

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 30 août 2012

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,
vu l'art. 36a de la loi du 24 mars 1995 sur les bourses (LBVM)²,
vu l'art. 42 de la loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage (LLG)³,
arrête:

Chapitre 1 Dispositions générales

Art. 1 Objet

La présente ordonnance concrétise la procédure d'assainissement ou de faillite selon les art. 28 à 37g LB.

Art. 2 Champ d'application

¹ La présente ordonnance s'applique aux institutions et personnes suivantes, désignées ci-après par le terme «banques»:

- 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 LLG.

² Les dispositions sur l'assainissement bancaire (art. 40 à 57) ne s'appliquent pas aux personnes physiques ou morales qui exercent une activité sans l'autorisation requise. La FINMA peut cependant les déclarer applicables en présence d'un motif d'intérêt public suffisant.

Art. 3 Universalité

¹ Lorsqu'une procédure de faillite ou d'assainissement est ouverte, elle s'étend à tous les biens réalisables appartenant à la banque à ce moment-là, qu'ils se trouvent en Suisse ou à l'étranger.

RS 952.05

¹ RS 952.0

² RS 954.1

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 de faillite ou d'assainissement ouverte en Suisse.

³ Sont considérés comme étant 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 et communications

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

² Les communications sont adressées directement aux créanciers dont le nom et l'adresse 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 si cela contribue à simplifier la procédure. Elle peut renoncer à la communication directe en cas d'urgence ou pour simplifier la procédure.

³ 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 dans ses propres intérêts pécuniaires par l'assainissement ou la faillite peut consulter les pièces concernant cet assainissement ou cette faillite; le secret professionnel au sens des art. 47 LB et 43 LBVM doit être 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 consulte des pièces ne peut utiliser les informations obtenues que pour préserver ses propres intérêts pécuniaires directs.

⁴ La consultation des pièces peut être subordonnée à une déclaration dont il ressort que les informations consultées sont utilisées uniquement en vue de préserver les propres intérêts pécuniaires directs du signataire. Elle peut être assortie de la menace des peines prévues aux art. 48 de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers⁴ et 292 du code pénal suisse⁵.

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

⁴ RS 956.1

⁵ RS 311.0

Art. 6 Dénunciation à la FINMA

¹ Quiconque est touché dans ses intérêts par la décision, l'acte ou l'omission d'une personne à qui la FINMA a confié des tâches en vertu de la présente ordonnance peut dénoncer les faits à la FINMA.

² Les décisions prises par ces personnes ne sont pas des décisions au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative⁶ et le dénonciateur n'a pas la qualité de partie au sens de ladite loi.

³ La FINMA apprécie les faits qui font l'objet de la dénonciation, prend les mesures qui s'imposent et rend une décision si nécessaire.

Art. 7 For en cas d'insolvabilité

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

² Si une banque a plusieurs sièges ou si une banque étrangère a plusieurs succursales en Suisse, il n'existe qu'un seul for en cas d'insolvabilité. La FINMA désigne ce for.

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

Art. 8 Créances et engagements inscrits dans les livres

Une créance ou un engagement de la banque sont considérés comme valablement inscrits si les livres de la banque sont tenus conformément aux prescriptions applicables, et si le liquidateur de la faillite peut effectivement prendre connaissance de l'existence et du montant de la créance ou de l'engagement.

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 qui ont été prononcées à l'étranger, les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent au patrimoine se trouvant en Suisse.

² Même en l'absence de réciprocité, la FINMA peut accepter une demande de reconnaissance dans la mesure où cela sert les intérêts des créanciers concernés.

³ Elle désigne le for unique en cas d'insolvabilité en Suisse et le cercle des créanciers visés à l'art. 37g, al. 4, LB.

⁴ Elle publie la reconnaissance et le cercle des créanciers.

Chapitre 2 Faillite

Section 1 Procédure

Art. 11 Publication et appel aux créanciers

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

² La publication doit contenir 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 faite aux créanciers et aux personnes qui ont des revendications à faire valoir sur des biens détenus par la banque de produire en mains du liquidateur de la faillite, dans le délai imparti, 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. 26;
- g. le rappel de l'obligation d'annonce et de mise à disposition au sens des art. 17 à 19.

