

Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur l'insolvabilité des banques et des négociants en valeurs mobilières

(Ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire, OIB-FINMA)

du ...

L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA),

vu les art. 28, al. 2, et 34, al. 3, de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)¹ et l'art. 36a de la loi du 24 mars 1995 sur les bourses (LBVM)²,

arrête:

Titre 1 Dispositions générales

Art. 1 Objet

La présente ordonnance règle la procédure d'assainissement et de faillite de banques (procédure d'insolvabilité bancaire) et complète les art. 28 à 37g LB.

Art. 2 Champ d'application

¹ Au sens de la présente ordonnance, on entend par «banque»:

- a. les banques au sens de la LB;*
- b. les négociants en valeurs mobilières au sens de la LBVM;*
- c. les centrales d'émission de lettres de gage au sens de la loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage³.*

² Les dispositions sur l'assainissement bancaire (art. 40 à 56) ne s'appliquent pas aux personnes physiques et morales qui exercent une activité sans l'autorisation requise. Elles valent exceptionnellement lorsqu'il en va de l'intérêt du marché financier.

Art. 3 Universalité

¹ En cas d'insolvabilité bancaire, tous les biens réalisables qui appartiennent à la banque au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, qu'ils se trouvent en Suisse ou à l'étranger, sont saisis.

RO

¹ RS 952.0

² RS 954.0

³ RS 211.423.4

² Tous les créanciers suisses et étrangers de la banque et de ses succursales étrangères sont, dans une même mesure et avec les mêmes privilèges, autorisés à participer à la procédure d'insolvabilité bancaire ouverte en Suisse.

³ Sont considérés comme les biens d'une succursale suisse d'une banque étrangère tous les actifs constitués en Suisse et à l'étranger par les personnes qui ont agi pour cette succursale.

Art. 4 Publications

¹ Les publications sont effectuées dans la Feuille officielle suisse du commerce *et sur le site Internet de la FINMA*.

² *La FINMA communique sans délai à l'office du registre du commerce tous les faits devant faire l'objet d'une inscription. La procédure selon l'art. 152 de l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce⁴ (ORC) ne s'applique pas.*

³ Les communications sont adressées aux créanciers dont le nom et l'adresse sont connus. Une communication directe peut être remplacée par une publication en raison d'une urgence ou pour simplifier la procédure.

⁴ La publication dans la Feuille officielle suisse du commerce fait foi pour le calcul des délais et les conséquences juridiques liées à la publication.

Art. 5 Consultation des pièces

¹ Quiconque rend vraisemblable qu'il est directement touché par l'insolvabilité bancaire dans ses intérêts pécuniaires peut consulter les pièces de l'insolvabilité; le secret professionnel au sens des art. 47 LB et 43 LBVM est préservé autant que possible.

² La consultation des pièces peut être limitée à certaines étapes de la procédure ou être restreinte ou refusée en raison d'intérêts contraires prépondérants.

³ Quiconque obtient des informations en consultant des pièces ne peut les utiliser que pour préserver ses propres intérêts pécuniaires.

⁴ Le délégué à l'assainissement ou le liquidateur de la faillite peut subordonner la consultation des pièces à une déclaration conforme à l'al. 3 et l'assortir de la menace des peines prévues aux art. 48 de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers⁵ et 292 du code pénal⁶.

⁵ Le délégué à l'assainissement ou le liquidateur de la faillite et, après la clôture de la procédure d'insolvabilité bancaire, la FINMA prennent les décisions relatives à la consultation des pièces.

⁴ RS 221.411

⁵ RS 956.1

⁶ RS 311.0

Art. 6 Dénouciation à la FINMA

¹ Les actes et les mesures du délégué à l'assainissement ou 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 loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)⁷.

² Quiconque est touché dans ses intérêts par un acte, une mesure ou l'omission d'un acte ou d'une mesure, peut dénoncer les faits à la FINMA.

³ Le dénonciateur n'a pas la qualité de partie au sens de la PA.

Art. 7 *For en cas d'insolvabilité*

¹ Le for en cas d'insolvabilité est au siège de la banque ou de la succursale suisse d'une banque étrangère.

² S'il existe plusieurs sièges de la banque ou plusieurs succursales suisses d'une banque étrangère, la FINMA désigne le for unique en cas d'insolvabilité.

³ Pour les personnes physiques, le for en cas d'insolvabilité est au lieu de l'exploitation commerciale au moment de l'ouverture de l'insolvabilité.

Art. 8 *Créances et engagements inscrits dans les livres*

Les créances et les engagements de la banque sont considérés comme valablement inscrits dans ses livres si:

- a. les livres de la banque sont tenus correctement, et*
- b. le liquidateur de la faillite peut effectivement en prendre connaissance dans les livres de la banque.*

Art. 9 *Coordination*

Dans la mesure du possible, la FINMA et le délégué à l'assainissement ou le liquidateur de la faillite coordonnent leurs actions avec les autorités et organes suisses et étrangers.

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

¹ Lorsque la FINMA reconnaît, conformément à l'art. 37g LB, une décision de faillite ou une mesure applicable en cas d'insolvabilité prononcées à l'étranger, les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent aux biens se trouvant en Suisse.

