OLP (RS 831.425).

<sup>33</sup> Voir les raisons qui empêchent un paiement immédiat des prétentions selon l'art. 33 al. 4 du projet.

<sup>34</sup> L'art. 246 LP est analogue pour les créances inscrites au registre foncier qui sont admises avec l'intérêt courant.

<sup>35</sup> Voir pour les effets les commentaires relatifs à l'art. 35 du projet.

<sup>36</sup> art. 37a LB.

remboursement de leur dépôt. Ils ne sont plus titulaires des droits appartenant aux autres créanciers.

#### **Art. 26** Créances faisant l'objet d'un procès

Au moment de l'ouverture de la faillite, les procès (civils ou les procédures administratives) pendants en Suisse<sup>37</sup> qui touchent le passif de la banque (prétentions de créanciers) sont provisoirement suspendus, tout comme du reste les procès touchant l'actif<sup>38</sup>. L'acceptation de telles prétentions devraient, si un procès n'était pendant, être appréciées dans le cadre de l'établissement de l'état de collocation. Jusqu'à l'issue de ces procès, dont la fonction tend à être celle d'un procès en contestation de l'état de collocation après l'ouverture de la faillite, les créances qui en sont l'objet sont à mentionner pour mémoire dans l'état de collocation.

Comme pour ce qui a trait aux autres créances, c'est le liquidateur de la faillite qui décide, sans l'intervention de la CFB, s'il reconnaît le bien-fondé des créances faisant l'objet d'un procès, partant renonce à poursuivre celui-ci. Si le liquidateur de la faillite renonce à poursuivre le procès, il donne la possibilité aux créanciers de demander la cession des droits selon l'art. 260 LP. Si le procès est poursuivi avec succès par des créanciers cessionnaires, le dividende qui aurait été attribué au créancier qui succombe est dévolu aux créanciers cessionnaires jusqu'à concurrence de leur production ainsi que pour leurs frais de procédure. Un éventuel excédent revient à la masse en faillite au profit des autres créanciers.

Les créanciers ne peuvent plus attaquer par une action en contestation de l'état de collocation la créance qui a été admise définitivement après le procès. La collocation ne peut être contestée par un créancier qu'en se faisant céder les droits relatifs à la poursuite du procès dans les cas où le liquidateur de la faillite y a renoncé au nom de la masse.

#### **Art. 27** Consultation de l'état de collocation

Le liquidateur donne la possibilité aux créanciers de consulter l'état de collocation lorsque celui-ci est établi. Il informe publiquement les créanciers de cette possibilité. Le liquidateur de la faillite fait mentionner dans la publication la date à partir de laquelle la consultation est possible et le lieu ou la forme sous laquelle celle-ci peut intervenir. Il est ainsi envisageable que l'état de collocation ne soit pas matériellement disponible en un lieu précis mais consultable au moyen d'un média moderne, par exemple au moyen d'un mot de passe.

La consultation doit être offerte au minimum pendant 20 jours après la publication de la possibilité de consulter l'état de collocation. Ce délai correspond à celui qui est prévu pour contester la collocation de sa propre créance ou celle d'un autre créancier, par l'action en contestation de l'état de collocation<sup>39</sup>. Les règles générales relatives à la consultation des pièces de l'art. 5 du projet (en particulier le principe de la spécialité) sont également valable pour ce qui est de la consultation de l'état de collocation. Dans la mesure où les conditions pour la consultation des pièces sont données, l'état de collocation peut également être consulté après le délai de 20 jours prévu.

Le liquidateur de la faillite informe chaque créancier dont la créance n'a pas été colloquée comme elle avait été produite, ou comme elle était inscrite dans les livres de la banque ou au registre foncier, du rejet de sa production. La communication au créancier contient éga-

<sup>37</sup> ATF 7B.124/2004 du 12.11.2004.

<sup>38</sup> Voir l'art. 207 LP ainsi que les commentaires relatifs à l'art. 20 du projet.

<sup>39</sup> Voir l'art. 250 LP ainsi que les commentaires relatifs à l'art. 28 du projet.

lement une brève motivation du pourquoi du rejet de sa créance ou de son privilège (droit de gage ou rang). D'après les règles générales contenues dans l'art. 4 du projet, la communication est adressée uniquement aux créanciers dont le nom et l'adresse actuelle sont connus.