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

Art. 12 Recours à un 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 elle nomme un liquidateur de la faillite, elle veille 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 rigoureuse, efficace et effective et à ce qu'aucun conflit d'intérêt ne s'oppose à l'attribution du mandat.

³ Elle fixe le contenu du mandat, notamment en ce qui concerne les coûts, l'établissement de rapports et le contrôle du liquidateur de la faillite.

Art. 13 Tâches et compétences du liquidateur de la faillite

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

- a. établir les conditions techniques et administratives requises pour le bon déroulement de la procédure;
- b. veiller à la conservation et à la réalisation des actifs;
- c. veiller à la gestion de l'entreprise dans la mesure nécessaire à la procédure de faillite;
- d. représenter la masse en faillite devant les tribunaux et d'autres autorités;
- e. s'occuper, en collaboration avec l'organisme de garantie, de l'inventaire et du paiement des dépôts garantis selon l'art. 37h LB.

Art. 14 Assemblée des créanciers

¹ Si le liquidateur de la faillite estime qu'il est opportun de convoquer une assemblée des créanciers, il en fait la proposition à la FINMA. Cette dernière décide des compétences de l'assemblée des créanciers ainsi que du quorum des présences et des voix nécessaires à la prise des décisions.

² Tous les créanciers ont le droit de participer à l'assemblée des créanciers ou de s'y faire représenter. En cas de doute, le liquidateur décide de l'admission d'une personne.

³ Le liquidateur de la faillite mène les débats et établit un rapport sur l'état du patrimoine de la banque ainsi que sur l'avancement de la procédure.

⁴ Les créanciers peuvent également prendre des décisions 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. 15 Commission de surveillance

¹ Sur proposition du liquidateur de la faillite, la FINMA décide 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 visés à 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, détermine la procédure de prise des décisions et fixe l'indemnisation des membres.

Section 2 Actifs de la faillite

Art. 16 Prise d'inventaire

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

² A moins que la présente ordonnance n'en dispose autrement, la prise d'inventaire s'effectue conformément aux art. 221 à 229 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)⁷.

³ Les valeurs déposées qui doivent être distraites de la masse en vertu de l'art. 37d LB sont mentionnées dans l'inventaire à leur 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 considèrent l'inventaire exact et complet. Leur déclaration doit être consignée dans l'inventaire.

Art. 17 Obligation de mise à disposition et d'annonce

¹ Les débiteurs de la banque ainsi que 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 visé 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 est omise de façon injustifiée.

Art. 18 Exceptions à l'obligation de mise à disposition

¹ Les titres et les autres instruments financiers servant de sûretés ne doivent pas être remis dans la mesure où les conditions légales pour leur réalisation par le 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 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.

⁷ RS 281.1

Art. 19 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. 20 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, LP⁸ et 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 peut saisir de sa revendication le juge du for de la faillite. Le revendiquant est réputé avoir renoncé à sa revendication s'il n'agit pas dans le délai imparti.

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

Art. 21 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 de la poursuite.

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 si les actes juridiques peuvent être révoqués selon les art. 285 à 292 LP⁹. 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 n'engage aucune action, il peut offrir aux créanciers la possibilité d'en demander la cession selon l'art. 260, al. 1 et 2, LP ou de réaliser les créances concernées et les autres prétentions conformément à l'art. 31.

⁶ S'il offre aux créanciers la possibilité de demander la cession, il leur fixe un délai raisonnable à cette fin.

⁸ RS 281.1

⁹ RS 281.1

⁷ La réalisation selon l'art. 31 est exclue pour les prétentions en matière de révocation au sens de l'al. 3 ainsi que pour celles en matière de responsabilité au sens de l'art. 39 LB.

Art. 22 Poursuite des procès civils et des procédures administratives

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 civil ou d'une 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 ou une telle procédure, le liquidateur de la faillite offre aux créanciers la possibilité de demander la cession des droits selon l'art. 260, al. 1 et 2, LP¹⁰ et leur fixe un délai raisonnable à cette fin.