² La FINMA désigne le for unique en cas d'insolvabilité en Suisse et le cercle des créanciers privilégiés selon l'art. 37g, al. 4, LB.

³ La FINMA publie la reconnaissance des décisions et mesures mentionnées à l'alinéa 1 étranger et le cercle des créanciers privilégiés.

Titre 2 Faillite

Chapitre 1 Procédure

Art. 11 Publication et appel aux créanciers

¹ La FINMA notifie la décision de faillite aux personnes impliquées et publie l'ouverture de la faillite en même temps que l'appel aux créanciers.

² La publication contient notamment les informations suivantes:

- a. le nom de la banque, son siège et ses succursales;
- b. la date et l'heure de l'ouverture de la faillite;
- c. le for de la faillite;
- d. le nom et l'adresse du liquidateur de la faillite;
- e. la sommation aux créanciers et aux personnes qui ont des revendications à faire valoir de produire au liquidateur de la faillite, dans le délai indiqué, leurs créances ou revendications et de lui remettre leurs moyens de preuve;
- f. le rappel des créances qui sont réputées avoir été produites au sens de l'art. 25;
- g. le rappel de l'obligation d'annonce et de mise à disposition au sens des art. 16 à 18.

³ Le liquidateur de la faillite peut communiquer un exemplaire de la publication aux créanciers connus.

Art. 12 Liquidateur de la faillite

¹ La FINMA nomme un liquidateur de la faillite par voie de décision si elle n'assume pas elle-même les tâches correspondantes.

² Si la FINMA nomme un liquidateur de la faillite, elle doit veiller à ce que la personne choisie soit en mesure, tant sur le plan temporel que sur le plan technique, d'exercer le mandat de manière judicieuse, efficace et effective et à ce qu'aucun conflit d'intérêt ne s'oppose à l'attribution du mandat.

³ La FINMA précise les particularités du mandat, notamment les coûts, l'établissement de rapports et le contrôle du liquidateur de la faillite.

⁴ Le liquidateur de la faillite conduit la procédure avec célérité. Il doit en particulier:

- a. veiller à la conservation et à la réalisation des actifs;
- b. veiller à la gestion de l'entreprise dans la mesure nécessaire à la procédure de la faillite bancaire;
- c. représenter la masse en faillite devant les tribunaux; et
- d. s'occuper, en collaboration avec l'organisme de garantie, de l'inventaire et du paiement des dépôts garantis selon l'art. 37h LB.

⁵ Le liquidateur de la faillite agit de manière souveraine en accomplissant les tâches en vertu de la présente ordonnance.

Art. 13 Assemblée des créanciers

¹ La FINMA décide, sur proposition du liquidateur de la faillite, des compétences d'une éventuelle assemblée des créanciers, ainsi que du quorum des présences et des voix nécessaires à la prise de mesures.

² Tous les créanciers ont le droit de participer ou de se faire représenter à l'assemblée des créanciers. Le liquidateur décide en cas de doute sur l'admission d'une personne.

³ Le liquidateur de la faillite mène les débats et fait un rapport à l'assemblée des créanciers sur l'état de fortune de la banque ainsi que sur l'avancement de la procédure.

⁴ Les créanciers peuvent également prendre des mesures par voie de circulaire. Une proposition du liquidateur de la faillite est réputée acceptée par un créancier si celui-ci ne la rejette pas expressément dans le délai imparti.

Art. 14 Commission de surveillance

¹ La FINMA décide, sur proposition du liquidateur de la faillite, de la désignation et de la composition d'une commission de surveillance et en définit les tâches et les compétences.

² Si l'organisme de garantie des dépôts a payé dans une large mesure les dépôts privilégiés selon l'art. 37h LB, il doit nommer une personne pour le représenter au sein de la commission de surveillance.

³ La FINMA nomme le président ou la présidente, détermine la procédure à suivre pour la prise de mesures et décide de l'indemnisation des membres.

Chapitre 2 Actifs de la faillite**Art. 15** Prise d'inventaire

¹ Le liquidateur de la faillite procède à l'inventaire des biens faisant partie de la masse en faillite.

² La prise d'inventaire s'effectue, sous réserve des dispositions qui suivent, selon les art. 221 à 229 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)⁸.

³ Les valeurs déposées et distraites de la masse au sens de l'art. 37d LB sont mentionnées dans l'inventaire à leur contre-valeur au moment de l'ouverture de la faillite. L'inventaire indique les prétentions éventuelles de la banque contre le déposant qui font obstacle à une distraction.

⁴ Le liquidateur de la faillite soumet à la FINMA les mesures nécessaires à la conservation des actifs de la masse.

⁵ Il soumet l'inventaire au banquier ou à un organe de la banque choisi par les propriétaires. Il les invite à déclarer s'ils reconnaissent l'inventaire exact et complet. Leur déclaration doit être transcrite dans l'inventaire.

Art. 16 Obligation de mise à disposition et d'annonce

¹ Les débiteurs de la banque ainsi que toutes les personnes 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 conformément à l'art. 11, al. 2, let. e, et de les mettre à sa disposition.

