

Ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité des établisse- ments des marchés finan- ciers (ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité)

Rapport sur les résultats de l'audition qui a eu lieu du 9 octobre
au 9 décembre 2024

20 août 2025

Table des matières

Éléments essentiels	4
Liste des abréviations.....	5
1 Introduction	6
2 Prises de position reçues	6
3 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA	6
3.1 Aspects généraux et d'ordre supérieur	7
3.1.1 Aspects formels	7
3.1.2 Statut juridique du délégué à l'assainissement ainsi que du liquidateur de la faillite (art. 8, 12, 17 OIns-FINMA)	8
3.2 Dispositions générales (art. 1 à 10 OIns-FINMA)	9
3.2.1 Objet et champ d'application (art. 1 et 2 OIns-FINMA).....	9
3.2.2 Coordination (art. 9 OIns-FINMA)	11
3.2.3 Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures étrangères (art. 10 OIns-FINMA).....	12
3.3 Assainissement (art. 11 à 14 OIns-FINMA)	13
3.3.1 Ouverture de la procédure (art. 11 OIns-FINMA).....	13
3.3.2 Désignation d'un délégué à l'assainissement (art. 12 OIns-FINMA)	15
3.3.3 Refus du plan d'assainissement par les créanciers (art. 14 OIns-FINMA)	16
3.4 Faillite (art. 15 à 44 OIns-FINMA)	18
3.4.1 Publication de l'ouverture de la faillite et appel aux créanciers (art. 15 OIns-FINMA)	18
3.4.2 Recours à une administration de la faillite (art. 17 OIns-FINMA)	19
3.4.3 Tâches et prérogatives de l'administration de la faillite (art. 18 OIns-FINMA)	19
3.4.4 Commission de surveillance (art. 20 OIns-FINMA) ...	20

3.4.5	Obligation de mise à disposition (art. 24 OIns-FINMA)	21
3.4.6	Décision sur le maintien de placements collectifs de capitaux (art. 26 OIns-FINMA)	22
3.4.7	Créances et prétentions (art. 27 OIns-FINMA)	23
3.4.8	Suspension faute d'actifs (art. 29 OIns-FINMA)	24
3.4.9	Collocation (art. 31 OIns-FINMA)	25
3.4.10	Cession des droits (art. 37 OIns-FINMA)	25
3.4.11	Tableau de distribution, compte final et paiement des créanciers (art. 40 OIns-FINMA)	26
3.4.12	Consignation (art. 42 OIns-FINMA)	26
4	Suite de la procédure	28

Éléments essentiels

1. Du 9 octobre au 9 décembre 2024, la FINMA a mené une audition publique relative à une nouvelle ordonnance consolidée de la FINMA sur l'insolvabilité (OIns-FINMA).
2. L'Association suisse des banquiers, en tant qu'association faitière des banques, des cabinets d'avocats, les établissements d'émission de lettres de gage et d'autres parties prenantes ont participé à l'audition. La FINMA a évalué les réponses et procédé à des adaptations du texte de l'ordonnance lorsque cela était nécessaire.
3. Les prises de position reçues allaient parfois bien au-delà de l'objet de la réglementation de l'OIns-FINMA et de la compétence de la FINMA en matière de réglementation ; elles formulaient des attentes et des suggestions concernant le droit supérieur ou ne pouvant être mises en œuvre qu'au niveau du droit supérieur. Dans ces cas, une mise en œuvre au niveau de l'OIns-FINMA était exclue pour ces raisons déjà.
4. En résumé, les résultats de la consultation ont notamment donné lieu aux adaptations suivantes:
 - Extension de l'obligation de coordination entre le délégué à l'assainissement ou le liquidateur de la faillite et la personne nommée par la FINMA conformément à l'art. 40 al. 1 ou 40a al. 2 LLG
 - Abandon de la communication par défaut de la nomination d'un délégué à l'assainissement au registre du commerce
 - Absence de distinction selon la nature des rapports contractuels en cas de transfert de ceux-ci dans le cadre d'un assainissement
 - Traitement des frais encourus par la personne nommée conformément à l'art. 40a al. 2 LLG et des frais pour la gestion des prêts et des couvertures par ladite personne en tant que dettes de la masse à l'instar des frais liés à l'exécution de la procédure de faillite.
5. La nouvelle OIns-FINMA entre en vigueur au 1^{er} octobre 2025. L'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire (OIB-FINMA), l'ordonnance de la FINMA sur la faillite des assurances (OFA-FINMA) et l'ordonnance de la FINMA sur la faillite de placements collectifs (OFPC-FINMA) seront abrogées parallèlement à cette même date.

Liste des abréviations

OBE-FINMA	Ordonnance de la FINMA du 21 octobre 1996 sur les banques étrangères (RS 952.111)
OS	Ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (RS 961.011)
LB	Loi du 8 novembre 1934 sur les banques (RS 952.0)
OIB-FINMA	Ordonnance de la FINMA du 30 août 2012 sur l'insolvabilité bancaire (RS 952.05)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LPCC	Loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs (RS 951.31)
OFPC-FINMA	Ordonnance de la FINMA du 6 décembre 2012 sur la faillite de placements collectifs (RS 951.315.2)
OPCC	Ordonnance du 22 novembre 2006 sur les placements collectifs (RS 951.311)
LLG	Loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage (RS 211.432.4)
OLG	Ordonnance du 23 janvier 1931 sur l'émission de lettres de gage (RS 211.423.41)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LSA	Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances (RS 961.01)
OFA-FINMA	Ordonnance de la FINMA du 17 octobre 2012 sur la faillite des assurances (RS 961.015.2)
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)

1 Introduction

Du 9 octobre au 9 décembre 2024, la FINMA a mené une audition relative à un projet de nouvelle ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité (OIns-FINMA). Avec l'OIns-FINMA, les dispositions des ordonnances préexistantes de la FINMA sur l'insolvabilité et la faillite spécifiques à chaque établissement (OIB-FINMA, OFA-FINMA, OFPC-FINMA) sont désormais réunies dans une ordonnance consolidée de la FINMA, en tenant compte des spécificités des établissements en question. Il est par ailleurs tenu compte des adaptations apportées à la loi sur les banques et à la loi sur la surveillance des assurances depuis la dernière mise à jour des ordonnances antérieures, ainsi que des enseignements pertinents tirés de la pratique et de la doctrine.

2 Prises de position reçues

Les entités suivantes ont remis une prise de position dans le cadre de l'audition et ont accepté que celle-ci soit publiée¹ (par ordre alphabétique) :

- Homburger SA
- Lenz & Staehelin
- Banque des lettres de gage d'établissements suisses de crédit hypothécaire SA
- Centrale de lettres de gage des banques cantonales suisses SA
- Association suisse des banquiers (ASB)

La Banque des lettres de gage et la Centrale de lettres de gage ont soumis des prises de position identiques qui sont regroupées ci-après sous la désignation d'établissements d'émission de lettres de gage.

3 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA

Les prises de position reçues sont résumées, pondérées et évaluées par la FINMA dans le présent rapport.

Ce rapport a été approuvé par le conseil d'administration de la FINMA (art. 11 al. 4 de l'ordonnance du 13 décembre 2019 relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers ; RS 956.11). Il est publié en

¹ Ne sont pas mentionnés ici les participants à l'audition qui n'ont pas souhaité la publication de leur prise de position par la FINMA.

même temps que l'OIns-FINMA adoptée, les commentaires et les prises de position reçus lors de l'audition.

