

Etat : août 2024

Faillite

1 Généralités

Depuis l'entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2004 des nouvelles dispositions sur l'insolvabilité bancaire de la loi sur les banques (LB ; RS 952.0), l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) est compétente pour prononcer l'ouverture de la faillite des banques (art. 33 ss LB), des directions de fonds et maisons de titres (art. 67 de la loi sur les établissements financiers [LEFin ; RS 954.1]), des sociétés d'investissement à capital variable (SICAV), sociétés en commandite de placements collectifs (SCmPC) et des sociétés d'investissement à capital fixe (SICAF) (art. 137 ss de la loi sur les placements collectifs [LPCC ; RS 954.31]), des entreprises d'assurance (art. 53 ss de la loi sur la surveillance des assurances [LSA ; RS 961.01]) et, finalement, des infrastructures des marchés financiers (art. 88 de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers [LIMF ; RS 958.1]).

Jusqu'au 1^{er} janvier 2023, sa compétence était également donnée pour les établissements dont l'assujettissement faisait l'objet d'un examen ou qui exerçaient une activité soumise à autorisation sans être titulaire d'une telle autorisation. Pour toute procédure commencée après cette date, la compétence a été retournée au juge ordinaire de la faillite. La compétence de la FINMA pour les procédures en cours n'a pas été modifiée.

Le présent document se concentre sur la faillite bancaire et présente quelques aspects généraux de la procédure, à pur but informatif. La faillite bancaire est principalement régie par la LB au chapitre XII. La FINMA peut préciser les modalités de la procédure de faillite bancaire (art. 34 al. 3 LB). Elle a exercé ce pouvoir par le biais de l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire (OIB-FINMA ; RS 952.05), dont un des buts est la concrétisation de la procédure de faillite bancaire (art. 1 OIB-FINMA).

2 Effets de l'ouverture de la faillite

À défaut de perspectives d'assainissement ou si l'assainissement (pour autant qu'il ait été tenté) a échoué, la FINMA retire l'autorisation de la banque, en ordonne la faillite et publie sa décision (art. 33 al. 1 LB).

La décision de faillite déploie les effets de l'ouverture de la faillite au sens des art. 197 à 220 de la loi sur les poursuites et faillites (LP ; RS 281.1) (art. 34 al. 1 LB). Ainsi, l'ouverture de la faillite arrête, à l'égard de la banque, le cours des intérêts (art. 209 al. 1 LP). Les intérêts des créances garanties

par gage continuant cependant à courir jusqu'à la réalisation dans la mesure où le produit du gage dépasse le montant de la créance et des intérêts échus au moment de l'ouverture de la faillite (art. 209 al. 2 LP). L'ouverture de la faillite rend également exigibles les dettes de l'établissement en faillite, à l'exception de celles qui sont garanties par des gages sur les immeubles de l'établissement en faillite (art. 208 al. 1 LP).

La FINMA peut elle-même prendre le rôle de liquidateur de la faillite ou désigner un mandataire externe, qui sera soumis à sa surveillance (art. 33 al. 2 LB). Une assemblée des créanciers n'est pas automatique et n'est mise en place que sur demande du liquidateur à la FINMA (art. 35 al. 1 let. a LB). Il en est de même pour la mise en place d'une commission des créanciers (art. 35 al. 1 let. b LB), cette dernière possibilité étant un instrument particulièrement approprié pour d'une part soutenir le liquidateur de la faillite et d'autre part représenter les créanciers. La commission, en tant qu'organe de surveillance, défend les intérêts de l'ensemble des créanciers.

La décision d'ouverture de la faillite est immédiatement exécutable en tant qu'elle ne souffre, de par la loi, pas d'effet suspensif (art. 37^{quinquies} let. d LB).

3 Communications avec les créanciers

La communication avec les créanciers se fait à travers la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) et le site internet de la FINMA. La publication dans la Feuille officielle suisse du commerce fait foi pour le calcul des délais et les conséquences juridiques liées à la publication. Les communications sont adressées directement aux créanciers dont le nom et une adresse en Suisse sont connus. La FINMA peut obliger les créanciers dont le siège ou le domicile se situe à l'étranger à désigner un mandataire chargé de recevoir les communications en Suisse. Elle peut renoncer à la communication directe en cas d'urgence ou pour simplifier la procédure (art. 4 OIB-FINMA).

Afin de les tenir informer de l'état de la procédure, il est de pratique que le liquidateur informe les créanciers de la banque en situation de faillite au moins une fois par an, par voie de circulaire.