#### **Art. 28** Action en contestation de l'état de collocation

Les créanciers dont la production ou le privilège a été totalement ou en partie rejeté peuvent intenter une action en contestation de l'état de collocation contre la masse devant le juge ordinaire du for de la faillite. Les créanciers ont également le droit de contester devant le même juge la collocation d'un autre créancier. Les conditions et les modalités d'une action en contestation de l'état de collocation ne sont pas différentes dans la procédure de faillite bancaire ou dans celle découlant de la LP et restent de la compétence du juge ordinaire compétent au for de la faillite. Il se justifie dès lors de renvoyer aux règles contenues à l'art. 250 LP.

La possibilité offerte par le liquidateur de la faillite de consulter l'état de collocation fait foi pour le départ du délai de 20 jours pour intenter l'action. Pour que le délai commence, il faut d'une part que la publication de la possibilité de consulter l'état de collocation ait été faite, d'autre part, que la consultation soit effectivement possible que ce soit physiquement ou au moyen d'un autre média.

### **e. Réalisation**

#### **Art. 29** Mode de réalisation

Le but de la réalisation est de transformer au mieux les actifs de la faillite en liquidités. Cette tâche est de la compétence du liquidateur de la faillite. Il apparaît dès lors logique que celui-ci dispose d'une certaine liberté quant à la manière et au moment d'y procéder. La vente aux enchères publiques ne revêt pas ici une importance prépondérante contrairement à ce qui est le cas dans la procédure de faillite de la LP. La pratique a régulièrement démontré que les enchères publiques étaient souvent peu attractives et peu souples. Souvent, d'autres efforts actifs de vente, axés sur le meilleur moment possible, permettent d'obtenir un meilleur résultat.

Le liquidateur de la faillite donne connaissance aux créanciers des réalisations prévues ainsi que de la façon dont il entend procéder, au moyen du plan des réalisations qu'il établit de façon régulière. Les créanciers sont ainsi informés avant la réalisation projetée et peuvent en demander le contrôle par la CFB<sup>40</sup>. Le liquidateur de la faillite reste néanmoins toujours responsable de ses propres actes à l'égard des créanciers<sup>41</sup>.

Les créanciers gagistes disposent d'un statut spécial. Leur gage peut être réalisé uniquement avec leur accord d'une autre façon qu'aux enchères publiques. Contrairement aux autres modes de réalisation, les enchères publiques permettent également aux créanciers gagistes d'acquérir eux-mêmes l'objet de leur gage. Quel que soit pourtant le mode de réalisation choisi, le consentement du créancier gagiste n'est pas nécessaire, faute d'intérêt juri-

---

<sup>40</sup> Voir art. 7 du projet.

<sup>41</sup> Voir l'art. 39 LB pour ce qui a trait notamment à la responsabilité des liquidateurs.



dique suffisant, si le résultat prévu, après paiement des frais de réalisation, couvre entièrement la créance garantie par le gage.

En cas d'urgence dans le sens d'une possible diminution des actifs de la faillite à cause d'une dépréciation rapide de la valeur des biens ou de frais d'administration élevés, ceux-ci peuvent être réalisés sans délai et en particulier sans que cela ait été mentionné auparavant dans le plan des réalisations. Les biens qui sont négociés sur un marché représentatif peuvent également être vendus sans délai et sans mention dans le plan des réalisations. Il en va ainsi en particulier des papiers-valeurs qui peuvent être négociés à une bourse ou également d'autres valeurs comme les métaux précieux. Enfin, il peut être renoncé à une mention dans le plan des réalisations si les biens à réaliser n'ont pas de valeur significative. Il est difficile d'apprécier de manière abstraite la limite du montant dont il est question. La CFB devra en juger de cas en cas sur proposition du liquidateur de la faillite.

### **Art. 30**      Enchères publiques

Les enchères publiques sont réglées de manière très détaillée dans la LP pour ce qui est de la faillite et de la réalisation de gages. En outre, une ordonnance du Tribunal fédéral, l'ORFI, existe pour ce qui concerne la réalisation des immeubles. Dans la mesure où les règles existantes relatives aux enchères publiques peuvent s'appliquer pratiquement sans exception, il n'y a pas de raison d'y déroger. Il se justifie dès lors de renvoyer aux règles contenues aux art. 257 à 259 LP. En outre, il semble que les cas où le liquidateur de la faillite se décidera pour des enchères publiques resteront plutôt exceptionnels.

En cas de vente aux enchères publiques, le liquidateur de la faillite est responsable de sa préparation, de sa conduite ainsi que de son exécution subséquente. Il lui appartient également de fixer le cas échéant un prix d'adjudication minimum pour les premières enchères au sens de l'art. 258 al. 2 LP.