3.1 Aspects généraux et d'ordre supérieur

Le fait de consolider dans un seul texte législatif les règles de procédure contenues jusqu'ici dans différentes ordonnances de la FINMA sur l'insolvabilité et la faillite spécifiques aux différents secteurs a été saluée dans son principe.

Sur le fond, les prises de position reçues vont parfois bien au-delà de l'objet de la réglementation de l'OIns-FINMA et formulent des attentes et des suggestions qui concernent le droit supérieur dont la FINMA ne peut pas tenir compte pour des raisons de compétence. Celles-ci ne sont présentées que succinctement ci-après.

En particulier, plusieurs des demandes exprimées par les établissements d'émission de lettres de gage concernent soit la préparation à une procédure d'assainissement ou de faillite imminente, et donc la phase précédant l'ouverture d'une telle procédure, soit des concrétisations par rapport à des dispositions de la loi sur l'émission de lettres de gage. Ces deux points ne sont pas couverts par les normes de délégation sur lesquelles se fonde l'OIns-FINMA et ne peuvent donc pas faire l'objet de l'OIns-FINMA.

Certaines demandes de l'ASB se comprennent plutôt comme des remarques d'ordre général dans le contexte de la législation TBTF qui ne se rapportent pas spécifiquement à l'OIns-FINMA. Il est ainsi notamment renoncé à traiter plus en détail dans le présent rapport les demandes relatives aux art. 35, 36 et 38 OIns-FINMA. Celles-ci concernent toutes les aspects d'une éventuelle vente d'urgence d'une filiale d'importance systémique dans le cadre d'une procédure de faillite de la maison mère. Comme la loi ne prévoit actuellement pas ce cas de figure dans le cadre d'une procédure de faillite, il n'est pas nécessaire de prévoir à ce stade des règles de procédure à ce sujet au niveau de l'OIns-FINMA.

Dans la mesure où certaines remarques formulées dans les prises de position ne peuvent pas être attribuées à des dispositions particulières de l'OIns-FINMA mais concernent des aspects généraux ou d'ordre supérieur, elles sont dans un premier temps résumées ci-après.

3.1.1 Aspects formels

Prise de position

D'un point de vue formel, Lenz & Staehelin suggère d'insérer dans le titre des différentes dispositions de l'OIns-FINMA un renvoi aux dispositions légales correspondantes sur lesquelles elles se fondent.

Appréciation

L'OIns-FINMA est édictée sur la base des normes de délégation mentionnées au début de l'ordonnance. Celles-ci habilent la FINMA à réglementer plus en détail la procédure d'assainissement et la procédure de faillite pour les établissements financiers concernés. L'OIns-FINMA n'a donc pas pour objet de concrétiser une multitude de dispositions supérieures de lois ou d'ordonnances, mais contient des règles de procédure dédiées. Elle constitue ainsi un ensemble de règles de procédure propre, adapté aux besoins de l'assainissement et de la faillite des établissements des marchés financiers.

Conclusion

Les règles de l'OIns-FINMA se fondent sur les habilitations ancrées au niveau central pour réglementer la procédure. Il n'est donc pas indiqué de rattacher certaines dispositions à des dispositions législatives de rang supérieur.

3.1.2 Statut juridique du délégué à l'assainissement ainsi que du liquidateur de la faillite (art. 8, 12, 17 OIns-FINMA)

Prise de position

L'ASB s'interroge sur le statut juridique du délégué à l'assainissement ainsi que du liquidateur de la faillite dans les procédures d'insolvabilité relevant du droit des marchés financiers. Elle constate une différence considérable par rapport au droit général de la faillite dans les explications du rapport explicatif relatif à l'art. 8 OIns-FINMA selon lesquelles les actes du délégué à l'assainissement ou du liquidateur de la faillite ne constituent pas des décisions au sens de la PA. La question de l'opportunité et de l'économie de procédure se poserait en particulier dans les procédures de grande envergure si la FINMA doit prononcer à nouveau elle-même une décision pour chaque acte du délégué à l'assainissement ou du liquidateur de la faillite. Le statut du délégué à l'assainissement nécessiterait donc en particulier une clarification, vraisemblablement au niveau de la loi.

Appréciation

Un délégué à l'assainissement nommé par la FINMA et un liquidateur de la faillite nommé par la FINMA ont en l'occurrence le même statut juridique. Celui-ci se distingue toutefois clairement d'une administration de la faillite selon la LP puisque les personnes nommées par la FINMA servent à exécuter les décisions de cette dernière. Ils sont investis de la puissance publique, mais ne deviennent pas pour autant une "autorité fédérale". À l'inverse d'une administration de la faillite au sens où la LP l'entend, ils n'ont pas de compétence propre pour rendre des décisions au sens de la PA. C'est à la FINMA

de rendre, dans les conditions précisées à l'art. 25a al. 1 PA, une décision formelle à la demande d'une personne concernée. Le délégué peut aussi exiger de la FINMA une telle décision si cela est nécessaire pour l'exécution de son mandat. Cela correspond à la volonté du législateur² et à la situation de départ depuis la première ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite de banques et de négociants en valeurs mobilières³ en tant qu'ordonnance antérieure à l'OIB-FINMA et à la présente OIns-FINMA.

Le statut juridique d'une personne nommée par la FINMA est donc délibérément différent de celui d'une administration de la faillite selon la LP. La compétence exclusive de la FINMA pour rendre des décisions dans les procédures d'assainissement et de faillite est également judiciaire pour des raisons d'assurance qualité et de garantie d'une unité de doctrine sur l'ensemble des procédures.

Conclusion

Il n'est pas possible de modifier au niveau de l'OIns-FINMA le statut juridique du délégué à l'assainissement ou du liquidateur de la faillite dans la procédure d'assainissement et de faillite relevant du droit des marchés financiers ; une telle modification ne semble par ailleurs pas s'imposer.

3.2 Dispositions générales (art. 1 à 10 OIns-FINMA)

3.2.1 Objet et champ d'application (art. 1 et 2 OIns-FINMA)

Prises de position

L'ASB propose d'étendre aux mesures protectrices l'objet tel que précisé à l'art 1 OIns-FINMA. Elle estime que des dispositions relatives à l'information du public seraient utiles, en particulier dans les cas où les mesures protectrices entraîneraient des répercussions sur les tiers. La procédure à suivre et la qualité pour recourir seraient par ailleurs actuellement contestées devant le Tribunal administratif fédéral. Cet aspect gagnerait en pertinence dans le contexte de l'extension et de l'application plus précoce des mesures protectrices que vise le processus législatif TBTF. Il est suggéré d'examiner cette question dans le cadre du processus législatif en cours.

Concernant l'art. 2 OIns-FINMA, Homburger fait valoir que le champ d'application de cette ordonnance de la FINMA devrait aussi englober les entités

² Cf. message du 20 novembre 2002 concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, FF **2002** 7476 p. 7495.

³ Cf. le [rapport](#) du groupe de travail institué par la Commission fédérale des banques relatif au projet d'ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite de banques et de négociants en valeurs mobilières de mars 2005, p. 1 et 9, disponible sous www.finma.ch > Sites Internet des autorités antérieures à la FINMA > Commission fédérale des banques > Réglementation > Auditions > [Auditions 2005](#).

ad hoc d'assurance. Étant donné que les entités ad hoc d'assurance reprennent les risques des entreprises d'assurance, la compétence en cas d'insolvabilité de ces entités devrait, pour des raisons de cohérence et de systématique, être la même que pour les entreprises d'assurance. La question se poserait si l'art. 111d al. 1 OS constituerait une base suffisante pour la non-applicabilité des art. 51 ss LSA. Si le champ d'application devait être étendu aux entités ad hoc d'assurance, Homburger propose, à titre d'adaptation consécutive, une clarification du for en cas d'insolvabilité à l'art. 5 OIns-FINMA.