4 Production des créances et d'autres droits

Les créances inscrites dans les livres de l'établissement sont réputées avoir été produites et il n'est donc pas nécessaire de les annoncer une nouvelle fois (art. 36 al. 1 LB). Les autres créanciers, ainsi que toutes les personnes qui ont des droits à faire valoir sur les biens en possession de l'établissement en faillite, sont invités à produire dans le délai imparti à travers l'appel aux créanciers. Ces derniers sont ainsi invités à produire leurs créances ou leurs réclamations au liquidateur de la faillite, accompagnés des moyens de preuve adéquats.

Les titulaires de créances garanties par un gage immobilier doivent annoncer leurs créances en indiquant séparément le capital, les intérêts et les frais et faire savoir également si le capital est échu ou a été dénoncé au remboursement, pour quel montant et pour quelle date. Les titulaires de servitudes nées sous l'empire de l'ancien droit cantonal sans inscription aux registres publics et non encore inscrites au

registre foncier sont invités à produire leurs droits au liquidateur de la faillite dans le délai imparti, en y joignant les éventuels moyens de preuve (art. 123 de l'ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles [ORFI ; RS 281.42]). Si l'établissement en faillite est copropriétaire ou propriétaire par étage d'un immeuble, cette invitation est valable également pour les servitudes grevant l'immeuble lui-même (art. 130a al. 2 *cum* 123 ORFI). Les servitudes qui n'auront pas été annoncées ne seront pas opposables à un acquéreur de bonne foi de l'immeuble grevé, à moins qu'il ne s'agisse de droits qui, d'après le code civil suisse également, produisent des effets de nature réelle même en l'absence d'inscription au registre foncier (art. 29 ORFI).

En application du pouvoir de précision des modalités de la procédure octroyé à la FINMA selon l'art. 34 al. 2 et 3 LB susmentionné, la procédure de faillite bancaire est détaillée dans l'OIB-FINMA. Ainsi, le liquidateur de la faillite examine les créances produites ainsi que celles découlant de la loi. Il peut, dans ce cadre, mener ses propres enquêtes et prier les créanciers de lui remettre des moyens de preuve complémentaires (art. 26 OIB-FINMA). Il décide de l'acceptation d'une créance, de son montant et de son rang et établit l'état de collocation (art. 27 OIB-FINMA) ; il communique à chaque créancier dont la créance n'a pas été colloquée comme elle était produite ou comme elle était inscrite dans les livres de la banque ou au registre foncier les motifs pour lesquels sa production a été totalement ou partiellement écartée (art. 29 al. 4 OIB-FINMA). Les créanciers peuvent consulter l'état de collocation pendant 20 jours au minimum ; le liquidateur de la faillite publie la date à partir de laquelle l'état de collocation peut être consulté et sous quelle forme (art. 36 LB *cum* 29 OIB-FINMA). L'état de collocation peut être contesté au moyen d'une action en contestation selon le droit de la faillite ordinaire (art. 250 LP *cum* 30 OIB-FINMA).

5 Dépôts privilégiés

Les dépôts libellés au nom du déposant, y compris les obligations de caisse déposées auprès de la banque au nom du déposant, sont attribués, jusqu'à un montant maximal de 100 000 francs par créancier, à la deuxième classe au sens de l'art. 219 (art. 37a al. 1 LB). Ils sont dans ce sens privilégiés dans la faillite. Une créance n'est privilégiée qu'une fois, même si elle a plusieurs titulaires (art. 37a al. 3 LB). Sont considérés comme des déposants privilégiés le cocontractant ayant droit dans la relation de créance avec la banque ou le déposant d'une obligation de caisse, tels qu'ils figurent dans les livres de la banque au moment du prononcé de la faillite bancaire (art. 42c al. 1 de l'ordonnance sur les banques [OB ; RS 952.02]).

Les dépôts privilégiés sont remboursés à partir des actifs liquides disponibles auprès de l'établissement en faillite et en dehors de la collocation des créances et sans aucune compensation (art. 37b LB). La garantie des dépôts (actuellement par le biais de esisuisse) n'intervient qu'à titre subsidiaire pour des dépôts privilégiés lorsque les liquidités disponibles de l'établissement ne permettent pas un remboursement total et immédiat.

