

Ordonnance de la FINMA sur la procédure d'insolvabilité des établissements des marchés financiers (ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité)

Commentaires

20 août 2025

Table des matières

Éléments essentiels	3
Liste des abréviations.....	4
1 Teneur et objectif de la version préliminaire	6
2 Commentaires des dispositions	6
2.1 Remarques préliminaires	6
2.2 Commentaire des dispositions	8
2.3 Commentaires relatifs aux dispositions non reprises.....	35
3 Processus de réglementation.....	35
3.1 Consultation préalable	36
3.2 Consultation des unités administratives également intéressées ..	36
3.3 Consultation publique.....	36
4 Principes de réglementation.....	36
5 Analyse des effets	37
6 Suite de la procédure	38

Éléments essentiels

1. La loi sur les banques, la loi sur la surveillance des assurances et la loi sur les placements collectifs prévoient des dispositions en cas d'assainissement ou de faillite propres aux établissements visés. Chacune de ces lois contient des normes de délégation permettant à la FINMA de réglementer plus en détail la procédure concernée. Au moyen d'un renvoi dans la loi sur l'infrastructure des marchés financiers, dans la loi sur l'émission de lettres de gage et dans la loi sur les établissements financiers, les dispositions de la LB relatives à l'insolvabilité s'appliquent également par analogie aux personnes soumises auxdites lois. Jusqu'à présent, ces règles de procédure propres aux différents types d'établissement figuraient dans trois ordonnances indépendantes : 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).
2. Le projet d'ordonnance vise d'une part à regrouper les ordonnances de la FINMA sur l'insolvabilité et la faillite préexistantes spécifiques à chaque établissement, de sorte à former une seule ordonnance synthétique sur l'insolvabilité. D'autre part, quant au contenu de l'ordonnance, l'objectif est de tenir 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.
3. À la suite de l'introduction du droit de l'assainissement dans la loi sur la surveillance des assurances, la procédure d'assainissement pour les entreprises d'assurance est désormais également régie plus en détail au niveau des ordonnances de la FINMA. Ces réglementations se veulent concises et fondées sur des principes afin que la FINMA conserve la souplesse nécessaire en cas d'assainissement et puisse tenir compte des spécificités de l'établissement concerné.
4. Les règles de procédure fixées par l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité ont dans l'ensemble pour objectif d'accélérer la procédure, de prendre en considération les particularités connues de chaque établissement et de tenir compte des spécificités au cas par cas. En outre, en harmonisant et en réunissant dans un seul texte législatif les règles de procédure applicables à tous les établissements financiers relevant de la compétence de la FINMA en matière d'insolvabilité, l'objectif est d'en faciliter la mise en pratique et de renforcer la sécurité juridique.

Liste des abréviations

OS	Ordonnance de la FINMA du 9 novembre 2005 sur la surveillance (RS 961.011)
LB	Loi du 8 novembre 1934 sur les banques (RS 952.0)
OB	Ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques (RS 952.02)
OIB-FINMA	Ordonnance de la FINMA du 30 août 2012 sur l'insolvabilité bancaire (RS 952.05)
LSFin	Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers (RS 950.1)
LIMF	Loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (RS 958.1)
LEFin	Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (RS 954.1)
LFINMA	Loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (RS 956.1)
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)
OAOF	Ordonnance du 13 juillet 1911 sur l'administration des offices de faillite (RS 281.32)
CO	Code des obligations (RS 220)
LLG	Loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage (RS 211.432.4)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)

CP	Code pénal (RS 311.0)
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 Teneur et objectif de la version préliminaire

À la suite de la révision de la LB du 17 décembre 2021¹, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2023, et de la LSA du 18 mars 2022², en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2024, des adaptations étaient nécessaires dans l'OIB-FINMA et dans l'OFA-FINMA.

La révision de la LB a notamment eu pour effet de réglementer au niveau de la loi divers aspects de la procédure d'assainissement jusqu'ici régis à l'échelon de l'OIB-FINMA. Ces aspects sont ainsi devenus caducs dans la réglementation de la FINMA. Quant à la LSA, qui ne régissait jusqu'ici les cas d'insolvabilité d'entreprises d'assurance que sous l'angle de la faillite, elle comporte désormais suite à sa révision des dispositions relatives à l'assainissement et prévoit à l'art. 52a al. 4 LSA que la FINMA peut préciser les modalités de la procédure d'assainissement.

En outre, plusieurs autres textes législatifs sur les marchés financiers ayant entre-temps introduit l'application par analogie des dispositions de la LB concernant l'insolvabilité, il convient d'en tenir compte de manière adéquate dans les règles de procédure édictées par la FINMA.