Lenz & Staehelin suggère d'utiliser aussi expressément le terme de succursales à l'art. 2 al. 1 let. h OIns-FINMA pour les assurances dans le cadre de la référence à l'art. 2 al. 1 let. b LSA, ce terme étant déjà utilisé à l'art. 2 al. 1 let. a et c OIns-FINMA pour les banques et les maisons de titres.

Appréciation

Une extension de l'objet de l'OIns-FINMA aux règles de procédure relatives aux mesures protectrices ordonnées de manière isolée présuppose une délégation de la compétence correspondante à la FINMA. Une telle délégation de compétence existe actuellement seulement en ce qui concerne la réglementation de la procédure d'assainissement et de la procédure de faillite (art. 28 al. 4 et 34 al. 3 LB). La FINMA ne dispose par contre pas de la compétence nécessaire pour régler plus précisément la procédure de mesures protectrices. L'information du public sur les mesures protectrices ayant des effets pour les tiers est en outre déjà réglementée à l'art. 26 al. 2 LB. La qualité pour recourir dans les procédures visées aux chapitres XI et XII de la loi sur les banques est régie par les art. 37g^{bis} ss LB. Des adaptations ou des précisions à ce sujet ne peuvent être apportées qu'au niveau de la loi.

En ce qui concerne le champ d'application de l'OIns-FINMA, la FINMA ne peut agir que dans le cadre des compétences qui lui sont attribuées au niveau de la loi et de l'ordonnance. Ainsi, l'art. 30e al. 2 LSA prévoit que les dispositions de la LSA s'appliquent *par analogie* aux entités ad hoc d'assurance. En référence à cette disposition légale, l'art. 111d al. 1 OS déclare ensuite expressément non applicables un grand nombre de normes de la LSA, dont les art. 51 à 54j LSA, qui règlent la compétence de la FINMA en matière de mesures protectrices, d'assainissement et de faillite. Indépendamment de la question de savoir si la non-applicabilité de dispositions légales peut être valablement réglée au niveau de l'ordonnance, il n'est pas de la compétence de la FINMA de se déclarer compétente, en contradiction avec la formulation univoque et la volonté des auteurs de l'ordonnance. Il n'est donc pas non plus nécessaire de se pencher sur la clarification du for en cas d'insolvabilité pour les entités ad hoc d'assurance proposée sous la forme d'une adaptation consécutive de l'art. 5 OIns-FINMA.

La proposition d'adaptation de l'art. 2 al. 1 let. h OIns-FINMA est de nature purement rédactionnelle. Sur le fond, les succursales sont clairement couvertes par l'art. 2 al. 1 let. b LSA. Contrairement à la LEFin ou l'OBE-FINMA, la LSA n'utilise toutefois pas le terme succursale. La formulation actuelle de l'art. 2 al. 1 let. h OIns-FINMA est donc maintenue.

Conclusion

Faute de délégation légale correspondante, il n'est actuellement pas possible d'étendre l'objet de la présente ordonnance aux mesures protectrices.

Il en va de même pour l'extension du champ d'application aux entités ad hoc d'assurance. Selon la situation juridique actuelle, la FINMA n'est en effet pas compétente pour leur insolvabilité. L'adaptation consécutive de l'art. 5 OIns-FINMA concernant le for en cas d'insolvabilité est donc aussi superflue.

L'art. 2 al. 1 let. h OIns-FINMA n'est pas adapté sur le plan rédactionnel. Les succursales d'entreprises d'assurance entrent néanmoins clairement dans le champ d'application de l'OIns-FINMA.

3.2.2 Coordination (art. 9 OIns-FINMA)

Prise de position

Les établissements d'émission de lettres de gage attirent l'attention sur le fait qu'en cas d'assainissement ou de faillite d'une banque membre, il y aurait aussi un besoin de coordination entre le délégué ou le liquidateur de la faillite et la personne nommée par la FINMA conformément à l'art. 40 al. 1 ou 40a al. 2 LLG. La coordination devrait en outre être assurée entre la personne nommée conformément à l'art. 40 al. 1 ou 40a al. 2 LLG et les établissements d'émission de lettres de gage eux-mêmes.

Appréciation

Les mandats parallèles des personnes chargées par la FINMA de l'assainissement ou de l'exécution de la procédure de faillite et des personnes nommées conformément à l'art. 40 al. 1 ou 40a al. 2 LLG sont susceptibles de présenter certains points de contact. Une coordination semble donc indiquée.

Le flux d'informations et la coordination entre la personne nommée conformément à l'art. 40 al. 1 ou 40a al. 2 LLG et les établissements d'émission de lettres de gage sont par contre déjà couverts par l'art. 21a^{bis} OLG ainsi que par la description détaillée des tâches de la personne en question dans la décision de nomination correspondante de la FINMA.

Conclusion

L'art. 9 OIns-FINMA est complété par une obligation de coordination avec la personne nommée par la FINMA conformément à l'art. 40 al. 1 ou 40a al. 2 LLG. Les commentaires sont modifiés.

3.2.3 Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures étrangères (art. 10 OIns-FINMA)

Prise de position

Homburger se réfère au libellé de l'art. 37g LB et de l'art. 10 OIns-FINMA, dans lesquels il est question des décisions de faillite et des mesures applicables en cas d'insolvabilité étrangères. Il est proposé à cet égard de préciser, conformément à la doctrine dominante, que ces dispositions s'appliquent aussi aux mesures d'assainissement étrangères qui n'ont pas pour objet la livraison d'actifs, par exemple l'ordre d'amortir tout ou partie des fonds étrangers ou de les convertir en fonds propres (*bail-in*).

L'ASB suggère de remplacer, dans la version allemande de l'OIns-FINMA, le terme « Verbringung » (transfert) par un terme plus courant ou de le reformuler autrement.

Appréciation

Conformément aux normes de délégation des art. 28 al. 4 et 34 al. 3 LB, l'objet de l'OIns-FINMA est limité aux règles de procédure. Il n'est donc pas possible de concrétiser les mesures couvertes par l'art. 37g LB et, partant, par l'art. 10 OIns-FINMA, dans le but d'accroître la sécurité juridique ; cela ne semble pas non plus nécessaire pour les raisons présentées suivantes :

La définition de l'objet de la reconnaissance à l'art. 37g al. 1 LB par la formulation « des décisions de faillite et des mesures applicables en cas d'insolvabilité » a été introduite avec la modification de la loi sur les banques concernant la garantie des dépôts au 1^{er} septembre 2011⁴. Auparavant, l'art. 37g al. 1 LB mentionnait explicitement « des décisions de faillite et des mesures de liquidation ou d'assainissement prononcées à l'étranger »⁵. Selon le message y afférent⁶, l'introduction de la notion de « mesures applicables en cas d'insolvabilité » en lieu et place des « mesures de liquidation ou d'assainissement » devait élargir le champ d'application de la norme et non le restreindre. Le but était de préciser la disposition existante en ce sens qu'outre les décisions de faillite, « toute mesure en cas d'insolvabilité prononcée à

⁴ Message du 12 mai 2010 concernant la modification de la loi fédérale sur les banques (garantie des dépôts), FF **2010** 3645 p. 3673.

⁵ Cf. art. 37g LB dans la version du 1.1.2011.