Art. 23 Suspension faute d'actifs

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

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

³ Si la FINMA a l'intention de suspendre la procédure, elle le fait savoir en le publiant. Elle mentionne que la procédure sera poursuivie si un créancier fournit, dans un certain délai, les sûretés exigées pour les frais de procédure qui ne sont pas couverts par les actifs. La FINMA fixe le délai et détermine le type de sûretés et leur montant.

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 un 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. Si un produit subsiste après paiement des coûts de réalisation et des charges grevant l'actif réalisé, il est versé à la Confédération après couverture des frais de la FINMA.

⁶ Si la procédure de faillite dirigée contre une personne physique a été suspendue faute d'actifs, l'art. 230, al. 3 et 4, LP¹¹ s'applique à la procédure de poursuite.

Section 3 Passifs de la faillite

Art. 24 Pluralité de créanciers

¹ Si des créances contre la banque sont la propriété commune de plusieurs créanciers, leur communauté doit être traitée comme un créancier distinct des ayants droit.

¹⁰ RS 281.1

¹¹ RS 281.1

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. 25 Dépôts privilégiés

¹ Les dépôts privilégiés au sens de l'art. 37a LB sont:

- a. 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 banques¹²;
- b. les obligations de caisse déposées auprès de la banque au nom du déposant.

² Ne constituent pas des dépôts privilégiés au sens de l'art. 37a LB:

- a. les créances établies au nom du détenteur;
- b. les obligations de caisse qui ne sont pas déposées auprès de la banque;
- c. les demandes d'indemnisation contractuelles ou extracontractuelles, telles que les prétentions découlant de la non-restitution des valeurs déposées selon l'art. 37d 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 prévoyance¹³ et des fondations de libre passage au sens de l'art. 19, al. 2, de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage¹⁴ 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. 26 Vérification des créances

¹ 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.

² Sont considérées comme découlant de la loi:

- a. les créances inscrites au registre foncier, y compris l'intérêt courant; et
- b. les créances inscrites dans les livres de la banque selon l'art. 8.

³ Le liquidateur de la faillite consulte le banquier, ou un organe de la banque choisi par les propriétaires, à propos des créances qui ne sont pas inscrites dans les livres de la banque.

¹² RS 952.02

¹³ RS 831.461.3

¹⁴ RS 831.425

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 afférentes, comme les gages immobiliers, les servitudes, les charges foncières et les droits personnels annotés. L'état des charges fait partie intégrante de l'état de collocation.

³ Le liquidateur de la faillite peut établir, moyennant l'autorisation de la FINMA, un état de collocation distinct pour les créances garanties par gage inscrit au registre s'il s'agit de la seule manière possible de limiter les risques systémiques.

Art. 28 Créances faisant l'objet d'un procès civil ou d'une procédure administrative

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

² Si le liquidateur de la faillite renonce à poursuivre le procès civil ou la procédure administrative, il offre aux créanciers la possibilité de demander la cession des droits selon l'art. 260, al. 1, LP¹⁵.

³ Si ni la masse ni des créanciers cessionnaires ne poursuivent le procès civil ou la procédure administrative, la créance est considérée comme reconnue, et les créanciers n'ont plus le droit d'intenter une action en contestation de l'état de collocation.

⁴ Si des créanciers cessionnaires poursuivent le procès civil ou la procédure administrative, 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 l'état de collocation peut être consulté et sous quelle forme.

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.

¹⁵ RS 281.1

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 LP¹⁶.

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

Section 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 peuvent être réalisés autrement que par la voie des enchères publiques uniquement avec l'accord des créanciers gagistes.

³ Les biens peuvent être réalisés sans délai:

- a. s'ils sont exposés à une dépréciation rapide;
- b. s'ils occasionnent des frais d'administration excessivement élevés;
- c. s'ils sont négociés sur un marché représentatif; ou
- d. s'ils n'ont pas de valeur significative.

Art. 32 Enchères publiques

¹ Les enchères publiques se déroulent conformément aux art. 257 à 259 LP¹⁷, à moins que la présente ordonnance n'en dispose autrement.