² Les dettes doivent également être annoncées lorsqu'elles font l'objet d'une compensation.

³ Tout droit de préférence s'éteint si l'annonce ou la mise à disposition n'est, par dol, pas effectuée.

Art. 17 Exceptions à l'obligation de mise à disposition

¹ Les sûretés, sous forme de titres ou d'autres instruments financiers, ne doivent pas être remises, dans la mesure où les conditions légales pour leur réalisation par le ou la bénéficiaire des sûretés sont réunies.

² Ces biens, 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.

³ Le ou la bénéficiaire des sûretés doit s'entendre avec le liquidateur de la faillite sur le calcul du produit de leur réalisation. Un éventuel excédent est versé à la masse en faillite.

Art. 18 Exceptions à l'obligation d'annonce

La FINMA peut prévoir que les créances de la banque inscrites dans ses livres ne doivent pas être annoncées par leur débiteur.

Art. 19 Revendications de tiers

¹ Le liquidateur de la faillite détermine si les biens revendiqués par des tiers doivent leur être remis.

² S'il considère qu'une revendication est fondée, il offre aux créanciers la possibilité de demander la cession du droit de la contester au sens de l'art. 260, al. 1 et 2, LP⁹. Il leur fixe un délai raisonnable à cette fin.

³ S'il considère qu'une revendication est infondée ou si les créanciers ont demandé la cession du droit de la contester, il fixe au revendiquant un délai pendant lequel celui-ci doit saisir le juge du for de la faillite de sa revendication. Le revendiquant est réputé avoir renoncé à sa revendication s'il n'agit pas dans le délai imparti.

⁹ RS 281.1

⁴ L'action en revendication doit, le cas échéant, être dirigée contre les créanciers qui se sont fait céder le droit de la contester. Le liquidateur de la faillite informe la personne qui émet la revendication de l'identité des cessionnaires au moment de la fixation du délai pour agir.

Art. 20 Créances, prétentions et révocations

¹ Les créances exigibles de la masse sont encaissées par le liquidateur de la faillite, le cas échéant par la voie des poursuites.

² Le liquidateur de la faillite examine les prétentions de la masse sur les choses mobilières qui se trouvent en possession ou copossession d'une tierce personne, ou sur les immeubles qui sont inscrits au registre foncier au nom d'une tierce personne.

³ Il examine la possible révocation d'actes juridiques selon les art. 285 à 288 LP¹⁰. La durée d'un assainissement ou d'une mesure protectrice au sens de l'art. 26, al. 1, let. e à h, LB précédant l'ouverture de la faillite n'entre pas dans le calcul des délais mentionnés aux art. 286 à 288 LP.

⁴ Si le liquidateur de la faillite entend faire valoir en justice une créance contestée ou une prétention de la masse au sens des al. 2 ou 3, il demande à la FINMA son autorisation et les instructions nécessaires.

⁵ S'il ne fait pas valoir en justice de telles créances ou prétentions, il offre aux créanciers la possibilité d'en demander la cession selon l'art. 260, al. 1 et 2, LP. Il leur fixe un délai raisonnable à cette fin.

⁶ A la place d'une offre de cession aux créanciers, le liquidateur de la faillite peut réaliser, selon l'art. 30, les créances et autres prétentions de la masse qu'il n'entend pas faire valoir en justice.

⁷ Les prétentions en matière de révocation au sens de l'al. 3 ainsi qu'en matière de responsabilité au sens de l'art. 39 LB ne peuvent être réalisées selon l'al. 6.

Art. 21 Poursuite des procès

¹ Le liquidateur de la faillite examine les prétentions de la masse qui, au moment de l'ouverture de la faillite, faisaient déjà l'objet d'un procès (procès civil ou procédure administrative), et il fait une proposition à la FINMA quant à leur poursuite.

² Si la FINMA décide de ne pas poursuivre un tel procès, le liquidateur de la faillite offre aux créanciers la possibilité de demander la cession des droits selon l'art. 260, al. 1 et 2, LP¹¹. Il leur fixe un délai raisonnable à cette fin.

Art. 22 Suspension faute d'actifs

¹ Si les actifs ne suffisent pas à couvrir les frais de liquidation, le liquidateur de la faillite propose à la FINMA de suspendre la procédure faute d'actifs.

¹⁰ RS 281.1

¹¹ RS 281.1

² *Dans des cas exceptionnels, la FINMA poursuit la procédure, même en l'absence d'actifs suffisants, lorsque, notamment, sa réalisation revêt un intérêt particulier.*

³ Si la FINMA suspend la procédure, elle fait publier la décision de suspension. La publication mentionne que la procédure sera poursuivie si un créancier fournit, dans le délai fixé par la FINMA, les sûretés exigées pour les frais qui ne sont pas couverts par les actifs.

⁴ Si les sûretés exigées ne sont pas fournies dans le délai indiqué, chaque créancier gagiste peut demander à la FINMA, dans le délai qu'elle aura imparti, la réalisation de son gage. La FINMA mandate le liquidateur de la faillite pour la réalisation des gages.

⁵ La FINMA ordonne la réalisation des actifs d'une personne morale lorsqu'aucun créancier gagiste n'en a demandé la réalisation dans le délai imparti. 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 FINMA.