⁶ Voir note de bas de page 4.

l'étranger » pouvait être reconnue. Dans le message concernant la modification, il ressort clairement des explications relatives à l'al. 2 de la disposition que les mesures de protection et d'assainissement étaient aussi comprises. L'interprétation large de la notion de mesure en cas d'insolvabilité correspond ainsi expressément et de manière démontrable à la volonté du législateur. Il n'est donc pas nécessaire de concrétiser ce point dans l'OIns-FINMA, d'autant plus que l'OIns-FINMA s'applique en premier lieu aux cas où il existe des actifs situés en Suisse et où une procédure particulière est conduite. Dans le cas contraire, son applicabilité se limite, conformément à l'art. 10 al. 1 OIns-FINMA, aux art. 6, 7 et 10 OIns-FINMA.

Il est en revanche jugé utile d'inclure des explications claires dans le rapport explicatif.

Le terme « Verbringung » (transfert) a été choisi sur la base de la terminologie utilisée à l'art. 174a al. 4 LDIP (« Vermögenswerte ins Ausland verbringen » [transférer les biens à l'étranger]). Il doit donc être maintenu.

Conclusion

Une adaptation de l'art. 10 OIns-FINMA ne semble pas s'imposer. Le rapport explicatif sera toutefois complété par des explications clarifiant la notion de « mesures applicables en cas d'insolvabilité ».

3.3 Assainissement (art. 11 à 14 OIns-FINMA)

3.3.1 Ouverture de la procédure (art. 11 OIns-FINMA)

Prises de position

Il a été suggéré d'introduire une disposition similaire à celle de l'art. 293c al. 2 LP, de sorte que, dans les cas où cela se justifie, il soit possible de renoncer à rendre public l'ouverture d'une procédure d'assainissement, pour autant que la protection des intérêts des tiers soit garantie. L'objectif serait de permettre, dans certains cas, un assainissement discret.

L'ASB propose d'introduire des dispositions sur mesure pour un processus de vente aux enchères de la banque ou d'une éventuelle banque relais ou de certains actifs et passifs de celle-ci dans le cadre d'un assainissement. Elle esquisse à cet égard divers objets de réglementation mais fait déjà remarquer dans ce contexte que certains éléments, notamment les principes d'un tel processus, nécessiteraient d'être inscrits dans la loi. Il en irait de même pour d'autres éléments de la procédure d'assainissement, notamment les actes de transfert ou l'instrument de la banque relais.

Appréciation

La réalisation d'un assainissement de manière discrète sous l'égide de la FINMA est contraire à l'obligation de la FINMA, découlant des art. 31 al. 4 LB et 52j al. 3 LSA, de publier les grandes lignes du plan d'assainissement et d'indiquer comment les créanciers et les propriétaires concernés peuvent consulter ce plan. Une certaine publicité est donc exigée par la loi au plus tard à ce moment-là. Dès lors qu'une planification préparatoire est exigée pour le cas d'assainissement ou existe pour d'autres raisons, l'ouverture de la procédure d'assainissement et l'approbation du plan d'assainissement peuvent en outre généralement aussi se faire en même temps selon l'art. 11 al. 3 OIns-FINMA. Mais même dans les cas où l'ouverture de la procédure d'assainissement et l'approbation du plan d'assainissement ne se font pas en même temps, l'absence de toute communication de la FINMA sur l'ouverture de la procédure est jugée problématique. La possibilité d'entreprendre un assainissement de manière discrète concerne donc en premier lieu les mesures de stabilisation prises par la banque sous sa propre responsabilité, en amont d'une procédure d'assainissement ouverte par la FINMA.

Le sursis prévu à l'art. 293c LP serait ordonné en tant que mesure protectrice selon l'art. 26 al. 1 LB dans le cas d'une insolvabilité bancaire. Il serait donc soumis aux dispositions de l'art. 26 al. 2 LB en ce qui concerne la publication. Selon ces dispositions, la FINMA veille à publier les mesures de manière appropriée lorsque la publication est nécessaire à l'exécution des mesures ou à la protection des tiers. Elle peut par contre renoncer à publier les mesures ordonnées au cas où la publication compromettrait leur objectif.

Des dispositions dédiées à un processus d'offre en cas de vente de tout ou partie de la banque dans le cadre d'un assainissement seraient les bienvenues. Comme l'ASB l'a fait remarquer à juste titre, de telles dispositions nécessiteraient toutefois d'abord une réglementation fondamentale du processus d'offre au niveau de la loi, avant que la procédure en tant que telle puisse être concrétisée plus précisément au niveau de l'OIns-FINMA. De même, les concrétisations matérielles concernant les actes de transfert ou l'instrument d'une banque relais ne sont pas couvertes par la norme d'habilitation de la LB et devraient plutôt être entreprises au niveau de la loi.

Conclusion

L'art. 11 Oins-FINMA n'est pas adapté. Un assainissement discret ne semble déjà pas possible en raison de l'art. 31 al. 4 LB déjà.

Des dispositions de procédure dédiées à un processus d'offre pour la vente de la banque ou de parties de celle-ci nécessiteraient d'abord une inscription de principe dans la loi.

3.3.2 Désignation d'un délégué à l'assainissement (art. 12 OIns-FINMA)

Pour l'aspect d'ordre supérieur du statut juridique des personnes nommées par la FINMA dans les procédures d'insolvabilité, qui concerne non seulement l'art. 12 mais aussi les art. 8 et 17, nous renvoyons aux explications du ch. 3.1.2.

Prises de position

Homburger suggère de remplacer à l'art. 12 al. 2 OIns-FINMA, dans sa version allemande, l'expression « darauf achten » (veiller à) par « sicherstellen » (assurer).

Homburger propose en outre que la précision du mandat du délégué à l'assainissement, réglée à l'al. 4 de la disposition, soit également rendue par voie de décision, et que cela soit spécifié dans la disposition.

L'ASB s'interroge sur le but et la nécessité d'informer d'office le registre du commerce de la nomination du délégué à l'assainissement comme le prévoit l'art. 12 al. 5 OIns-FINMA.

À cet égard, la question est aussi posée de savoir quelles sont les conséquences de l'inscription du ou des délégués à l'assainissement au registre du commerce sur les personnes de la banque inscrites comme signataires autorisés au registre du commerce.

Appréciation

La vérification du respect des critères de l'art. 12 al. 2 OIns-FINMA repose d'une part sur les propres investigations de la FINMA mais d'autre part, nécessairement, sur les déclarations personnelles des personnes sollicitées pour être délégués à l'assainissement. La formulation prévue « darauf achten » (veiller à) est donc jugée plus appropriée que celle proposée « sicherstellen » (assurer).

En ce qui concerne la désignation d'un délégué à l'assainissement, l'art. 12 al. 1 OIns-FINMA précise déjà que celle-ci se fait par voie de décision de la FINMA. Selon la pratique désormais établie de la FINMA, la définition des compétences du délégué à l'assainissement ainsi que la précision des détails du mandat font partie intégrante de cette décision de nomination. Afin de clarifier ce point, la teneur réglementaire de l'art. 12 al. 3 et 4 OIns-FINMA est intégrée à l'art. 12 al. 1 OIns-FINMA sous forme d'une nouvelle deuxième phrase. L'ancien projet d'art. 12 al. 5 OIns-FINMA devient ainsi l'art. 12 al. 3 OIns-FINMA.