La FINMA a profité de la nécessité de réviser ses dispositions d'exécution en matière d'insolvabilité pour examiner et adapter les règles existantes en tenant compte des constats tirés de la pratique et de la doctrine. Elle a regroupé lesdites dispositions dans une nouvelle ordonnance consolidée, qui couvre également la teneur réglementaire de l'OFPC-FINMA.

L'objectif est une harmonisation maximale des règles de procédure tout en tenant compte des spécificités de chaque catégorie d'établissement relevant du champ d'application.

Les bases légales concrètes des dispositions de l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité se trouvent aux art. 28 al. 4 et 34 al. 3 LB – qui, de par le renvoi contenu aux art. 42 LLG, 67 LEFin et 88 al. 1 LIMF, s'appliquent également aux entités soumises à la compétence de la FINMA en matière d'insolvabilité citées dans ces renvois – ainsi qu'aux art. 12 al. 2^{bis} deuxième phrase OB, 52a al. 4 et 54 al. 3 LSA et 138 al. 3 LPCC.

2 Commentaires des dispositions

2.1 Remarques préliminaires

Les différents articles et alinéas du projet d'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité (OIns-FINMA) sont présentés plus en détail ci-après. Il convient

¹ RO 2022 732 ; FF 2020 6151

² RO 2023 355 ; FF 2020 8637

ici de rappeler de manière générale que les dispositions de l'OIns-FINMA reposent en grande partie sur celles des ordonnances antérieures, à savoir l'OIB-FINMA, l'OFA-FINMA et l'OFPC-FINMA. Leur contenu n'a été que marginalement modifié et complété, à l'exception des adaptations concernant l'étendue et le champ d'application des dispositions sur la procédure d'assainissement, rendues nécessaires par la révision de la LB et de la LSA.

Afin de montrer clairement quelles dispositions des ordonnances antérieures ont été regroupées et harmonisées, et sous quelle forme, les explications concernant les différentes dispositions sont présentées sous forme de tableau au chapitre 2.2, avec mention de l'article concerné de l'ordonnance remplacée. Le tableau détaille et explicite principalement les nouvelles réglementations et les différences par rapport à la teneur des ordonnances antérieures. Pour des explications de fond quant aux dispositions dont la teneur est reprise des ordonnances antérieures (OIB-FINMA, OFA-FINMA, OFPC-FINMA), il est de manière générale renvoyé aux rapports explicatifs relatifs auxdites ordonnances ainsi qu'au rapport relatif à l'ordonnance de la FINMA sur la faillite bancaire en tant qu'ordonnance antérieure à l'OIB-FINMA³.

Le chapitre 2.3 propose une vue d'ensemble des dispositions des ordonnances antérieures qui n'ont pas été reprises dans l'OIns-FINMA consolidée. Les motifs en sont à chaque fois précisés.

³ Cf. le rapport explicatif relatif à l'OIB-FINMA publié le 16 janvier 2012 (disponible en allemand) et le rapport explicatif relatif à la révision partielle de l'OIB-FINMA publié le 27 septembre 2016 (disponible en français) ; le rapport explicatif concernant l'OFA-FINMA publié le 8 mai 2012 (disponible en allemand) ; le rapport explicatif concernant l'OFPC-FINMA publié le 10 juillet 2012 (disponible en allemand) et les explications relatives à l'OFPC-FINMA dans le chapitre 6 du rapport explicatif du 7 février 2020 concernant les dispositions d'exécution de la FINMA relatives à la LSFIn et à la LEFin (disponible en français) ; à consulter sous www.finma.ch > Documentation > Auditions et évaluations > [Auditions achevées](#) > 2012, 2016 ou 2020 selon le cas. Cf. aussi 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 ; à consulter sous www.finma.ch > Sites Internet des autorités antérieures à la FINMA > Commission fédérale des banques > Réglementation > Auditions > [Auditions 2005](#).