⁶ Si la faillite bancaire d'une personne physique a été suspendue faute d'actifs, l'art. 230, al. 3 et 4, LP¹² s'applique pour la réalisation des actifs.

Chapitre 3 Passifs de la faillite

Art. 23 Pluralité de créanciers

¹ Si des créances contre la banque appartiennent en main commune à plusieurs créanciers, leur communauté doit être traitée comme un créancier distinct des ayants droit.

² S'il y a solidarité entre plusieurs créanciers, une part égale de la créance doit être imputée à chacun d'eux, dans la mesure où la banque ne dispose pas d'un droit de compensation. Chaque part est considérée comme une créance de chacun des créanciers solidaires.

Art. 24 Dépôts privilégiés

¹ Les dépôts privilégiés au sens de l'art. 37a LB sont toutes les créances de clients découlant d'une activité de banque ou de négociant en valeurs mobilières qui sont, ou devraient être, comptabilisées dans les rubriques du bilan conformément à l'art. 25, al. 1, ch. 2.3 à 2.5, de l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques (OB)¹³.

² *Les créances non libellées au nom du déposant, notamment celles découlant de comptes à numéro, ou les créances libellées au porteur, à l'exception des obligations de caisse déposées auprès de la banque au nom du déposant, ne sont pas des dépôts au sens de l'art. 37a LB.* De même, les obligations de caisse qui ne sont pas déposées auprès de la banque ainsi que les demandes d'indemnisation contractuelles ou extracontractuelles, telles que notamment les prétentions découlant de la non-

¹² RS 281.1

¹³ RS 952.02

restitution des valeurs déposées selon l'art. 37d LB, ne sont pas des dépôts au sens de l'art. 37a LB.

³ Les créances des fondations bancaires au sens de l'art. 5, al. 2, de l'ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance¹⁴ et des fondations de libre passage au sens de l'art. 19, al. 2, de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage¹⁵ sont considérées comme celles de chacun des preneurs de prévoyance ou assurés. Le dividende est toutefois versé à la fondation bancaire ou de libre passage.

Art. 25 Créances pouvant être colloquées

¹ Les créances suivantes peuvent être colloquées:

- a. créances produites;
- b. créances inscrites au registre foncier, y compris l'intérêt courant; et
- c. créances inscrites dans les livres de la banque.

² Les créances inscrites dans les livres de la banque sont présumées avoir été reconnues au sens de l'art. 265 LP¹⁶.

³ Le liquidateur de la faillite consulte le banquier, *ou une personne nommée par les propriétaires en tant qu'organe de la banque*, sur les créances qui ne sont pas inscrites dans les livres de la banque.

Art. 26 Vérification des créances

Le liquidateur de la faillite examine les créances pouvant être colloquées. Il peut, dans ce cadre, mener ses propres enquêtes et prier les créanciers de lui remettre des moyens de preuve complémentaires.

Art. 27 Collocation

¹ Le liquidateur de la faillite décide de l'acceptation d'une créance, de son montant et de son rang et établit l'état de collocation.

² Si un immeuble fait partie de la masse, le liquidateur de la faillite établit un état des charges y afférent (gages immobiliers, servitudes, charges foncières, droits personnels annotés). L'état des charges fait partie intégrante de l'état de collocation.

Art. 28 Créances faisant l'objet d'un procès

¹ Les créances qui faisaient déjà l'objet d'un procès (procès civil ou procédure administrative) en Suisse au moment de l'ouverture de la faillite sont mentionnées pour mémoire dans l'état de collocation.

¹⁴ RS 831.461.3

¹⁵ RS 831.425

¹⁶ RS 281.1

² Si le liquidateur de la faillite renonce à poursuivre le procès, il offre aux créanciers la possibilité de demander la cession des droits selon l'art. 260, al. 1, LP¹⁷.

³ Si le procès n'est poursuivi ni par la masse, ni par des créanciers cessionnaires, la créance est considérée comme reconnue et les créanciers n'ont plus le droit d'attaquer son admission à l'état de collocation.

⁴ Si le procès est poursuivi par des créanciers cessionnaires, le montant à raison duquel la part du créancier qui succombe est réduite est dévolu auxdits créanciers cessionnaires jusqu'à concurrence de leur production et de leurs frais de procédure. Un éventuel excédent est versé à la masse en faillite.

Art. 29 Consultation de l'état de collocation

¹ Les créanciers peuvent consulter l'état de collocation dans le cadre de l'art. 5 pendant 20 jours au minimum.

² Le liquidateur de la faillite publie la date à partir de laquelle la consultation peut s'effectuer et la forme sous laquelle elle peut intervenir.

³ Il peut prévoir que la consultation se déroulera auprès de l'office des faillites au for de la faillite.

⁴ 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. 30 Action en contestation de l'état de collocation

¹ Les actions en contestation de l'état de collocation sont régies par l'art. 250 LP¹⁸.

² Le délai pour intenter l'action commence à courir à partir du moment où il devient possible de consulter l'état de collocation.

Chapitre 4 Réalisation

Art. 31 Mode de réalisation

¹ Le liquidateur de la faillite décide du mode et du moment de la réalisation et procède à cette dernière.