L'inscription du délégué à l'assainissement au registre du commerce est notamment nécessaire lorsqu'il est habilité à agir en lieu et place des organes de l'établissement des marchés financiers ou à le représenter d'une autre manière vers l'extérieur. Dans le cas contraire, elle n'est pas nécessaire. La formulation de l'art. 12 al. 5 OIns-FINMA soumise à audition (soit de l'art. 12 al. 3 OIns-FINMA dans sa version finale) est précisée en conséquence.

La nomination du délégué à l'assainissement ainsi que le fait de l'habiliter à agir en lieu et place des organes de l'établissement des marchés financiers ou à le représenter d'une autre manière vers l'extérieur n'ont en soi aucune conséquence directe sur d'autres pouvoirs de représentation octroyés antérieurement et inscrits au registre du commerce. La révocation d'organes ou le retrait du pouvoir de représentation constituent des dispositions autonomes qui peuvent être ordonnées de manière isolée en tant que mesure protectrice déjà ou dans le cadre d'un assainissement.

Conclusion

L'art. 12 al. 2 OIns-FINMA n'est pas adapté.

Les al. 3 et 4 de l'art. 12 OIns-FINMA sont réunis pour former la 2^e phrase de l'art. 12 al. 1 OIns-FINMA.

L'art. 12 al. 5 OIns-FINMA devient l'art. 12 al. 3 OIns-FINMA et est adapté dans ce sens que la nomination du délégué à l'assainissement n'est communiquée au registre du commerce compétent que si les pouvoirs qui lui sont conférés l'exigent.

Les commentaires sont modifiés.

3.3.3 Refus du plan d'assainissement par les créanciers (art. 14 OIns-FINMA)

Prises de position

Homburger demande la suppression de la précision « à moins qu'il s'agisse en l'espèce d'un transfert du portefeuille d'assurance d'une entreprise d'assurance » dans la deuxième phrase de l'art. 14 al. 1 OIns-FINMA. Il n'y aurait aucune raison, du point de vue du droit civil, de réglementer les contrats d'assurance différemment des autres relations contractuelles. D'une manière générale, la question de la base légale se poserait dans le contexte de l'art. 31a LB et de l'art. 52k LSA.

Lenz & Staehelin suggère une reformulation pour améliorer la lisibilité et la compréhension de la phrase concernée. Au lieu de se rattacher à la notion d'« atteinte », il serait possible de spécifier qu'un refus du plan d'assainissement est exclu concernant le transfert de passifs et de rapports contractuels

et le changement de débiteurs qu'il implique, sous réserve du transfert d'un portefeuille d'assurance.

Concernant l'art. 14 OIns-FINMA, l'ASB fait remarquer que le droit des créanciers à refuser le plan d'assainissement inscrit dans la loi réduit la possibilité de trouver rapidement une solution dans le cadre d'un assainissement pour les établissements financiers qui ne sont pas d'importance systémique. Il s'agirait là d'une différence essentielle par rapport à l'étranger, qu'il ne serait toutefois pas possible de résoudre au niveau de l'OIns-FINMA.

Appréciation

La deuxième phrase de l'art. 14 al. 1 OIns-FINMA sert la transparence et la sécurité juridique en ce qui concerne la procédure de la FINMA en cas de transfert de rapports contractuels dans le cadre d'un assainissement sans atteinte directe simultanée aux droits patrimoniaux des créanciers. La disposition s'appuie sur les explications relatives à l'art. 31a LB et l'art. 52k LSA dans les messages respectifs⁷ concernant leur introduction, ainsi que sur les commentaires de la disposition de l'art. 31a LB qui s'y rapportent⁸.

Les deux messages lient concrètement le droit des créanciers à refuser le plan d'assainissement aux atteintes potentiellement massives qu'il représente sur leurs droits et citent à titre d'exemple uniquement les atteintes aux droits patrimoniaux, comme notamment les cas de réduction, de sursis de l'échéance ou de conversion des créances. Il est en outre précisé que le droit de créanciers à refuser le plan d'assainissement ne s'applique que pour autant que les mesures d'assainissement concernent directement leurs droits⁹. S'appuyant sur ces explications dans le message, les commentaires pertinents relatifs à cette disposition précisent que le droit de refuser le plan d'assainissement prévu à l'art. 31a LB ne s'applique qu'en cas d'atteintes aux droits patrimoniaux des créanciers¹⁰. Le transfert de rapports contractuels dans le cadre d'un transfert de portefeuille sans atteinte directe simultanée à leurs droits patrimoniaux sert précisément à préserver les intérêts patrimoniaux des créanciers concernés par le transfert¹¹. Eu égard à la formulation identique du message concernant la LSA, ces conclusions s'appliquent aussi au droit des créanciers de refuser le plan d'assainissement dans le domaine de l'assurance. À cet égard, il convient en outre de noter qu'en vertu de l'art. 51 al. 2 let. d LSA, le transfert d'un portefeuille d'assurance est déjà possible à titre de mesure protectrice sans le consentement des assurés avant l'existence d'un risque d'insolvabilité. Dans ce contexte, il est aussi

⁷ Message du 12 mai 2010 concernant la modification de la loi fédérale sur les banques (garantie des dépôts), FF **2010** 3645 p. 3670 ; message du 21 octobre 2020 concernant la modification de la loi sur la surveillance des assurances (LSA), FF **2020** 8637 p. 8699.

⁸ THOMAS BAUER, in: Basler Kommentar, Bankengesetz, éd. 2013, N 5 ad art. 31a ; RENATE SCHWOB, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, éd. 2015, N 4 ad art. 31a.

⁹ Voir note de bas de page 7.

¹⁰ Voir note de bas de page 8.

¹¹ THOMAS BAUER, in: Basler Kommentar, Bankengesetz, éd. 2013, N 6 ad art. 31a.

renoncé à un traitement différencié des portefeuilles d'assurance à la deuxième phrase de l'art. 14 al. 1 OIns-FINMA.

La formulation « ne sont pas considérés comme une atteinte » utilisée à la deuxième phrase de l'art. 14 al. 1 OIns-FINMA doit permettre de refléter les considérations décrites ci-dessus. Elle est donc maintenue.

La remarque relative aux conséquences du droit de refuser le plan d'assainissement sur la possibilité de mettre en œuvre rapidement une solution stable par le biais d'un assainissement aussi pour les établissements financiers n'ayant pas une importance systémique est pertinente dans les cas où il y a atteinte aux droits patrimoniaux des créanciers. Il en va de même pour la constatation selon laquelle il n'est pas possible de résoudre la question au niveau de l'OIns-FINMA.

Conclusion

La précision « à moins qu'il s'agisse en l'espèce d'un transfert du portefeuille d'assurance d'une entreprise d'assurance » est supprimée dans la deuxième phrase de l'art. 14 al. 1 OIns-FINMA. Les commentaires sont modifiés.

3.4 Faillite (art. 15 à 44 OIns-FINMA)

3.4.1 Publication de l'ouverture de la faillite et appel aux créanciers (art. 15 OIns-FINMA)

Prise de position

En ce qui concerne l'art. 15 al. 2 let. f OIns-FINMA, un participant à l'audition fait valoir qu'il pourrait potentiellement y avoir un conflit de communication si la production de créances et le remboursement des dépôts privilégiés ont lieu en parallèle. La question de la coordination des deux processus se poserait donc.