2.2 Commentaire des dispositions

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
------------	-----------------------	--------------

Chapitre 1 Dispositions générales

Art. 1 Objet	Art. 1 OIB-FINMA Art. 1 OFA-FINMA Art. 1 OFPC-FINMA	Sur le plan conceptuel, il est précisé que la réglementation de l'ordonnance concerne les procédures d'assainissement et de faillite ; par conséquent, une procédure indépendante de mesures protectrices selon l'art. 26 LB ou selon l'art. 51 LSA n'est pas couverte par l'ordonnance. En outre, le terme « procédure d'insolvabilité » est introduit comme terme générique pour la procédure d'assainissement et la procédure de faillite.
Art. 2 Champ d'application	Art. 2 OIB-FINMA Art. 2 OFA-FINMA Art. 2 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> Le champ d'application s'étend à toutes les entreprises pour lesquelles la FINMA dispose d'une compétence en matière d'insolvabilité, conformément aux lois sur les marchés financiers applicables (LB, LLG, LEFin, LIMF, LPCC et LSA). L'al. 1 énumère les destinataires mentionnés jusqu'à présent dans les dispositions correspondantes de l'OIB-FINMA, de l'OFA-FINMA et de l'OFPC-FINMA. Cette énumération est en outre complétée par un renvoi aux lois et ordonnances des marchés financiers applicables. Dans un souci de transparence, sont désormais citées explicitement les personnes selon l'art. 1b LB, les infrastructures des marchés financiers, les sociétés mères et les sociétés du groupe significatives) dans le domaine des banques, des établissements financiers, des infrastructures du marché financier et des assurances (sociétés au sens des art. 2^{bis} LB, 4 LEFin, 3 LIMF et 2a LSA), de même que les succursales en Suisse de banques et maisons de titres étrangères. Dans cette ordonnance, les destinataires sont collectivement désignés comme étant des établissements des marchés financiers ; cette simplification répond à un souci de lisibilité. Dans le domaine des placements collectifs de capitaux, l'art. 118d let. b LPCC exclut les <i>limited qualified investor funds</i> (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. Les personnes exerçant sans droit, de même que les personnes exerçant leur activité uniquement en deçà du seuil d'autorisation ne relèvent pas de la compétence de la FINMA en matière d'insolvabilité et, partant, pas du champ d'application de l'OIns-FINMA. C'est en particulier depuis l'entrée en vigueur de l'art. 173b al. 2 LP que ladite compétence se limite désormais aux débiteurs au bénéfice de l'autorisation nécessaire de la FINMA. Les entités ad hoc d'assurance ne relèvent pas non plus de la compétence de la FINMA en matière d'insolvabilité. Elles sont donc exclues du champ

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
		d'application de l'OIns-FINMA. Si les dispositions de la loi sur la surveillance des assurances (art. 30e al. 2 LSA) s'appliquent en principe par analogie à ces entités ad hoc, l'art. 111d OS les exclut explicitement des dispositions de la LSA relatives à l'insolvabilité et donc également de la norme de délégation permettant à la FINMA d'édicter des dispositions spécifiques en matière de procédure. <u>Al. 2</u> La LPCC contient uniquement des dispositions concernant la faillite, en se référant largement à la LP, et mentionne le droit de la FINMA de prendre des décisions et mesures dérogeant auxdites règles. La LPCC ne comporte pas de réglementation sur la procédure d'assainissement avec une norme de délégation correspondante à la FINMA. Contrairement à la LB et à la LSA, la LPCC n'octroie donc pas à la FINMA de compétence pour préciser plus en détail les procédures d'assainissement concernant les placements collectifs de capitaux (cf. à ce propos le rapport explicatif OFPC-FINMA 2012, p. 10⁴). La teneur de l'OFPC-FINMA se limitait ainsi déjà à réglementer la procédure de faillite. L'al. 2 de l'OIns-FINMA tient explicitement compte de cet état de fait.
<u>Remarque préliminaire relative aux art. 3 ss</u> Conformément à la formulation qui prévalait dans l'OIB-FINMA, les dispositions générales des art. 3 ss OIns-FINMA se réfèrent en principe aux procédures d'assainissement et de faillite (procédure d'insolvabilité). Pour les entreprises d'assurance, il est ainsi tenu compte de l'introduction, au niveau de la LSA, des dispositions relatives à l'assainissement. En revanche, concernant les titulaires d'une autorisation soumis à la LPCC, ces dispositions ne s'appliquent que de manière restreinte à la procédure de faillite.		
Art. 3 Universalité	Art. 3 al. 1 et 3 OIB-FINMA Art. 3 al. 1 et 3 OFA-FINMA Art. 3 al. 1 et 3 OFPC-FINMA	La disposition relative à l'universalité a été fondamentalement reprises des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles et en se limitant aux al. 1 et 3. L'al. 2 des ordonnances antérieures a été déplacé, avec des adaptations rédactionnelles mineures, dans un nouvel art. 4, pour mieux tenir compte de la teneur réglementaire autonome de cette disposition.
Art. 4 Égalité de traitement des créanciers	Art. 3 al. 2 OIB-FINMA Art. 3 al. 2 OFA-FINMA Art. 3 al. 2 OFPC-FINMA	La disposition correspond à la teneur réglementaire de l'art. 3 al. 2 des ordonnances antérieures. Elle a été complétée par un renvoi à la loi sur les marchés financiers applicable afin de refléter le fait qu'une situation initiale différente, inscrite dans de la loi, peut impliquer un traitement différent des créanciers en cas de faillite. Par cet ajout, il est notamment tenu compte des art. 54a et 54a^{bis} LSA. Ces derniers prévoient, dans le traitement des créances non couvertes nées de contrats d'assurance, une distinction entre celles pour lesquelles une fortune liée doit être constituée en vertu de l'art. 17 LSA et celles pour lesquelles cette exigence n'est pas applicable. Néanmoins, selon cet art. 17 LSA, les entreprises d'assurance dont le siège est en Suisse doivent