Le liquidateur de la faillite est tenu d'établir un plan de remboursement sur la base d'une liste des déposants privilégiés fournie par la banque et les invite à lui fournir les instructions nécessaires pour effectuer le remboursement (par exemple : information sur le compte bancaire de réception). Le remboursement est effectué après la réception des instructions de virement (art. 37j LB).

Contrairement aux dépôts (privilégiés ou non), les valeurs déposées (par ex. actions et parts de placements collectifs de capitaux) sont la propriété des clients et sont ainsi distraites de la masse en faillite (art. 37d LB).

6 Annonce d'avoirs et mise à disposition des biens du failli

Le liquidateur de la faillite procède à l'inventaire des biens faisant partie de la masse en faillite (art. 16 al. 1 OIB-FINMA). Notamment, les valeurs déposées qui doivent être distraites de la masse en vertu de l'art. 37d LB sont mentionnés dans l'inventaire à leur valeur au moment de l'ouverture de la faillite (art. 16 al. 3 OIB-FINMA).

Les débiteurs de la banque ainsi que les personnes (également les titulaires d'un secret professionnel comme les avocats, les banques, etc.) qui détiennent des biens de la banque à titre de gage ou à quelque titre que ce soit ont l'obligation de les annoncer au liquidateur de la faillite dans le délai de production fixé dans l'appel au créancier et de les mettre à sa disposition. Les dettes et obligations qui font l'objet d'une compensation doivent également être annoncées. Si l'annonce ou la mise à disposition est omise de façon injustifiée, alors tout droit préférentiel éventuel (découlant par exemple d'un droit de gage) s'éteint (art. 17 OIB-FINMA).

Ne sont pas couverts par l'obligation de mise à disposition les titres et autres instruments financiers servant de sûretés, dans la mesure où les conditions légales pour la réalisation par le bénéficiaire de ces sûretés sont réunies. Ceux-ci, ainsi que la preuve du droit à leur réalisation, doivent toutefois être annoncés au liquidateur de la faillite, qui doit les mentionner dans l'inventaire. Le bénéficiaire des sûretés doit s'entendre avec le liquidateur de la faillite sur le calcul du produit de la réalisation de ces biens. Un éventuel excédent est versé à la masse en faillite (art. 18 OIB-FINMA).

Sous réserve de l'art. 30a LB (ajournement de la résiliation de contrats), sont également exclus de la procédure de faillite bancaire les accords conclus préalablement (i) sur la compensation de créances, y compris la méthode convenue et la détermination de la valeur, (ii) sur la réalisation de gré à gré de garantie sous la forme de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers, garanties en espèces (sans argent liquide) comprises, dont la valeur peut être déterminée de façon objective, et (iii) sur le transfert de créances et d'engagements ainsi que de garanties sous la forme de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers, garanties en espèces (sans argent liquide) comprises, dont la valeur peut être déterminée de façon objective (art 27 LB).

Les infractions contre les obligations qui précèdent seront punies d'une amende conformément aux articles 48 de la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA ; RS 956.1) et 324 al. 2, 3 et 5 du code pénal suisse (CP ; RS 311.0) *cum* 34 al. 2 LB.

7 Distribution et clôture de la procédure

Lorsque tous les actifs sont réalisés et que tous les procès ayant trait à la fixation de l'actif et du passif de la masse sont achevés, le liquidateur de la faillite établit le tableau de distribution définitif et le compte final, puis les soumet à la FINMA pour approbation. Ceux-ci sont déposés pour consultation pendant dix jours et peuvent ainsi faire office d'un recours (*cf.* chap. 8 ci-dessous). Après l'approbation du tableau de distribution, le liquidateur doit procéder au paiement des créanciers. Suite à la distribution, la FINMA prend les décisions nécessaires pour clore la procédure. Elle publie la clôture (art. 37e LB).

8 Droits de contestation des créanciers

La procédure de faillite bancaire a pour but la protection des créanciers et déposants de l'institution en faillite et est ainsi une procédure qui se veut accélérée. Un pendant de ce principe est la restriction des possibilités de recours. Il n'est ainsi possible pour les créanciers et propriétaire d'un établissement bancaire de recourir, en procédure de faillite, que contre les opérations de réalisation et l'approbation du tableau de distribution et du compte final (art. 37^g^{ter} LB). Les actions en contestation de l'état de collocation sont régies par l'art. 250 LP (art. 30 OIB-FINMA).

Finalement, il n'y a pas d'effet suspensif lors d'un recours contre une décision d'ouverture de faillite bancaire (art. 37^g^{quinquies} let. d LB), de sorte que la décision est applicable immédiatement.