² Les biens sur lesquels il existe des droits de gage ne peuvent être réalisés autrement que par la voie des enchères publiques qu'avec l'accord des créanciers gagistes.

³ Les biens peuvent être réalisés sans délai lorsqu'ils:

- a. sont exposés à une dépréciation rapide;
- b. occasionnent des frais d'administration excessivement élevés;

¹⁷ RS 281.1

¹⁸ RS 281.1

- c. sont négociés sur un marché représentatif, ou
- d. n'ont pas de valeur significative.

Art. 32 Enchères publiques

¹ Les enchères publiques ont lieu selon les art. 257 à 259 LP¹⁹, sous réserve des dispositions suivantes.

² Le liquidateur de la faillite ou une personne compétente mandatée par lui organise les enchères. Il ou elle peut fixer dans les conditions des enchères un prix d'adjudication minimum pour les premières enchères.

³ Il ou elle indique dans la publication qu'il est possible de consulter les conditions des enchères. Il ou elle peut prévoir que la consultation aura lieu auprès de l'office des faillites ou des poursuites du lieu où se trouve l'objet.

Art. 33 Cession des droits

¹ Le liquidateur de la faillite définit dans l'attestation de cession des droits de la masse en faillite au sens de l'art. 260 LP²⁰ le délai pendant lequel le créancier cessionnaire doit ouvrir l'action pour faire valoir la prétention. S'il n'en fait pas usage pendant ce délai, la cession est alors caduque.

² Les créanciers cessionnaires informent sans retard le liquidateur de la faillite et, après clôture de la faillite bancaire, la FINMA du résultat de l'action engagée.

³ Si aucun créancier ne demande la cession des droits ou si aucun créancier n'en fait usage pendant le délai fixé pour ouvrir une action, le liquidateur de la faillite et, après la clôture de la faillite, la FINMA décident d'une éventuelle réalisation de ces droits.

Art. 34 Recours contre les réalisations

¹ Le liquidateur de la faillite établit périodiquement un plan des réalisations qui renseigne sur les actifs devant encore être réalisés et sur la manière d'y procéder.

² Les réalisations qui peuvent être effectuées sans délai au sens de l'art. 31 ne doivent pas être mentionnées dans le plan des réalisations.

³ Le liquidateur de la faillite communique le plan des réalisations aux créanciers en leur impartissant un délai pendant lequel ils peuvent demander à la FINMA de rendre une décision sujette à recours sur chaque réalisation prévue.

¹⁹ RS 281.1

²⁰ RS 281.1

Chapitre 5 Distribution

Art. 35 Dettes de la masse

Sont couverts en premier lieu par la masse en faillite et dans l'ordre suivant:

- a. les engagements au sens de l'art. 37 LB;
- b. les engagements contractés par la masse en faillite pendant la durée de la procédure;
- c. l'ensemble des frais pour l'ouverture et la liquidation de la faillite bancaire;
- d. les engagements à l'encontre de tiers dépositaires au sens de l'art. 37d LB.

Art. 36 Distribution

¹ Le liquidateur de la faillite peut prévoir des répartitions provisoires. Il dresse à cet effet un tableau provisoire de distribution et le soumet à l'approbation de la FINMA.

² Lorsque tous les actifs ont été réalisés et que tous les procès ayant trait à la fixation de l'actif et du passif de la masse sont terminés, le liquidateur de la faillite établit le tableau définitif de liquidation ainsi que le compte final et les soumet à l'approbation de la FINMA. Il n'est pas nécessaire d'attendre l'issue des procès intentés individuellement par des créanciers cessionnaires au sens de l'art. 260 LP²¹.

³ Après l'approbation du tableau de distribution, le liquidateur de la faillite procède au paiement des créanciers.

⁴ Aucun paiement n'est effectué pour des prétentions:

- a. dont le montant ne peut pas encore être fixé définitivement;
- b. dont les ayants droit ne sont pas encore connus de manière définitive;
- c. qui sont partiellement couvertes par des gages à l'étranger non encore réalisés; ou
- d. pour lesquelles les ayants droit vont probablement être partiellement désintéressés dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée étrangère en relation avec la faillite de la banque.

Art. 37 Acte de défaut de biens

¹ Les créanciers peuvent requérir auprès du liquidateur de la faillite et, après clôture de la faillite bancaire, auprès de la FINMA, contre paiement d'une contribution forfaitaire, un acte de défaut de biens pour le montant impayé de leur prétention, conformément à l'art. 265 LP²².

² Le liquidateur de la faillite rend les créanciers attentifs à cette possibilité lors du paiement de leur part.

²¹ RS 281.1

²² RS 281.1

Art. 38 Consignation et avoirs sans nouvelles

¹ Sous réserve des prescriptions relatives aux avoirs sans nouvelles, la FINMA adopte les dispositions nécessaires sur la consignation des dividendes non encore versés ainsi que des valeurs déposées distraites de la masse et non encore restituées.

² Les biens consignés qui deviennent disponibles ou qui n'ont pas été retirés dans les dix ans seront réalisés et distribués selon l'art. 39.