² Le liquidateur de la faillite organise les enchères. Il peut fixer dans les conditions des enchères un prix d'adjudication minimum pour les premières enchères.

³ Il indique dans la publication qu'il est possible de consulter les conditions des enchères. Il 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 LP¹⁸ 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 la clôture de la procédure de faillite, la FINMA du résultat de l'action engagée.

¹⁶ RS 281.1

¹⁷ RS 281.1

¹⁸ RS 281.1

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 procédure de 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 de procéder.

² Les réalisations qui peuvent être effectuées sans délai au sens de l'art. 31, al. 3, ne doivent pas être mentionnées dans le plan des réalisations.

³ Une cession des droits au sens de l'art. 33 n'est pas considérée comme une réalisation.

⁴ 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 pour chaque réalisation prévue.

Section 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 et de l'art. 43 de la présente ordonnance;
- 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 procédure de faillite;
- d. les engagements à l'encontre de tiers dépositaires selon l'art. 17, al. 3, de la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés¹⁹.

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 LP²⁰.

¹⁹ RS 957.1

²⁰ RS 281.1

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 être fixé définitivement;
- b. dont les ayants droit ne sont pas connus de manière définitive;
- c. qui sont partiellement couvertes par des gages à l'étranger non réalisés ou qui sont couvertes selon l'art. 18; 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.

⁵ Si l'on établit un état de collocation distinct au sens de l'art. 27 al. 3, le liquidateur de la faillite peut, avec l'accord de la FINMA, procéder à la distribution dès qu'il entre en force, indépendamment de l'entrée en force de l'état de collocation se rapportant aux créances restantes.

Art. 37 Acte de défaut de biens

¹ Les créanciers peuvent requérir auprès du liquidateur de la faillite et, après clôture de la procédure de faillite, 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 LP²¹.

² Le liquidateur de la faillite signale cette possibilité aux créanciers lors du paiement de leur part.

Art. 38 Consignation

¹ Sous réserve des prescriptions relatives aux avoirs en déshérence, 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 restituées.

² Les biens consignés qui deviennent disponibles ou qui n'ont pas été retirés dans les dix ans sont réalisés et distribués selon l'art. 39, sous réserve d'une réglementation contraire figurant dans une loi spéciale.

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 procédure de faillite, la FINMA charge un liquidateur de la faillite de reprendre la procédure de faillite sans autre formalité.

² Les biens ou prétentions découverts ultérieurement sont distribués aux créanciers qui ont subi une perte et dont les données nécessaires au 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 cette fin.

³ La FINMA peut renoncer à reprendre la procédure de faillite 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 transfère alors les biens découverts ultérieurement à la Confédération.

Chapitre 3 Assainissement

Section 1 Procédure

Art. 40 Conditions

¹ La perspective de l'assainissement de la banque ou du maintien de certains services bancaires se justifie lorsqu'on peut valablement penser, au moment où la décision est prise:

- a. que l'assainissement placera vraisemblablement les créanciers dans une meilleure position que la faillite; et
- b. que la procédure d'assainissement est réalisable tant sur le plan des délais que sur le plan technique.

² Il n'existe aucun droit à l'ouverture d'une procédure d'assainissement.

Art. 41 Ouverture

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

² Elle publie immédiatement l'ouverture de la procédure.

³ Elle précise dans la décision d'ouverture si des mesures protectrices existantes en vertu de l'art. 26 LB doivent être poursuivies ou modifiées ou s'il faut en ordonner de nouvelles.

⁴ Elle peut également approuver le plan d'assainissement déjà lors de l'ouverture de la procédure d'assainissement.

Art. 42 Délégué à l'assainissement

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

² Si elle nomme un délégué à l'assainissement, elle veille 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 rigoureuse, efficace et effective et à ce qu'aucun conflit d'intérêt ne s'oppose à l'attribution du mandat.

³ Elle définit les attributions du délégué à l'assainissement et détermine si ce dernier peut agir en lieu et place des organes de la banque. Durant la procédure d'assainissement, le délégué peut en particulier honorer des obligations incombant à la banque en vue de l'assainissement.

⁴ La FINMA fixe le contenu du mandat, notamment en ce qui concerne les coûts, l'établissement de rapports et le contrôle du délégué à l'assainissement.