⁴ Rapport explicatif concernant l'OFPC-FINMA publié le 10 juillet 2012 ; à consulter (en allemand) sous www.finma.ch > Documentation > Auditions et évaluations > [Auditions achevées](#) > 2012.

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
		et peuvent désormais constituer ou utiliser une telle fortune liée afin de garantir les obligations découlant des contrats d'assurance uniquement pour les portefeuilles d'assurance des succursales suisses et non pas pour les succursales étrangères.
Art. 5 For en cas d'insolvabilité	Art. 7 OIB-FINMA Art. 9 OFA-FINMA Art. 10 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> Cet alinéa ne comporte que quelques adaptations rédactionnelles mineures et un ajout par rapport aux ordonnances antérieures précisant simplement que la réglementation concerne les personnes morales et que le for en cas d'insolvabilité est désigné en fonction de la situation au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. <u>Al. 2</u> En référence à la formulation de l'OIB-FINMA, cette réglementation concerne également les cas exceptionnels où un établissement des marchés financiers suisse dispose de plusieurs sièges en Suisse, et non plus uniquement le cas des établissements des marchés financiers étrangers ayant plusieurs succursales en Suisse. Quelques remaniements rédactionnels mineurs ont par ailleurs été effectués. <u>Al. 3</u> La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures.
Art. 6 Publications et communications aux créanciers	Art. 4 OIB-FINMA Art. 4 OFA-FINMA Art. 4 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> Cet alinéa réunit les dispositions correspondantes des différents art. 4 al. 1 des ordonnances antérieures. Il ne comporte qu'une seule modification sur le fond selon laquelle les directions de fonds sont désormais visées par l'obligation de publier dans les organes de publication au sens de l'art. 39 OPCC. <u>Al. 2</u> La première phrase a été concrétisée en ce sens que l'obligation de notification directe des communications s'applique seulement si une adresse en Suisse est connue pour les créanciers en plus de leur nom. Il s'agit par là de tenir compte des traités internationaux pertinents et des restrictions existantes en matière de notification à l'étranger. La deuxième phrase a été simplifiée. Elle indique désormais que la FINMA peut de manière générale obliger les créanciers dont le siège ou le domicile se situe à l'étranger à élire en Suisse un domicile de notification. La précision « <i>si cela contribue à simplifier la procédure</i> » a été supprimée, puisqu'une notification à un domicile ad hoc en Suisse constitue dans la plupart des cas une simplification. <u>Al. 3</u> Les conditions d'une renonciation à une notification directe, jusqu'à présent traitées dans la dernière phrase de l'al. 2 des ordonnances antérieures, font désormais l'objet d'un alinéa distinct et ont été légèrement remaniées : – Le critère du caractère urgent est maintenu.