Appréciation

En règle générale, l'appel aux créanciers a lieu en même temps que l'ouverture de la faillite. Les créances privilégiées devraient normalement être inscrites dans les livres de l'établissement des marchés financiers et devraient ainsi être prises en compte d'office conformément à l'art. 16 al. 1 let. b OIns-FINMA ; elles n'ont pas besoin d'être produites. Selon l'art. 15 al. 2 let. g OIns-FINMA, ce fait est à rappeler dans l'appel aux créanciers. Lors de l'inscription des créances produites dans l'état des créances, il est procédé à une vérification pour identifier les créances qui y figurent déjà du fait de leur prise en compte d'office ou qui ont déjà été remboursées sur la base de la

liste des déposants. Il n'est pas nécessaire d'adapter l'OIns-FINMA pour assurer la coordination des processus.

Conclusion

L'art. 15 Oins-FINMA n'est pas adapté.

3.4.2 Recours à une administration de la faillite (art. 17 OIns-FINMA)

Pour l'aspect d'ordre supérieur du statut juridique des personnes nommées par la FINMA dans la procédure d'insolvabilité, qui concerne non seulement l'art. 17 mais aussi les art. 8 et 12, nous renvoyons aux explications du ch. 3.1.2.

Concernant le recours à une administration de la faillite, Homburger propose des adaptations de l'art. 17 al. 2 et 3 OIns-FINMA similaires à celles proposées pour l'art. 12 al. 2 et 4 OIns-FINMA concernant la nomination d'un délégué à l'assainissement. Pour leur présentation et leur appréciation, nous renvoyons donc au ch. 3.3.2, dont les explications s'appliquent ici par analogie..

Conclusion

L'art. 17 al. 2 OIns-FINMA n'est pas adapté.

L'art. 17 al. 3 OIns-FINMA est intégré à l'art. 17 al. 1 OIns-FINMA pour en former la 2^e phrase.

L'art. 17 al. 4 OIns-FINMA devient l'art. 17 al. 3 OIns-FINMA.

3.4.3 Tâches et prérogatives de l'administration de la faillite (art. 18 OIns-FINMA)

Prise de position

L'ASB fait valoir que certains éléments de la liste de tâches de l'administration de la faillite pourraient être contestés de manière autonome en vertu de l'art. 17 LP. Elle s'interroge sur ce point compte tenu de l'absence de compétence de l'administration de la faillite pour rendre des décisions dans la procédure relevant du droit des marchés financiers (voir aussi ch. 3.1.2 sur le statut juridique de l'administration de la faillite).

Appréciation

Conformément à l'art. 37^ger al. 3 LB, la plainte prévue à l'art. 17 LP est exclue dans les procédures visées aux chapitres XI et XII de la loi sur les

banques, et donc aussi dans la procédure de faillite bancaire. Il en va de même conformément à l'art. 54e al. 3 LSA pour le domaine des assurances et conformément à la deuxième phrase de l'art. 138d al. 1 LPCC pour celui des placements collectifs. Les dispositions légales spéciales des art. 37^g^{er} LB, 54e LSA et 138d LPCC ainsi que la PA, qui règlent la qualité pour recourir des créanciers et des propriétaires, sont par contre applicables. Leur droit de recours est donc limité, dans la procédure de faillite, aux plaintes contre les opérations de réalisation ainsi que contre l'approbation du tableau de répartition et du compte final. La raison de cette réglementation spéciale est de permettre la liquidation des établissements des marchés financiers relevant de la compétence de la FINMA en matière d'insolvabilité dans le cadre d'une procédure efficace, adaptée à chaque cas particulier et donc plus rapide. Les possibilités de recours ont donc été volontairement restreintes et spécialement réglementées pour atteindre cet objectif¹². Parmi les tâches de l'administration de la faillite énumérées de manière non exhaustive à l'art. 18 OIns-FINMA, seules les opérations de réalisation du liquidateur de la faillite, considérées comme des actes matériels selon l'art. 37^g^{er} al. 2 LB et l'art. 54e al. 2 LSA, seraient susceptibles de faire l'objet d'une plainte. Conformément à ces dispositions légales spéciales relatives à ces actes matériels, quiconque justifie d'un intérêt digne de protection peut exiger de la FINMA une décision au sens de l'art. 25a PA¹³. Le processus en la matière est défini plus en détail à l'art. 38 OIns-FINMA. La décision ainsi rendue par la FINMA peut alors faire l'objet d'un recours.

Conclusion

Aucune adaptation de l'art. 18 OIns-FINMA n'est nécessaire.

3.4.4 Commission de surveillance (art. 20 OIns-FINMA)

Prise de position

Un participant à l'audition suggère de concrétiser dans les commentaires quand une prestation versée par les établissements mentionnés à l'art. 20 al. 2 OIns-FINMA est considérée comme « importante ».

Appréciation

Le critère d'une « prestation importante » n'est pas nouvellement introduit par l'OIns-FINMA, mais figure déjà aujourd'hui à l'art. 15 al. 2 OIB-FINMA. La nouveauté par rapport à la disposition antérieure consiste en la transformation en une disposition potestative afin de respecter l'égalité de traitement

¹² Concernant les explications relatives à l'art. 24 al. 2 LB en tant que disposition antérieure à l'art. 37^g^{er} LB, voir le message du 20 novembre 2002 concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, FF **2002** 7476 p. 7494. Voir aussi le message concernant la modification de la loi sur les banques (LB), (Insolvabilité, garantie des dépôts, ségrégation), 19 juin 2020, FF **2020** 6151 p. 6190.

¹³ Voir également à ce sujet les explications ci-dessus au ch. 3.1.2.

des créanciers d'une même classe. Le critère de l'importance doit aussi s'appliquer au cas par cas dans cette perspective, c'est-à-dire que les créanciers qui sont concernés de la même manière doivent être alors traités de la même manière. En règle générale, seuls les créanciers qui ont un poids ou une importance particulière du fait du rapport entre leurs créances et les autres créances sont représentés au sein de la commission de surveillance. Cette représentation ne peut être décidée que dans le cas concret, sur la base de l'ensemble des créances déclarées. L'évaluation étant ainsi relative, il n'est pas possible de fixer à l'avance des valeurs seuils ou des valeurs indicatives en pourcentage.

Conclusion

Les commentaires relatifs à l'art. 20 al. 2 OIns-FINMA ne sont pas adaptés.

3.4.5 Obligation de mise à disposition (art. 24 OIns-FINMA)

Prise de position

Lenz & Staehelin fait remarquer, en ce qui concerne les cryptoactifs mentionnés à l'art. 24 al. 2 OIns-FINMA, qu'il n'est pas clair si ceux-ci doivent être pris en compte de manière générale ou seulement lorsqu'il s'agit simultanément de titres et autres instruments financiers au sens des lois spéciales. Par ailleurs, l'exigence d'une « estimation objective » de la valeur ne porterait pas grammaticalement sur les cryptoactifs, ce qui serait probablement involontaire.

Appréciation

La disposition de l'art. 24 al. 2 OIns-FINMA porte sur l'ensemble des cryptoactifs dont la valeur peut être estimée objectivement. C'est pourquoi les cryptoactifs sont explicitement mentionnés séparément dans la disposition, en plus des instruments financiers. La définition des « instruments financiers » introduite par l'art. 3 let. a LSFIn ne couvre en effet pas tous les cryptoactifs, notamment pas les bitcoins, qui constituent en pratique une des principales utilisations des cryptoactifs. L'exigence de l'estimation objective s'applique donc aussi aux cryptoactifs. L'OIns-FINMA et les commentaires sont adaptés en conséquence.

Conclusion

L'art. 24 al. 2 OIns-FINMA et les commentaires sont adaptés de manière à ce que le critère de l'estimation objective s'applique aussi aux cryptoactifs. Il est en outre précisé dans les commentaires que la disposition couvre tous les cryptoactifs et pas seulement ceux qui sont simultanément des titres et autres instruments financiers.