Art. 43 Engagements durant la procédure d'assainissement

En cas d'échec de l'assainissement et dans la procédure de faillite qui s'ensuit, les engagements contractés par la banque durant la procédure d'assainissement avec l'approbation du délégué sont honorés avant toutes les autres créances.

Art. 44 Plan d'assainissement

¹ Le plan d'assainissement expose les principaux éléments de l'assainissement, de la future structure du capital et du modèle commercial de la banque après l'assainissement et il montre la manière dont il remplit les conditions d'homologation fixées à l'art. 31, al. 1, LB.

² Le plan d'assainissement doit également aborder les éléments suivants:

- a. l'observation probable des conditions d'autorisation;
- b. l'inventaire des actifs et des passifs de la banque;
- c. la future organisation et direction de la banque et, si cette dernière fait partie d'un groupe bancaire ou d'un conglomérat de banques, la future organisation du groupe ou du conglomérat;
- d. la question de savoir si et dans quelle mesure le plan d'assainissement porte atteinte aux droits des créanciers de la banque ainsi que des propriétaires;
- e. la question de savoir si le droit de révocation et les prétentions de la banque en matière de responsabilité selon l'art. 32 LB sont exclus;
- f. les organes existants de la banque qui demeurent responsables de la conduite de cette dernière et la question de savoir quels sont les motifs pour lesquels c'est dans l'intérêt de la banque, des créanciers et des propriétaires;
- g. l'ensemble des conditions de départ pour les organes sortants de la banque;
- h. les opérations qui exigent une inscription au registre du commerce ou au registre foncier; et
- i. les dispositions des sections 3 et 4 du présent chapitre qui s'appliqueront lors de l'assainissement en question.

³ La FINMA peut exiger que le plan d'assainissement aborde des éléments supplémentaires.

Section 2 Homologation du plan d'assainissement

Art. 45 Homologation

¹ La FINMA homologue le plan d'assainissement par voie de décision si les conditions définies dans la LB et la présente ordonnance sont remplies.

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

³ L'homologation du plan d'assainissement s'accompagne de l'entrée en vigueur immédiate des dispositions qu'il contient:

- a. sur le transfert d'immeubles;
- b. sur la cession de droits réels et d'obligations attachés à des immeubles; ou
- c. sur les modifications du capital social.

⁴ Il convient de procéder dès que possible aux inscriptions nécessaires dans le registre foncier, dans le registre du commerce ou dans d'autres registres.

Art. 46 Refus des créanciers

¹ Si le plan d'assainissement porte atteinte aux droits des créanciers, la FINMA fixe à ces derniers un délai, au plus tard lors de l'homologation du plan d'assainissement, durant lequel ils peuvent le refuser. Le délai est de dix jours ouvrables au minimum. Le transfert de passifs et de rapports contractuels et le changement de débiteurs qu'il implique ne constituent pas une atteinte aux droits des créanciers.

² Les créanciers qui entendent refuser ce plan doivent le faire par écrit. Ils doivent indiquer leurs nom et adresse, le montant de la créance au moment de l'ouverture de la procédure d'assainissement ainsi que le motif de la créance. La déclaration de refus doit être adressée au délégué à l'assainissement.

Section 3 Mesures de capitalisation

Art. 47 Dispositions générales

¹ Si le plan d'assainissement prévoit des mesures de capitalisation selon la présente section, il faut veiller à ce que:

- a. les intérêts des créanciers priment ceux des propriétaires et que la hiérarchie des créanciers soit prise en compte;
- b. les prescriptions du droit des obligations²² s'appliquent par analogie.

² Dans la mesure où l'octroi d'un droit de souscription peut porter atteinte à l'assainissement, celui-ci peut être retiré aux propriétaires existants.