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
		– Le critère « pour simplifier la procédure » a été biffé, puisqu’une renonciation devrait en général permettre une simplification. – Le critère des données de notification manquantes ou devenues caduques a été ajouté. Il est ainsi tenu compte du fait que dans ces cas, une notification directe n’est plus possible sans difficulté. Dans ces cas, la communication se fait par voie de publication. <u>Al. 4</u> La réglementation correspond à l’al. 3 des ordonnances antérieures.
Art. 7 Consultation des pièces	Art. 5 OIB-FINMA Art. 5 OFA-FINMA Art. 5 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> Les critères concernant la consultation des pièces ont été repris de l’al. 1 des ordonnances antérieures. Les restrictions découlant du secret professionnel ont été déplacées à l’al. 2, qui regroupe en une seule disposition les restrictions à la consultation des pièces. <u>Al. 2</u> Par rapport aux ordonnances antérieures, ce paragraphe n’a subi que de légères modifications, notamment de structure. En particulier, la préservation du secret professionnel autrefois citée à l’al. 1, y compris concernant la consultation des pièces, est désormais transférée à l’al. 2 avec une formulation plus générale. Il ne s’agit dès lors pas d’une modification matérielle par rapport aux dispositions antérieures. Outre les secrets professionnels jusqu’ici expressément cités dans l’OIB-FINMA, à savoir le secret bancaire au sens de l’art. 47 LB et le secret professionnel au sens de l’art. 69 LEFin, la nouvelle formulation englobe clairement tous les secrets professionnels concernés et, partant, également celui de l’art. 147 LIMF. La formulation « en particulier » précise que d’autres intérêts prépondérants peuvent, dans certains cas, s’opposer à la consultation intégrale du dossier. <u>Al. 3</u> La première phrase a été reprise à l’identique des ordonnances antérieures. La deuxième phrase, concernant l’exigence d’une confirmation écrite quant au but de la consultation, correspond dans sa teneur à l’al. 4, première phrase, des ordonnances antérieures. En revanche, la menace de certaines peines, figurant à l’al. 4, deuxième phrase, des ordonnances antérieures n’a pas été reprise, puisque cette mention était purement déclarative. La mention de telles sanctions peut être faite indépendamment d’une disposition dans ce sens dans l’OIns-FINMA. <u>Al. 4</u> Cette réglementation a été reprise des dispositions à l’al. 5 des ordonnances antérieures, avec des adaptations rédactionnelles et de structure. Par ailleurs, une précision a été introduite concernant la compétence de la FINMA quant à

Oins-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
		la décision d'accorder l'accès aux pièces dans les procédures de reconnaissance sans conduite d'une procédure suisse.
Art. 8 Annonce à la FINMA	Art. 6 OIB-FINMA Art. 6 OFA-FINMA Art. 6 OFPC-FINMA	La réglementation a été largement reprise des al. 1 et 3 des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles. Les précisions à l'al. 2 des ordonnances antérieures selon lesquelles les décisions prises par le délégué à l'assainissement ou le liquidateur de la faillite ne constituent pas des décisions au sens de la loi sur la procédure administrative et que la personne procédant à l'annonce n'a pas la qualité de partie envers la FINMA étaient purement déclaratives. Au fond, cela découle déjà de l'application de la loi sur la procédure administrative et ne nécessite pas de réglementation autonome dans l'ordonnance. Les personnes nommées par la FINMA sont en effet certes investies de la puissance publique, mais elles ne deviennent pas pour autant une « autorité administrative ». La non-reprise de cette clarification n'a donc aucune signification matérielle. Il en va de même pour la précision apportée précédemment à la fin de l'al. 3, selon laquelle la FINMA, lorsqu'elle prend les mesures qui s'imposent eu égard aux circonstances dans un cas d'espèce, rend une décision si nécessaire.
Art. 9 Coordination	Art. 9 OIB-FINMA Art. 11 OFA-FINMA Art. 11 OFPC-FINMA	La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures et complétée par une obligation de coordination avec la personne nommée par la FINMA conformément à l'art. 40 al. 1 ou 40a al. 2 LLG pour les raisons suivantes: En cas d'ouverture de la faillite d'une banque membre d'un établissement d'émission de lettres de gage, la FINMA ordonne, conformément à l'art. 40a al. 1 LLG, la séparation des prêts et de la couverture, y compris le paiement des intérêts et les remboursements. A la différence d'autres créances, l'ouverture de la faillite n'entraîne pas l'exigibilité des prêts sur lettres de gage. Conformément à l'art. 40a al. 2 LGG, la FINMA nomme séparément, en plus de l'administration de la faillite, une personne chargée de la gestion des prêts et de la couverture. Cette personne doit prendre toutes les mesures propres à garantir le respect des obligations découlant des prêts, y compris le paiement des intérêts et les remboursements, dans leur intégralité et dans les délais impartis. Après le remboursement ou le transfert des prêts, la personne chargée de la gestion des prêts et de la couverture doit établir un décompte de l'utilisation de la couverture. Un éventuel excédent est versé à la masse en faillite conformément à l'art. 27 al. 6 Oins-FINMA. Dans les conditions énumérées à l'art. 40 al. 1 LLG, la FINMA peut en outre confier à un chargé d'enquête le contrôle et la gestion de la couverture avant même l'ouverture de la faillite d'une banque membre. Les mandats parallèles des personnes chargées par la FINMA de l'assainissement ou de l'exécution de la procédure de faillite et des personnes