Art. 39 Biens découverts ultérieurement

¹ Si des biens ou d'autres prétentions qui n'ont pas été inclus dans la masse en faillite sont découverts dans les dix ans suivant la clôture de la faillite bancaire, la FINMA désigne un liquidateur de la faillite, qui reprend la procédure de faillite bancaire sans autre formalité.

² La distribution s'effectue en faveur des créanciers qui ont subi une perte et dont les données nécessaires pour le paiement sont connues du liquidateur de la faillite. Ce dernier peut inviter les créanciers à lui faire connaître leurs données actuelles en leur indiquant qu'à défaut ils seront déchus de leurs droits. Il leur fixe un délai raisonnable à cet effet.

³ *La FINMA peut renoncer à reprendre la procédure de faillite bancaire s'il est manifeste que les coûts occasionnés par cette reprise ne seront pas couverts ou ne seront que légèrement dépassés par le produit escompté de la réalisation des biens découverts ultérieurement. Elle transmet les moyens correspondants à la Confédération.*

Titre 3 Assainissement**Chapitre 1** Procédure**Art. 40** Conditions

¹ *La perspective d'un assainissement de la banque ou du maintien de certains services bancaires se justifie s'il existe, au moment de l'évaluation, suffisamment d'indices fiables quant à l'approbation d'un plan d'assainissement.*

² *Il n'existe aucun droit à un assainissement.*

Art. 41 Ouverture de la procédure

¹ *La FINMA ouvre la procédure d'assainissement par voie de décision.*

² *Elle peut approuver le plan déjà lors de l'ouverture de la procédure d'assainissement.*

³ *Elle publie immédiatement l'ouverture de la procédure.*

⁴ *Elle peut reporter la publication pendant dix jours ouvrables au maximum, si cela facilite l'élaboration d'un plan d'assainissement et va dans l'intérêt des participants.*

⁵ La FINMA précise dans la décision d'ouverture si des mesures protectrices existantes en vertu de l'art. 26 LB doivent être poursuivies ou modifiées ou si de nouvelles doivent être ordonnées.

Art. 42 Délégué à l'assainissement

¹ Par voie de décision, la FINMA nomme un délégué à l'assainissement si elle n'assume pas elle-même les tâches correspondantes.

² Si la FINMA nomme un délégué à l'assainissement, elle doit veiller à ce que la personne choisie soit en mesure, tant sur le plan temporel que sur le plan technique, d'exercer le mandat de manière judicieuse, efficace et effective et à ce qu'aucun conflit d'intérêt ne s'oppose à l'attribution du mandat.

³ Elle définit le droit du délégué à l'assainissement de mener des enquêtes et détermine si ce dernier peut agir en lieu et place des organes de la banque.

⁴ La FINMA précise les particularités du mandat, notamment les coûts, l'établissement de rapports et le contrôle du délégué à l'assainissement.

⁵ Le délégué à l'assainissement agit de manière souveraine en accomplissant ses tâches en vertu de la présente ordonnance.

Art. 43 Plan d'assainissement

Le plan d'assainissement doit comprendre les éléments suivants:

- a. un inventaire des actifs et des passifs de la banque;
- b. une évaluation prudente des postes du bilan;
- c. une présentation de la future organisation et direction de la banque et, si cette dernière fait partie d'un groupe bancaire ou d'un conglomérat de banques, une présentation de la future organisation du groupe ou du conglomérat;
- d. un exposé des principaux éléments de l'assainissement, de la future structure du capital et du futur modèle commercial de la banque après l'assainissement;
- e. une présentation de la position des créanciers de la banque, qui précise
 1. pourquoi un assainissement est préférable à une faillite de la banque pour les créanciers de cette dernière;
 2. dans quelle mesure l'ordre légal de collocation des créanciers de la banque a été respecté;
 3. dans quelle mesure les intérêts des créanciers de la banque priment sur ceux des propriétaires;
 4. si et dans quelle mesure le plan d'assainissement porte atteinte aux droits des créanciers de la banque;
- f. l'exclusion éventuelle du droit de révocation et des prétentions de la banque en matière de responsabilité selon l'art. 32 LB;

- g. *une présentation des organes existants de la banque qui demeurent responsables de la conduite de cette dernière et l'énoncé des motifs pour lesquels cela va dans l'intérêt de la banque, des créanciers et des actionnaires;*
- h. *une présentation de l'ensemble des prestations destinées aux organes de la banque sortants ; et*
- i. *un exposé des éléments des chapitres 3 et 4 du présent titre qui s'appliquent en cas de concrétisation de l'assainissement.*

Chapitre 2 Homologation du plan d'assainissement

Art. 44 Homologation

¹ La FINMA approuve le plan d'assainissement par voie de décision si les conditions définies à l'art. 31, al. 1, LB sont réalisées.

² La FINMA publie l'homologation et les grandes lignes du plan d'assainissement et indique comment les créanciers concernés et les propriétaires peuvent consulter ce dernier.

Art. 45 Refus des créanciers

¹ Si le plan d'assainissement porte atteinte aux droits des créanciers, la FINMA fixe à ces derniers un délai minimum de dix jours ouvrables, durant lequel ils peuvent refuser le plan d'assainissement.