Avant les enchères, le liquidateur publie la possibilité de consulter les conditions de vente. Cette consultation peut, comme pour l'état de collocation<sup>42</sup>, intervenir par dépôt à un endroit particulier ou au moyen d'un autre média. Le liquidateur de la faillite peut également prévoir que la consultation aura lieu auprès d'un office des faillites ou des poursuites au lieu où se trouve l'objet à réaliser. L'office des faillites ou des poursuites en question a l'obligation d'offrir son assistance moyennant indemnisation selon l'OE LP.

### **Art. 31**      Cession des droits

Si les créanciers se sont fait céder des droits auxquels la masse avait renoncé (par décision du liquidateur de la faillite ou de la CFB), le liquidateur de la faillite établit une attestation dans laquelle il décrit plus précisément les conditions de la cession. Il y fixe le délai pendant lequel les créanciers cessionnaires doivent faire valoir en justice la prétention cédée. S'ils n'en font pas usage pendant ce délai, la cession est alors automatiquement caduque. Le délai est prolongeable mais il doit être rendu vraisemblable qu'une solution extra judiciaire a été recherchée sans désespérer et que celle-ci, ou une action en justice, est imminente.

Les créanciers cessionnaires informent sans délai le liquidateur de la faillite du résultat obtenu. Si le gain du procès ne résulte pas en une prétention en argent, il doit être remis au liquidateur de la faillite pour réalisation. Le solde obtenu après couverture des frais de réalisation est dévolu au paiement des frais de procédure puis des créances des créanciers

---

<sup>42</sup> Voir les commentaires relatifs à l'art. 27 du projet.

cessionnaires. Un éventuel excédent revient à la masse en faillite et doit lui être versé par les créanciers cessionnaires. Après la clôture de la procédure de faillite, les communications relatives à la cession des droits doivent être adressées à la CFB qui prend les dispositions nécessaires.

La cession des droits aux créanciers dans la faillite bancaire a les mêmes effets que ceux de l'art. 260 al. 1 et 2 LP. Il se justifie dès lors de renvoyer à cette disposition qui est l'objet de surcroît d'une riche jurisprudence. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a établi un formulaire relatif à la cession des droits de la masse<sup>43</sup>. Dans la mesure où il n'existe aucune disposition contraire à ce formulaire dans la faillite bancaire, la même formulation peut être utilisée pour l'attestation établie dans le cadre de la procédure de faillite bancaire. La CFB tient à disposition des liquidateurs de faillite un formulaire adapté à la procédure de faillite bancaire.

Si la masse en faillite renonce à faire valoir une prétention et qu'aucun créancier n'en demande la cession, le liquidateur de la faillite, ou après sa clôture la CFB, doit juger si une réalisation de la prétention peut et doit intervenir. Il en va de même lorsque la cession devient caduque après écoulement du délai pour la faire valoir. Une éventuelle réalisation peut intervenir sans formalité dès lors que les créanciers ont déjà renoncé à leurs droits concernant cette prétention.

## **f. Distribution et clôture**

### **Art. 32 Dettes de la masse**

Si les actifs encore disponibles ne couvrent plus les frais courants et les obligations de la masse en faillite, la procédure doit être suspendue faute d'actif, si les créanciers ne fournissent pas de sûretés suffisantes<sup>44</sup>. Dans le cas où les actifs ne suffisent pas à couvrir les dettes de la masse au moment de la clôture de la faillite ou lors de la suspension faute d'actif, l'ordre des paiements doit être déterminé.

La LP ne règle pas l'ordre de priorité du paiement des dettes de masse. Il est toutefois admis par la jurisprudence qu'un ordre de priorité existe parmi les dettes de masse<sup>45</sup>. Il manque pourtant une claire délimitation. La LP ne contient pas non plus une liste exhaustive des dettes à considérer comme dettes de masse. Dans le cadre de la procédure de faillite bancaire, les différentes dettes de masse sont indiquées ainsi que l'ordre dans lequel celles-ci doivent être payées.

Les engagements qui, selon l'art. 37 LB, ont été pris durant la période d'exécution des mesures prévues à l'art. 26 al. 1 let. e à h LB sont honorés en priorité. Ces mesures protectrices ont habituellement pour but de permettre à la banque de poursuivre son activité commerciale. Sans ce privilège, ce but ne pourrait pas être atteint car aucune personne connaissant la situation financière difficile de la banque ne serait prêt à conclure de nouvelles affaires<sup>46</sup>.

Ensuite, ce sont les frais de la procédure qui doivent être couverts. Il s'agit des frais et débours du liquidateur de faillite ainsi que ceux des personnes mandatées par lui ou par la

---

<sup>43</sup> Formulaire OAOF n° 7.

<sup>44</sup> Voir art. 21 du projet.