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
		nommées conformément à l'art. 40 al. 1 ou 40a al. 2 LLG sont susceptibles de présenter certains points de contact qui rendent nécessaire une coordination.
Art. 10 Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures étrangères	Art. 10 OIB-FINMA Art. 12 OFA-FINMA Art. 12 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> La formulation de l'OIB-FINMA a servi de base à la rédaction de cette disposition. Cette dernière englobe désormais, également pour les entreprises d'assurance et les placements collectifs, non seulement les <i>décisions de faillite</i> étrangères mais aussi les <i>mesures d'insolvabilité étrangères</i>, et ce en conformité avec les art. 54i LSA et 138c LPCC. L'introduction au 1^{er} septembre 2011 de la notion de «mesures applicables en cas d'insolvabilité» à l'art. 37g LB en lieu et place de «mesures de liquidation ou d'assainissement» utilisée auparavant avait pour but d'élargir le champ d'application de la norme. La nouvelle formulation devait permettre de reconnaître les «mesures applicables en cas d'insolvabilité prononcées à l'étranger» en plus des décisions de faillite⁵. Dans le message concernant la modification, il ressort clairement des explications relatives à l'al. 2 de la disposition que les procédures d'assainissement étaient aussi concernées. Désormais, s'agissant de l'applicabilité des dispositions de l'OIns-FINMA dans des procédures de reconnaissance, une distinction explicite est opérée entre les procédures de reconnaissance avec ou sans conduite d'une procédure en Suisse. Dans ce dernier cas (absence de procédure en Suisse), il est précisé qu'outre les dispositions de cet article, seules les dispositions générales sur les publications et communications aux créanciers et celles sur la consultation des pièces sont applicables. <u>Al. 2</u> La réglementation correspond à la teneur des dispositions de l'al. 3 des ordonnances antérieures. Le renvoi aux dispositions légales des art. 37g al. 4 LB, 54i al. 4 LSA et 138c LPCC en relation avec l'art. 37g al. 4 LB a été remplacé par une indication générale selon laquelle la FINMA désigne « le cercle des créanciers participant à ladite procédure [suisse] ». La désignation d'un for unique en cas d'insolvabilité en Suisse s'impose lorsque l'établissement des marchés financiers étranger dispose de plusieurs succursales en Suisse inscrites au registre du commerce, que les actifs de l'établissement des marchés financiers étranger se trouvent en plusieurs endroits en Suisse ou qu'il n'est pas possible de déterminer avec certitude où se trouvent ces actifs. Conformément à la réglementation de l'art. 167 LDIP, le for unique en cas d'insolvabilité doit être fixé en un lieu où se trouvent au moins une succursale ou au moins une partie des biens situés en Suisse, ou du moins où il est supposé qu'ils se trouvent.

⁵ Message du 12 mai 2010 concernant la modification de la loi fédérale sur les banques (garantie des dépôts), FF 2010 3645 p. 3673.

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
		<u>Al. 3</u> La réglementation correspond à la teneur des dispositions de l'al. 4 des ordonnances antérieures en reprenant l'adaptation de la terminologie de l'al. 2. <u>Al. 4</u> Il s'agit d'un nouvel alinéa. Cette disposition reflète la pratique de la FINMA en la matière, selon laquelle les décisions obligent toujours l'instance étrangère chargée de l'administration de l'insolvabilité à établir des rapports à intervalles réguliers jusqu'à la fin de ses agissements en Suisse. <u>Autres modifications par rapport aux dispositions des ordonnances antérieures</u> Les dispositions de l'al. 2 des ordonnances antérieures, qui traitaient de l'exigence de réciprocité, ne sont plus pertinentes pour l'OIns-FINMA, puisque l'art. 166 LDIP ne prévoit plus une telle exigence depuis le 1^{er} janvier 2019. La réglementation concernant la reconnaissance de mesures d'insolvabilité étrangères autres que les décisions de faillite, inscrite aux art. 12 al. 5 OFA-FINMA et 12 al. 5 OFPC-FINMA, est désormais englobée dans la formulation plus générale de l'art. 10 al. 1 OIns-FINMA. En effet, celui-ci couvre également les <i>mesures d'insolvabilité</i>, alors que les art. 12 al. 1 OFA-FINMA et 12 al. 1 OFPC-FINMA ne mentionnaient que les <i>décisions de faillite prononcées à l'étranger</i>.

Chapitre 2 Assainissement

Remarque préliminaire relative aux art. 11 ss

À l'exception des règles relevant désormais de la LB, les dispositions relatives à la procédure d'assainissement sont calquées sur celles de l'OIB-FINMA. Elles s'appliquent désormais non seulement à toutes les entités soumises au droit de l'insolvabilité bancaire, mais également aux entreprises d'assurance, dès lors que les règles sur l'assainissement, et notamment la norme de délégation permettant à la FINMA de préciser la procédure, ont été introduites dans la LSA. Il a donc été tenu compte de ce changement dans la rédaction de ce chapitre. Faute de base légale, les dispositions de ce chapitre ne s'appliquent par contre pas aux titulaires d'une autorisation soumis à la LPCC.