Art. 48 Principes régissant la conversion des fonds de tiers en fonds propres

Si le plan d'assainissement prévoit une conversion des fonds de tiers en fonds propres, il faut:

- a. convertir en fonds propres autant de fonds de tiers que nécessaire pour que la banque puisse satisfaire indubitablement à ses obligations en matière d'exigences minimales de fonds propres, en vue de poursuivre ses activités une fois l'assainissement réussi;
- b. réduire entièrement le capital social avant la conversion des fonds de tiers en fonds propres;
- c. ne procéder à la conversion des fonds de tiers en fonds propres que lorsqu'à déjà eu lieu celle des instruments de dette émis par la banque sous forme de fonds propres de base supplémentaires ou complémentaires, en particulier les emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions;
- d. respecter l'ordre de collocation suivant pour la conversion de fonds de tiers en fonds propres, les créances du rang suivant ne pouvant être converties que lorsque celles du rang précédent sont insuffisantes pour satisfaire aux exigences des fonds propres minimaux selon la let. a:
 1. créances de rang subordonné, sans imputation des fonds propres,
 2. autres créances, dans la mesure où elles ne sont pas concernées par la conversion, à l'exception des dépôts, et
 3. dépôts, dans la mesure où ils ne sont pas privilégiés.

Art. 49 Convertibilité des créances

Tous les fonds de tiers peuvent être convertis en fonds propres, sauf:

- a. 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, dans la limite des privilèges accordés;
- b. les créances couvertes dans la limite de leur couverture et celles compensables dans la limite de la réalisation des conditions nécessaires à leur compensation, pour autant que le créancier puisse immédiatement rendre vraisemblables l'existence, le montant et le fait que la créance fait l'objet d'une convention en ce sens ou ressort des livres de la banque.

Art. 50 Réduction de créance

En parallèle ou en lieu et place de la conversion de fonds de tiers en fonds propres, la FINMA peut ordonner une réduction de créance partielle ou totale. Les art. 48, let. a à c, et 49 s'appliquent de la même manière.

Section 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 ou des rapports contractuels de la banque à un autre sujet de droit, y compris une banque relais, il doit notamment:

- a. désigner le ou les sujets de droit auxquels ces services bancaires et ces biens seront transférés;
- b. décrire les biens devant être partiellement transférés, notamment 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 actifs et des passifs 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, comment 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 aux infrastructures relatives aux opérations de paiement et aux infrastructures du marché financier ainsi que l'utilisation de ces infrastructures;
- h. exposer 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 ou plusieurs parties adverses, 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 ou, dans le cas d'une banque d'importance systémique, dès l'homologation du plan d'assainissement, tous les biens ou rapports contractuels à transférer, y compris les droits et obligations en découlant, sont transférés au nouveau sujet de droit avec effet au moment de l'homologation du plan d'assainissement.

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 déroger aux conditions d'autorisation lors de son octroi. Il est possible de prolonger l'autorisation.

Chapitre 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 visé à l'art. 27, al. 2, LB sont notamment des instructions:

- a. concernant directement l'exécution de paiements ou d'opérations sur titres; ou
- b. servant à mettre à disposition les moyens financiers ou les sûretés requis selon les règles de ce système.

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

¹ Les mesures qui peuvent restreindre la validité juridique d'un ordre au sens de l'art. 27, al. 2, LB sont:

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

² Dans sa décision, la FINMA fixe explicitement le moment à partir duquel les mesures visées à l'al. 1 s'appliquent.

Art. 55 Accords de compensation

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

- a. les dispositions relatives à la compensation dans les conventions-cadres ou dans les conventions bilatérales;
- 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 visés à l'art. 27, al. 1, LB.

Chapitre 5 Ajournement de la résiliation des contrats financiers

Art. 56 Contrats financiers

¹ Sont considérés comme des contrats financiers au sens du présent chapitre:

- a. les contrats suivants portant sur des papiers-valeurs et des droits-valeurs (*securities*): contrats concernant l'achat, la vente et le rachat, le prêt de papiers-valeurs ou de droits-valeurs et le négoce d'options sur papiers-valeurs ou droits-valeurs, indépendamment du fait qu'ils s'opèrent en groupes ou sous la forme d'indices;
- b. les contrats suivants portant sur des matières premières (*commodities*): contrats concernant l'achat et la vente avec livraison future de matières premières ainsi que le négoce d'options sur matières premières ou sur la livraison de celles-ci;
- c. les contrats suivants portant sur les opérations à terme (*futures et forwards*): contrats portant sur l'achat, la vente ou le transfert de biens, de services, de droits ou de taux d'intérêt à un prix déterminé à l'avance et pour une date future;
- d. les contrats suivants portant sur des opérations d'échange (*swaps*): contrats concernant le change, les monnaies, les métaux précieux, les crédits ainsi que les papiers-valeurs, les droits-valeurs, les matières premières et leurs indices; et
- e. tous les autres contrats qui ont les mêmes effets que les contrats visés aux let. a à d.