² Les créanciers qui entendent refuser ce plan doivent le faire par écrit au moment de l'ouverture de la procédure d'assainissement, en indiquant leur nom et adresse, le montant de la créance et le motif de celle-ci. La déclaration de refus sera adressée au délégué à l'assainissement.

Chapitre 3 Mesures de capitalisation

Section 1 Réduction et acquisition de fonds propres

Art. 46 Egalité de traitement

Les propriétaires doivent être traités de manière similaire lors de la réduction et acquisition de fonds propres. La FINMA peut déroger au principe de l'égalité de traitement entre les différentes catégories de propriétaires existantes, mais ne peut pas y déroger au sein d'une même catégorie.

Art. 47 Applicabilité du droit des obligations

Les prescriptions du droit des obligations s'appliquent par analogie lors d'une mesure de capitalisation en vertu de la présente section, mais le droit de souscrip-

tion préférentiel peut être retiré aux propriétaires existants si des indices révèlent que l'assainissement serait menacé dans le cas contraire.

Section 2 Conversion

Art. 48 Conversion des fonds de tiers en fonds propres

¹ *La conversion des fonds de tiers en fonds propres prévue dans le plan d'assainissement implique que le capital convertible obtenu par la banque sur une base contractuelle (emprunts conditionnels à conversion obligatoire) ait été converti en fonds propres et que le capital-actions ait été entièrement réduit.*

² *Il faut convertir en fonds propres autant de fonds de tiers que nécessaire pour que la banque puisse remplir ses obligations en matière de fonds propres une fois l'assainissement réussi.*

Art. 49 Convertibilité des créances

¹ *Tous les fonds de tiers peuvent, en principe, être convertis en fonds propres.*

² *Les créances suivantes ne sont pas convertibles en fonds propres:*

- a. *les créances garanties à hauteur de leur sûreté;*
- b. *les créances privilégiées de première et de deuxième classe selon l'art. 219, al. 4, LP²³ et l'art. 37a, al. 1 à 5, LB;*
- c. *les créances faisant l'objet d'accords de compensation (art. 27, al. 3, LB); et*
- d. *les créances dont la durée résiduelle est inférieure à 30 jours.*

³ *Dans des cas justifiés, la FINMA peut également exclure d'autres créances.*

⁴ *La conversion de fonds de tiers en fonds propres concernera en premier lieu toutes les créances subordonnées.*

Section 3 Autres mesures de capitalisation

Art. 50

En parallèle ou en lieu et place d'une réduction des fonds propres existants, d'une acquisition de nouveaux fonds propres ou de la conversion de fonds de tiers en fonds propres, la FINMA peut ordonner d'autres mesures, notamment une renonciation partielle ou totale aux créances, un report des échéances ou une suspension des paiements d'intérêts.

²³ RS 281.1

Chapitre 4 *Maintien de certains services bancaires*

Art. 51 *Maintien de services bancaires*

¹ Si le plan d'assainissement prévoit le maintien d'un ou de plusieurs services bancaires et le transfert partiel des biens de la banque à un autre sujet de droit, y compris une banque relais, il doit alors:

- a. désigner le ou les sujets de droit auquel/auxquels ces services bancaires et ces biens seront transférés;
- b. décrire les biens devant être partiellement transférés, à savoir les actifs, les passifs et les rapports contractuels, ainsi que leurs contre-prestations;
- c. décrire les services bancaires à maintenir et à transférer;
- d. présenter les mesures de capitalisation prises et, en cas de transfert des services bancaires à une banque relais, exposer la répartition des fonds ainsi obtenus entre la banque et la banque relais;
- e. comporter un engagement de la banque à prendre les mesures et dispositions nécessaires afin que tous les biens et objets devant être transférés, notamment ceux sis à l'étranger ou soumis au droit étranger, puissent être remis à l'autre sujet de droit;
- f. préciser s'il faut procéder à une compensation, la manière de la calculer et si une somme compensatoire maximale doit être fixée;
- g. indiquer si et comment les systèmes et applications seront utilisés conjointement par la banque et par l'autre sujet de droit et, en cas de maintien des services bancaires par l'intermédiaire d'une banque relais, comment cette dernière assurera l'accès et l'utilisation des infrastructures relatives aux opérations de paiement et des infrastructures du marché financier;
- h. décrire la manière d'assurer la conservation des relations juridiques et économiques des actifs, des passifs et des rapports contractuels, sachant que seuls peuvent être transférés:
 1. l'ensemble des créances et engagements compensables de la banque envers une partie adverse, notamment ceux qui sont soumis à un accord de compensation;
 2. les créances et engagements garantis, en relation avec leurs sûretés;
 3. les financements structurés ou accords comparables sur le marché des capitaux auxquels la banque est partie, y compris tous les droits et obligations en découlant.

² Dès que le plan d'assainissement homologué est exécutable, tous les biens ou rapports contractuels à transférer, y compris les droits et obligations en découlant, sont remis au nouveau sujet de droit.

³ L'approbation du plan d'assainissement se substitue aux inscriptions nécessaires dans le registre du commerce ou le registre foncier en cas de transfert. Ces inscriptions doivent être effectuées ultérieurement, mais sont purement déclaratives.