Comme l'assainissement se situe chronologiquement et logiquement en amont de la faillite, ce qui est également reflété dans la structure de la loi, la structure de l'OIns-FINMA reflète, elle aussi, ce principe.

Art. 11 Ouverture de la procédure	Art. 40 al. 2, 41 OIB-FINMA	<u>Al. 1 à 3</u> La réglementation a été reprise de l'art. 41 OIB-FINMA, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles. L'al. 2 a été complété d'un renvoi explicite à la LSA afin de tenir compte de l'applicabilité aux entreprises d'assurance. <u>Al. 4</u> La réglementation a été reprise à l'identique de l'art. 40 al. 2 OIB-FINMA. L'art. 40 al. 1 OIB-FINMA a été supprimé (cf. ch. 2.3).
--------------------------------------	--------------------------------	---

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
Art. 12 Désignation d'un délégué à l'assainissement	Art. 42 OIB-FINMA	<u>Al. 1</u> La réglementation a été fondamentalement reprise de l'OIB-FINMA, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. Les anciens al. 3 et 4 de la version d'audition ont été intégrés à l'al. 1 sous la forme d'une nouvelle deuxième phrase. Il s'agit ainsi de tenir compte du fait que selon la pratique désormais établie de la FINMA, la définition des compétences ainsi que la précision des détails du mandat font partie intégrante de la décision de désignation. La deuxième phrase de l'ordonnance antérieure, selon laquelle le délégué peut, durant la procédure d'assainissement, en particulier engager des obligations à la charge de l'établissement en vue de l'assainissement, n'a pas été reprise. Ces compétences ne reviennent pas automatiquement au délégué à l'assainissement, mais elles pourront découler de ses attributions définies dans l'ordonnance par la FINMA. <u>Al. 2</u> La réglementation a été reprise de l'OIB-FINMA, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. À cet égard, il ne faut en aucun cas interpréter la renonciation à la précision « de manière rigoureuse, efficace et effective » comme une baisse des exigences. Il a plutôt été considéré que ces aspects étaient déjà implicitement couverts par la mention « [être] en mesure, tant sur le plan temporel que sur le plan technique » et qu'il ne s'agit pas d'éléments pouvant faire l'objet d'un contrôle isolé en amont. <u>Al. 3</u> Cette réglementation est nouvelle. En fonction des attributions du délégué à l'assainissement telles que définies selon l'al. 1 2^e phrase let. a, l'office du commerce compétent doit être informé sans délai de sa désignation.
Art. 13 Homologation du plan d'assainissement	Art. 45 al. 1 OIB-FINMA	La teneur réglementaire de l'art. 45 OIB-FINMA a été en grande partie remplacée par les dispositions des art. 31 al. 1 et 4 et 31d LB ; pour les entreprises d'assurance, elle est réglée aux art. 52j et 52j LSA. Lesdites dispositions ne comportent toutefois aucune indication quant à la forme que revêt l'homologation du plan d'assainissement par la FINMA. Cette homologation constitue un objet susceptible de recours et doit donc prendre la forme d'une décision en vertu de la PA. Une décision étant explicitement prévue à l'art. 11 al. 1 OIns-FINMA pour l'ouverture de la procédure, il était pertinent de mentionner ici également la forme concrète que prendrait l'homologation.
Art. 14 Refus du plan d'assainissement par les créanciers	Art. 46 OIB-FINMA	<u>Al. 1</u> Exception faite de la première phrase, dont la teneur est déjà régie par les art. 31a LB et 52k LSA, la réglementation est largement reprise de l'OIB-FINMA, avec quelques ajouts renvoyant aux dispositions pertinentes de la LB et de la LSA. La mention des <i>dix jours ouvrables</i> pour la durée minimale a été remplacée par l'expression <i>dix jours</i> afin de renforcer la sécurité juridique concernant le calcul du délai.