<sup>45</sup> ATF 113 III 151

<sup>46</sup> Voir la règle analogue de l'art. 310 al. 2 LP dans le cadre du sursis concordataire.

CFB, comme également les coûts de l'ouverture de la faillite et de la procédure de liquidation. Les personnes mandatées par le liquidateur de la faillite ou la CFB peuvent notamment être des experts ou des liquidateurs supplémentaires ainsi que d'anciens collaborateurs de la faillie, sur mandat, pour une mission particulière. La masse en faillite ne rentrera en principe pas dans les contrats de travail existants.

En troisième sont couverts les engagements que la masse en faillite a dû contracter pendant la durée de la procédure. Il en va ainsi souvent des loyers de locaux qui ne peuvent être débarrassés après la fin contrat de bail.

Si les actifs suffisent à couvrir les dettes de masse susmentionnées, les engagements à l'encontre de tiers dépositaires relatifs au dépôt doivent également être couverts. Le but est de permettre la rapide distraction des valeurs déposées en faveur des déposants.

### **Art. 33**     Distribution

Dans le cadre de la faillite bancaire, le liquidateur de la faillite a la possibilité de procéder à des répartitions provisoires. Les répartitions provisoires ne sont possibles qu'en faveur des créanciers dont la production a été admise définitivement. Outre les mêmes raisons pour lesquelles aucune distribution ne pourrait non plus intervenir à la fin de la procédure, aucune répartition provisoire n'est, dès lors, possible en faveur des productions qui font encore l'objet d'une action en contestation de l'état de collocation,. En outre, une répartition provisoire ne peut intervenir que s'il est certain qu'elle est couverte par la valeur des actifs. Une répartition provisoire sera ainsi fréquente pour les créances privilégiées. Le tableau de distribution doit être avalisé par la CFB avant la répartition.

Aussitôt que le liquidateur de la faillite a effectué toutes les opérations de réalisation et que tous les procès touchant l'actif ou le passif de la masse dans lesquels celle-ci était partie sont finis, il établit le compte final ainsi que le tableau de distribution final des actifs nets à distribuer. Le liquidateur de la faillite n'a pas à prendre en compte les prétentions cédées aux créanciers selon l'art. 260 LP ou dont le sort n'a pas encore été fixé. Le tableau de distribution doit être soumis à l'approbation de la CFB avant la distribution. Le tableau de distribution n'est pas déposé<sup>47</sup>.

Un paiement n'est pas non plus possible au moment de la clôture de la procédure, lorsque, par exemple, ensuite d'une saisie ou d'une autre mesure de blocage par une autorité pénale, les titulaires d'une créance ne sont pas encore définitivement connus. Aucun paiement ne doit non plus intervenir lorsque l'existence ou le montant d'une créance n'est pas définitivement fixé ou que celle-ci est soumise à une condition suspensive ou encore que le moment de son exigibilité n'est pas certain. Il en va ainsi en particulier des créances partiellement couvertes par des gages à l'étranger non encore réalisés<sup>48</sup> ou dont les ayants droit vont probablement partiellement être désintéressés dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée étrangère en relation avec la faillite de la banque<sup>49</sup>. Les créanciers qui sont également partie d'une procédure de faillite à l'étranger ne doivent pas être mieux traités que les créanciers de même rang qui ne participent qu'à la procédure de faillite en Suisse.

---

<sup>47</sup> Art. 37e al. 1 LB.

<sup>48</sup> Voir la règle analogue de l'art. 62 OAOF.

<sup>49</sup> Voir art. 37f al. 2 LB

#### **Art. 34** Rapport final et dépôt

Dans le rapport final, le liquidateur de la faillite doit résumer de manière sommaire les éléments et problèmes principaux de la procédure ainsi que les procès dans lesquels la masse en faillite était partie (demanderesse ou défenderesse). Sous réserve d'une demande expresse dans des cas particuliers, il n'y a pas lieu de faire de présentation détaillée.

Le rapport final doit contenir par ailleurs toutes les informations qui pourront être utiles après la clôture de la procédure de faillite bancaire. Il en va ainsi notamment de toutes les cessions de droits aux créanciers qui sont encore valables. Le liquidateur de la faillite doit également faire état des dividendes non encore versés ainsi que des valeurs déposées distraites de la masse et qui n'ont pas encore été restituées, avec l'indication des motifs pour lesquels le versement ou la restitution n'a pu avoir lieu jusqu'ici.

La CFB adopte les mesures nécessaires quant à la consignation des dividendes non encore versés ainsi que des valeurs déposées non encore restituées. Elle publie la clôture de la faillite bancaire. Dès lors que le mandat du liquidateur de la faillite prend fin avec la clôture de la procédure de liquidation, c'est la CFB qui vérifie, par la suite, si les conditions des versements non encore effectués sont remplies et qui y procède, dans la mesure où cela n'a pas été délégué à un tiers.