Art. 52 *Banque relais*

¹ La banque relais sert au maintien provisoire des services bancaires qui lui sont transférés.

² La FINMA accorde à la banque relais une autorisation limitée à deux ans. Elle peut prolonger cette autorisation et déroger aux conditions d'autorisation usuelles lors de son octroi.

Titre 4 *Protection des systèmes et des infrastructures du marché financier***Art. 53** *Ordres des participants à un système de paiement ou de règlement des opérations sur titres*

Les ordres des participants à un système de paiement ou de règlement des opérations sur titres en vertu de l'art. 27, al. 2, LB sont notamment:

- a. les instructions concernant directement l'exécution de paiements ou d'opérations sur titres, et
- b. les autres virements et paiements des participants à un tel système en vue de mettre à disposition les moyens financiers requis selon les règles de ce dernier.

Art. 54 *Validité des ordres dans des systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres*

¹ La validité juridique d'un ordre donné par un participant à un système de paiement ou de règlement des opérations sur titres dans le cadre de l'art. 27, al. 2, LB peut être restreinte par:

- a. l'ouverture d'une faillite bancaire en vertu des art. 33 à 37g LB, et
- b. les mesures protectrices selon l'art. 26, al. 1, let. f à h, LB.

² Dans sa décision, la FINMA ordonne une interdiction ou une limitation des ordres selon l'art. 26, al. 1, let. f à h, LB ou l'exécution de ceux-ci selon l'art. 27, al. 2, LB et indique explicitement le moment à partir duquel l'interdiction ou la limitation s'applique.

Art. 55 *Accords de compensation et réalisation de sûretés*

¹ Les accords de compensation selon l'art. 27, al. 3, LB englobent notamment:

- a. les dispositions relatives à la compensation dans les contrats-cadres;
- b. les dispositions sur la facturation et la compensation et les accords sur la défaillance des systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres en vertu de l'art. 27, al. 1, LB.

² La réalisation de gré à gré de sûretés par l'intermédiaire d'un système de paiement ou de règlement des opérations sur titres est garantie d'après les règles du système.

Titre 5 *Ajournement des droits de résiliation des contrats*

Art. 56

Lorsque le transfert de services bancaires à un autre sujet de droit est ordonné, la FINMA peut décider, en relation avec les droits de résiliation des contrats, que:

- a. les parties adverses des contrats transférés par la banque à un autre sujet de droit ne peuvent pas exercer leurs droits de résiliation pendant une période donnée;*
- b. cet ajournement des droits de résiliation n'est possible que pour les contrats qui lient ces droits de résiliation à des mesures ordonnées en cas d'insolvabilité;*
- c. cet ajournement peut être ordonné pour 48 heures au plus. La FINMA en fixe explicitement le début et la fin;*
- d. le nouveau cocontractant reprend entièrement et sans restriction les obligations découlant des contrats transférés.*

Titre 6 Clôture de la procédure

Art. 57 Rapport final

¹ Le liquidateur de la faillite ou le délégué à l'assainissement adresse un rapport final à la FINMA résumant le déroulement de l'insolvabilité bancaire.

² Le rapport final du liquidateur de la faillite contient en outre:

- a. un exposé sur l'issue des procès ayant trait à la fixation de l'actif et du passif de la masse;
- b. des données sur l'état des droits cédés aux créanciers selon l'art. 260 LP²⁴; et
- c. une liste des dividendes non encore versés ainsi que des valeurs déposées distraites de la masse et non encore restituées, avec l'indication des motifs pour lesquels le versement ou la restitution n'ont pu être exécutés jusqu'ici.

³ La FINMA publie la clôture de l'insolvabilité bancaire.

Art. 58 Conservation des pièces

¹ Après la clôture ou la suspension de l'insolvabilité bancaire, la FINMA règle la conservation des pièces de l'insolvabilité et de la banque.

² Les pièces de l'insolvabilité et de la banque subsistantes doivent être détruites sur ordre de la FINMA après expiration d'un délai de dix ans suivant la clôture ou la suspension de l'insolvabilité bancaire.

³ Les dispositions légales spécifiques contraires en matière de conservation de certaines pièces sont réservées.

Titre 7 **Dispositions finales**

Art. 59 *Abrogation et modification du droit en vigueur*

¹ *L'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 30 juin 2005 sur la faillite de banques et de négociants en valeurs mobilières²⁵ (OFB-FINMA) est abrogée.*

² *L'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 21 octobre 1996 sur les banques étrangères en Suisse²⁶ (OBE-FINMA) est modifiée comme suit:*

Art. 3, al. 3

³ *Les dispositions sur la procédure d'assainissement et de faillite des art. 28 à 32 et 33 à 37g LB ne s'appliquent pas aux représentations des banques étrangères.*

Art. 60 *Entrée en vigueur*

La présente ordonnance entre en vigueur le ... 2012.

... 2012

Au nom de l'Autorité fédérale de surveillance
des marchés financiers

La présidente, Anne Héritier Lachat

²⁵ [RO 2005 3539, 2008 5613, 2009 1769]

²⁶ RS 952.111