3.4.6 Décision sur le maintien de placements collectifs de capitaux (art. 26 OIns-FINMA)

Prise de position

Lenz & Staehelin fait remarquer qu'il est question à l'art. 26 OIns-FINMA de « fonds de placement » en ce qui concerne les fonds de placement contractuels et de « compartiments d'investissement » en ce qui concerne une SICAV. Eu égard aux différentes dispositions de la LPCC, il est suggéré de clarifier la notion de « fonds de placement » à l'art. 26 OIns-FINMA. Il ne serait en effet pas clair si la notion de « fonds de placement » à l'art. 26 OIns-FINMA viserait toujours délibérément un fonds de placement en entier uniquement ou bien également des compartiments d'investissements individuels, qui constituent aussi un placement collectif propre et seraient dès lors aussi couverts par la notion de « fonds de placement ». Quoi qu'il en soit, un compartiment individuel devrait aussi pouvoir faire l'objet d'un transfert selon l'art. 26 OIns-FINMA.

Lenz & Staehelin suggère en outre de ne pas limiter le champ d'application de l'art. 26 OIns-FINMA aux placements collectifs approuvés ou autorisés par la FINMA, et donc assujettis à la surveillance, mais de permettre aussi le transfert de *limited qualified investor funds* (L-QIF), aussi bien en cas d'insolvabilité du L-QIF qu'en cas d'insolvabilité de la direction de fonds d'un L-QIF.

Appréciation

Le terme de « fonds de placement » utilisé à l'art. 26 OIns-FINMA englobe aussi, dans le cas d'un placement collectif ouvert divisé en compartiments (fonds ombrelle), chacun des compartiments qui, conformément à l'art. 92 LPCC, constitue un placement collectif en soi. Une clarification en ce sens est apportée dans les commentaires. Une adaptation terminologique du texte de la disposition de l'art. 26 OIns-FINMA n'est par contre pas jugée nécessaire. Pour des questions de lisibilité de la disposition, il convient plutôt d'éviter une telle adaptation.

Une extension de la disposition de l'art. 26 OIns-FINMA aux L-QIF doit clairement être rejetée dans le cas présent. La législation actuelle n'autorise pas une telle extension. L'art. 118d let. b LPCC exclut en effet les L-QIF, toutes formes juridiques confondues, de la compétence de la FINMA en matière d'insolvabilité et, donc, du champ d'application de l'OIns-FINMA. Conformément à l'art. 126f let. a OPCC, la disposition de l'art. 141 OPCC, qui autorise la FINMA à ordonner dans certaines circonstances le transfert d'un fonds de placement à une nouvelle direction de fonds ou d'un compartiment d'investissement d'une SICAV à une nouvelle SICAV, ne s'applique explicitement pas aux L-QIF. Dans les commentaires relatifs aux modifications à ce sujet de l'OPCC, il est précisé que cela signifie, pour un L-QIF ayant la

forme juridique d'un fonds de placement contractuel, qu'en cas de faillite de la direction du fonds, ses actifs seront distraits et liquidés au bénéfice des investisseurs conformément à l'art. 40 LEFin. La faillite d'un L-QIF revêtant la forme d'une SICAV ou d'une SCmPC se déroule entièrement selon les dispositions de la LP, le transfert d'un compartiment d'investissement d'une SICAV à une nouvelle SICAV n'est pas disponible pour un L-QIF sous la forme juridique d'une SICAV.¹⁴

Conclusion

L'art. 26 Oins-FINMA n'est pas adapté. Il est précisé dans les commentaires relatifs à l'art. 26 Oins-FINMA que le terme de fonds de placement couvre aussi les compartiments individuels d'un placement collectif ouvert.

3.4.7 Créances et prétentions (art. 27 Oins-FINMA)

Prises de position

Homburger suggère de préciser à l'art. 27 al. 3 Oins-FINMA que l'administration de la faillite peut aussi faire valoir des prétentions de droit civil, comme par exemple des prétentions en matière de responsabilité. En cas de mise en œuvre de cette adaptation, il serait nécessaire de procéder à une adaptation consécutive sous la forme d'une précision restrictive à l'art. 37 al. 3 dernière phrase de l'Oins-FINMA.

Les établissements d'émission de lettres de gage font valoir, en ce qui concerne la réglementation des frais à l'art. 27 al. 6 Oins-FINMA, que les frais encourus par la personne nommée conformément à l'art 40a al. 2 LLG et les frais pour la gestion des prêts et des couvertures font partie des frais de faillite et doivent donc être traités comme tels. En effet, dans chaque cas de faillite, tous les actifs devraient être gérés jusqu'à la fin de la procédure de faillite. Le fait que les prêts sur lettres de gage et leur couverture soient séparés à l'ouverture de la faillite et que ce n'est qu'à la fin, après le remboursement complet des prêts, qu'un solde restant est remboursé à la masse, ne change rien à cet état de fait du point de vue économique. Ne vouloir indemniser la personne nommée qu'à partir d'un éventuel excédent du fonds de couverture après le remboursement complet des prêts plus intérêts ne serait pas praticable. Même si l'on peut normalement s'attendre à un tel excédent, il n'est pas garanti. Un paiement à partir du fonds de garantie avant le règlement de tous les prêts sur lettres de gage plus intérêts serait également exclu.

¹⁴ Cf. le [commentaire](#) du 31 janvier 2024 concernant la modification de l'ordonnance sur les placements collectifs (*Limited Qualified Investor Fund*, L-QIF), p. 27 s.

Appréciation

La teneur réglementaire de l'art. 27 al. 3 OIns-FINMA se limite à la contestation d'actes juridiques. Le traitement des créances est en revanche régi par l'art. 27 al. 1 OIns-FINMA. L'obligation d'encaisser les créances échues qui y est énoncée implique aussi leur vérification préalable. La disposition de l'al. 1 couvre toutes les créances de droit civil et, dans le sens d'une interprétation large, aussi l'examen de l'existence de prétentions en matière de responsabilité. Une clarification dans l'OIns-FINMA est donc jugée superflue ; elle peut en revanche être apportée dans les explications relatives à l'al. 1 de la disposition. L'adaptation proposée de l'art. 27 al. 3 OIns-FINMA n'étant pas reprise, l'adaptation consécutive de l'art. 37 al. 3 OIns-FINMA est caduque.

Étant donné que la personne nommée conformément à l'art 40a al. 2 LLG assume, en se chargeant de la gestion des prêts et de la couverture, de tâches qui devraient sinon être accomplies par l'administration de la faillite, il semble approprié de traiter les frais encourus à cet égard de la même manière que les frais liés à l'exécution de la procédure de faillite. La disposition de l'art. 27 al. 6 OIns-FINMA est adaptée en conséquence. Il en résulte en outre une adaptation consécutive à l'art. 39 al. 1 let. c OIns-FINMA, puisque les frais susmentionnés doivent y être ajoutés en tant que dettes de la masse.

Conclusion

L'art. 27 al. 3 OIns-FINMA n'est pas modifié. Une précision est en revanche apportée dans les commentaires relatifs à l'art. 27 al. 1 OIns-FINMA.

L'art. 27 al. 6 OIns-FINMA, et partant l'art. 39 al. 1 let. c OIns-FINMA, sont adaptés dans ce sens que les frais encourus par la personne nommée conformément à l'art 40a al. 2 LLG et les frais pour la gestion des prêts et des couvertures par ladite personne sont traités en tant que dettes de la masse à l'instar des frais liés à l'exécution de la procédure de faillite.