#### **Art. 35** Acte de défaut de biens

Tous les créanciers dont la créance n'a pas été intégralement remboursée dans le cadre de la procédure de faillite peuvent demander, pour la partie non couverte, un acte de défaut de biens. Celui-ci a les mêmes effets que l'acte de défaut de biens au sens de l'art. 265 LP.

Outre la part non couverte de la créance ainsi que le fondement de cette dernière, l'acte de défaut de biens doit mentionner si la banque a reconnu ou contesté la créance. Dans le premier cas, l'acte de défaut de biens vaut comme reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP. Celui-ci a également son importance dans le cadre de la faillite de personnes morales, nonobstant leur radiation du registre du commerce, lorsqu'il s'agit de faire valoir des droits à l'encontre de tiers comme une caution, par exemple. A cet égard, une procédure de poursuite facilitée ne peut intervenir que si la créance principale fait l'objet d'une reconnaissance de dette (titre de mainlevée).

L'acte de défaut de biens n'est établi, contre le paiement d'une contribution forfaitaire, que sur demande des créanciers. Le liquidateur de la faillite rend les créanciers attentifs à cette possibilité. Ce rappel intervient en règle générale dans le courrier relatif au versement du dividende, ou lorsqu'aucun dividende n'est versé, par une communication générale.

#### **Art. 36** Conservation des pièces

La consultation des pièces doit demeurer possible après la clôture ou la suspension de la procédure de faillite bancaire. Comme le mandat du liquidateur de la faillite prend fin avec la clôture ou la suspension, la CFB doit prendre les dispositions nécessaires à la conservation des pièces de la faillite ainsi que des documents commerciaux. Les coûts inhérents à la conservation puis, par la suite, à la destruction des pièces doivent être déduits de la masse comme frais de liquidation avant le versement du dividende aux créanciers.

Les pièces de la faillite ainsi que les documents commerciaux subsistant doivent être conservés pendant 10 ans après la clôture de la faillite. Leur destruction intervient ensuite

sur ordre de la CFB. Les dispositions spéciales en matière de conservation des pièces qui prévoient un délai plus long ou un lieu de conservation particulier demeurent réservées, comme par exemple pour ce qui a trait aux fonds non réclamés.

**Art. 37** Biens découverts ultérieurement et valeurs consignées

Les biens et les prétentions de la banque nouvellement découverts, qui n'ont jusqu'alors pas été inclus dans la masse sont réalisés conformément aux instructions de la CFB. En règle générale, elle mandatera l'ancien liquidateur de la faillite pour leur réalisation. Mais il est également possible qu'un office des poursuites ou des faillites s'en occupe. La réalisation se déroule selon les dispositions de la procédure de faillite bancaire. Une réalisation tardive par reprise de la procédure de faillite bancaire est limitée à une période de 10 ans après la clôture de la faillite.

Après la réalisation, la distribution du produit s'effectue en faveur des créanciers ayant subi une perte selon leur rang. Les actes de défaut de biens doivent être restitués et établis à nouveau après la nouvelle distribution. La distribution ne s'effectue qu'en faveur des créanciers dont les données nécessaires pour le paiement sont connues. Le liquidateur de la faillite peut publiquement inviter les créanciers à lui faire connaître leurs données actuelles dans un délai fixé en leur indiquant qu'à défaut ils seront exclus de la distribution.

Les valeurs consignées qui n'ont pas été retirées après un délai de 10 ans, sont réalisées comme les biens et les prétentions nouvellement découverts et distribuées aux créanciers selon leur rang. Les dividendes qui n'ont pu être distribués après un délai de 10 ans sont distribués de la même façon. Aucune réalisation et distribution n'a lieu si une disposition spéciale existe qui prévoit un délai plus long ou le versement centralisé des montants non distribués à une autorité, comme cela est prévu par le projet de loi sur les avoirs non réclamés.

**g. Dispositions finales**

**Art. 38** Entrée en vigueur

L'ordonnance sur la faillite bancaire s'applique à toutes les procédures de faillite bancaire ouvertes après son entrée en vigueur. Elle ne s'applique pas rétroactivement aux procédures de faillite bancaire ouvertes par la CFB avant ladite entrée en vigueur. La CFB peut cependant décider de cas en cas, se basant sur l'art. 34 al. 3 LB, que les dispositions de l'ordonnance sur la faillite bancaire s'appliquent par analogie à ces procédures de faillite à partir d'un certain stade.