² Par ailleurs, les contrats mentionnés à l'al. 1 qui se présentent sous la forme de conventions cadres (*master agreements*) sont aussi considérés comme des contrats financiers.

Art. 57 Ajournement

¹ Lorsque des contrats financiers sont transférés totalement ou partiellement à un autre sujet de droit, la FINMA peut ajourner la résiliation de contrats ainsi que l'exercice des droits de résiliation de tels contrats.

² L'ajournement ne peut être ordonné qu'en relation avec des contrats financiers qui lient la résiliation ou le droit de résiliation aux mesures protectrices ou d'assainissement prises par les autorités.

³ L'ajournement peut être ordonné pour 48 heures au plus. La FINMA en fixe explicitement le début et la fin.

⁴ L'ajournement ne s'applique pas si l'attitude:

- a. de la banque qui fait l'objet de la procédure d'assainissement fait naître, avant, durant ou après l'ajournement, un autre motif qui implique la résiliation ou le droit de résiliation;

- b. du sujet de droit qui reprend entièrement ou partiellement les contrats financiers fait naître, après la reprise, un motif indépendant du transfert qui implique la résiliation ou le droit de résiliation;

⁵ La contrepartie de la banque qui fait l'objet de la procédure d'assainissement peut exercer son droit de résiliation des contrats vis-à-vis de la banque:

- a. immédiatement après l'expiration de l'ajournement; et
- b. immédiatement après avoir pris connaissance du fait que le contrat financier conclu avec la banque n'a pas été transféré.

Chapitre 6 Clôture de la procédure

Art. 58 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 la procédure de faillite ou d'assainissement.

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 versés ainsi que des valeurs déposées distraites de la masse et non restituées, avec l'indication des motifs pour lesquels le versement ou la restitution n'ont pu être exécutés jusque-là.

³ La FINMA publie la clôture de la procédure de faillite ou d'assainissement.

Art. 59 Conservation des pièces

¹ La FINMA décide de la manière dont les pièces de l'insolvabilité et de l'activité commerciale de la banque doivent être conservées après la clôture ou la suspension de la procédure de faillite ou d'assainissement.

² Les pièces de l'insolvabilité et de l'activité commerciale 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 la procédure de faillite ou d'assainissement.

³ Les dispositions légales spécifiques contraires qui régissent la conservation de certaines pièces sont réservées.

Chapitre 7 Dispositions finales

Art. 60 Abrogation et modification du droit en vigueur

¹ L'ordonnance de la FINMA du 30 juin 2005 sur la faillite bancaire²⁵ est abrogée.

² L'ordonnance de la FINMA du 21 octobre 1996 sur les banques étrangères²⁶ est modifiée comme suit:

Art. 3, al. 3

³ Les dispositions de la LB sur les mesures en cas de risque d'insolvabilité et sur la faillite bancaire (art. 25 à 37g) ne s'appliquent pas aux représentations des banques étrangères. La FINMA peut cependant les déclarer applicables en présence d'un motif d'intérêt public suffisant.

Art. 61 Disposition transitoire

Les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent aux procédures en cours au moment de l'entrée en vigueur de cette dernière.

Art. 62 Entrée en vigueur

La présente ordonnance entre en vigueur le 1^{er} novembre 2012.

30 août 2012

Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers:

La présidente, Anne Héritier Lachat

Le directeur, Patrick Raaflaub

²⁵ RO 2005 3539, 2008 5613, 2009 1769

²⁶ RS 952.111

Cette page est vierge pour permettre d'assurer une concordance dans la pagination des trois éditions du RO.