3.4.8 Suspension faute d'actifs (art. 29 OIns-FINMA)

Prise de position

Un participant à l'audition fait valoir qu'une suspension faute d'actifs est toujours seulement possible à l'issue du remboursement de tous les dépôts privilégiés. Dans ce contexte, la question de la prise en charge des coûts pour la mise en œuvre de la procédure jusqu'à cette date est posée et une réglementation correspondante suggérée.

Appréciation

Dans le cas d'un établissement autorisé qui détient des dépôts privilégiés, il y a en général suffisamment d'actifs pour mener une procédure de faillite. Dans le cas contraire, il y aurait dans tous les cas d'abord un remboursement des dépôts garantis à partir des actifs liquides à conserver conformément à l'art. 37a al. 6 LB, complété par des fonds provenant de la garantie des dépôts, avant qu'il n'y ait une suspension faute d'actifs. La poursuite de la procédure dépendrait de la constitution de sûretés par les créanciers restants. Ce processus est régi par l'art. 29 al. 3 et 4 OIns-FINMA. Une réglementation plus étendue dans l'OIns-FINMA ne semble pas nécessaire en l'espèce.

Conclusion

L'art. 29 Oins-FINMA n'est pas adapté.

3.4.9 Collocation (art. 31 OIns-FINMA)

Prise de position

Un participant à l'audition demande si la procédure d'épuration des charges pour les immeubles est régie par la LP et suggère d'insérer un renvoi correspondant.

Appréciation

Contrairement à la poursuite par voie de saisie, la procédure de faillite ne donne pas lieu à une procédure d'épuration des charges autonome. Dans la procédure de faillite, l'état des charges fait partie de l'état de collocation. L'épuration des charges se fait dans le cadre du processus de collocation et peut être contesté au moyen d'une action en contestation de l'état de collocation. Conformément à l'art. 34 al. 1 OIns-FINMA, cette action est régie par l'art. 250 LP. Un renvoi supplémentaire ne semble pas nécessaire dans ce contexte.

Conclusion

L'art. 31 Oins-FINMA n'est pas adapté.

3.4.10 Cession des droits (art. 37 OIns-FINMA)

L'adaptation de l'art. 37 al. 3 OIns-FINMA proposée par Homburger est une adaptation consécutive à la proposition d'adaptation de l'art. 27 al. 3 OIns-FINMA. Celle-ci étant rejetée, il n'est pas nécessaire de traiter la question

plus en détail ici. Il est renvoyé à cet égard aux explications fournies sous ch. 3.4.7.

Conclusion

L'art. 37 al. 3 OIns-FINMA n'est pas adapté.

3.4.11 Tableau de distribution, compte final et paiement des créanciers (art. 40 OIns-FINMA)

Prise de position

Se référant à l'art. 40 al. 1 OIns-FINMA et au rapport explicatif relatif à l'art. 44 al. 1 et 2 OB¹⁵, un participant à l'audition affirme qu'il n'existe aucun pouvoir d'appréciation quant au versement d'acomptes à l'organisme de garantie des dépôts et aux créanciers correspondants. Ces versements devraient être effectués dès qu'il est clair que les prétentions des créanciers de la première et de la deuxième classe pourraient être entièrement satisfaites.

Appréciation

Les explications du rapport explicatif susmentionné ne sont pas en contradiction avec la formulation de l'art. 40 al. 1 OIns-FINMA, qui correspond à celle des ordonnances antérieures. Elles pourraient tout au plus être considérées comme un critère pour l'exercice du pouvoir d'appréciation. Parallèlement tout comme de manière ultérieure, des acomptes peuvent aussi être versés aux créanciers de la troisième classe.

Conclusion

L'art. 40 al. 1 OIns-FINMA n'est pas modifié.

3.4.12 Consignation (art. 42 OIns-FINMA)

Prise de position

Un participant à l'audition suggère de supprimer la réserve relative aux avoirs en déshérence à l'art. 42 al. 2 OIns-FINMA. Celle-ci ne définirait en effet pas la manière de traiter les avoirs en déshérence dans le cadre de la procédure de faillite.

¹⁵ [Rapport explicatif](#) du 8 avril 2022 en vue de l'ouverture de la procédure de consultation relative à la Modification de l'ordonnance sur les banques (insolvabilité, garantie des dépôts, ségrégation et capacité d'assainissement et de liquidation), p. 16 ; consultable sur www.fedlex.admin.ch > Procédures de consultation terminées > 2022.

Appréciation

La réserve relative aux avoirs en déshérence a été introduite de manière ciblée et ne doit pas être supprimée.

Il est précisé à l'art. 42 al. 2 OIns-FINMA que les biens consignés qui deviennent disponibles ou qui n'ont pas été retirés dans un délai de dix ans à compter de leur consignation doivent être réalisés et distribués conformément à l'art. 44 OIns-FINMA par analogie (biens découverts ultérieurement). La disposition prévoit ainsi une réalisation et une distribution au moment susmentionné.

Selon l'art. 37m al. 1 LB, les avoirs en déshérence sont par contre liquidés après 50 ans lorsque l'ayant droit ne s'est pas manifesté malgré une publication préalable ; les avoirs jusqu'à 500 francs pouvant être liquidés sans publication préalable.

Les délais prévus par les deux dispositions divergent donc clairement, ce qui est pertinent pour les avoirs en déshérence en ce qui concerne les prétentions réelles dans la faillite. En effet, si les prétentions non réelles sont soumises aux mêmes règles que les prétentions dont l'ayant droit est connu, les prétentions réelles sont soumises au délai de 50 ans prévu par la LB.¹⁶

Ainsi, dans le cas des avoirs en déshérence, les prétentions non réelles deviennent exigibles à l'ouverture de la procédure de faillite, ce qui marque le début du délai de prescription, et elles sont inscrites à l'état de collocation. Conformément à l'art. 42 en relation avec l'art. 44 OIns-FINMA, le dividende de faillite revenant à un ayant droit d'avoirs en déshérence doit donc être consigné pendant dix ans, puis réalisé et distribué.

Les valeurs déposées distraites ou les choses mobilières déposées dans un coffre-fort bancaire et en déshérence doivent par contre être transférées à une banque tierce en cas de faillite bancaire aussi, et peuvent, conformément à l'art. 37m LB, seulement être liquidées après 50 ans (et non après 10 ans). Elles doivent alors être transférées à une autre banque selon l'art. 37l LB et ne peuvent être liquidées qu'après le délai habituel de 50 ans.

Dans le cas des avoirs en déshérence, les dispositions applicables de la LB, et partant le délai de 50 ans, priment donc sur la réglementation contenue dans l'OIns-FINMA en ce qui concerne les prétentions réelles.

La réserve figurant à l'art. 42 al. 2 *in fine* OIns-FINMA vise à tenir compte de cet état de fait et doit être maintenue pour des raisons de transparence. Le contexte de la réserve doit par contre être détaillé dans les commentaires.

¹⁶ Cf. THOMAS MÜLLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, éd. 2015, N 20–22 ad art. 37l-37m.

Conclusion

L'art. 42 al. 2 OIns-FINMA n'est pas modifié. Les commentaires sont complétés pour détailler le contexte de la réserve des dispositions relatives aux avoirs en déshérence.

4 Suite de la procédure

La nouvelle OIns-FINMA entre en vigueur au 1^{er} octobre 2025. L'OIB-FINMA, l'OFA-FINMA et l'OFPC-FINMA sont abrogées à la même date.