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
		Par ailleurs, l'affirmation selon laquelle les transferts de passifs et de rapports contractuels et le changement de débiteurs qu'il implique ne sont pas considérés comme une atteinte aux droits des créanciers ouvrant le droit de refuser le plan d'assainissement a été étendue aux assurances sur la base du message relatif à l'art. 52k LSA. La deuxième phrase de l'art. 14 al. 1 OIns-FINMA sert ici la transparence et la sécurité juridique en ce qui concerne la procédure de la FINMA lors du transfert de rapports contractuels en cas d'assainissement. La disposition s'appuie sur les explications relatives à l'art. 31a LB et l'art. 52k LSA dans les messages respectifs⁶ concernant leur introduction, ainsi que sur les commentaires de la disposition de l'art. 31a LB qui s'y rapportent⁷. Les deux messages justifient concrètement le droit des créanciers à refuser le plan d'assainissement par les atteintes potentiellement massives à leurs droits et citent à titre d'exemple les cas de réduction, de report de l'échéance ou de transformation des créances. Il est en outre précisé que le droit des créanciers à refuser le plan d'assainissement ne s'applique que pour autant que les mesures d'assainissement concernent directement leurs droits⁸. 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 créanciers⁹. 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 transfert¹⁰. 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. <u>Al. 2</u> La réglementation a été reprise de l'OIB-FINMA, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles. Par souci de clarté et d'exhaustivité, il a été précisé que la déclaration de refus doit être adressée à la FINMA lorsque cette dernière agit en tant que délégué à l'assainissement.

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ Voir note de bas de page **Erreur ! Signet non défini.**

⁹ Voir note de bas de page 6.

¹⁰ THOMAS BAUER, in: Basler Kommentar, Bankengesetz, éd. 2013, N 6 ad art. 31a.

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
------------	-----------------------	--------------

Chapitre 3 Faillite

Section 1 Procédure

Art. 15 Publication de l'ouverture de la faillite et appel aux créanciers	Art. 11 OIB-FINMA Art. 13 OFA-FINMA Art. 13 et 14 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles. Il a été ainsi précisé que ce n'est pas la décision de faillite en elle-même qui est notifiée, mais l'ouverture de la faillite. <u>Al. 2</u> La réglementation des let. a à d, f et g a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles. Ainsi, la mention des créances à prendre en compte d'office et ne devant donc pas être produites a été uniformisée. Au vu de son importance centrale pour la satisfaction en temps utile de diverses obligations prévues par la présente ordonnance et compte tenu des menaces de sanctions pénales en cas de non-respect (cf. let. h et art. 23 al. 1 et 24 al. 1), le délai de production est désormais indiqué séparément, à la let. e. La réglementation de la let. h a été adaptée pour tenir compte de la nouvelle mouture des obligations en matière d'annonce et de mise à disposition des art. 23 et 24 OIns-FINMA. Vu les adaptations introduites à l'art. 6 al. 2 OIns-FINMA, la let. i mentionne désormais la possibilité de communiquer un domicile de notification en Suisse pour les participant domicilié à l'étranger. <u>Al. 3</u> La réglementation a été reprise de l'art. 14 OFPC-FINMA, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles. <u>Autres modifications par rapport aux dispositions des ordonnances antérieures</u> Les art. 13 al. 3 et 4 OFA-FINMA ont été biffés, de même que l'art. 13 al. 3 OFPC-FINMA. La teneur de l'art. 13 al. 4 OFA-FINMA et 13 al. 3 OFPC-FINMA est déjà couverte par les dispositions de l'art. 6 al. 2, première phrase, OIns-FINMA. Le but visé avec les dispositions de l'art. 13 al. 3 OFA-FINMA est pris en compte par la nouvelle réglementation de l'art. 16 al. 3 OIns-FINMA s'agissant des créances ne pouvant pas être considérée comme inscrites dans les livres. Dans ces cas, l'administration de la faillite peut exiger que les créanciers indiquent explicitement les bases contractuelles de leurs créances dans le cadre de cette nouvelle mention à faire figurer dans l'appel aux créanciers, conformément à la disposition citée.
--	---	--

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
Art. 16 Créances prises en compte d'office	Art. 8 et 26 al. 2 OIB-FINMA Art. 10 et 24 al. 3 OFA-FINMA Art. 27 al. 2 OFPC-FINMA	<u>Remarque préliminaire</u> Les dispositions relatives aux créances prises en compte d'office et aux créances inscrites dans les livres – en tant que sous-catégorie des premières – sont désormais regroupées dans un article distinct du chapitre consacré à la procédure de faillite. Elles concernent exclusivement la procédure de faillite, sont mentionnées pour la première fois à l'art. 15 al. 2 let. g sur l'appel aux créanciers et ont donc été réglées à cet endroit pour des questions de systématique de l'ordonnance. <u>Al. 1</u> Cette réglementation découle du regroupement des dispositions des art. 26 al. 2 OIB-FINMA, 24 al. 3 OFA-FINMA et 27 al. 2 OFPC-FINMA, avec des adaptations rédactionnelles. Il a été précisé à cet égard que la réglementation selon laquelle les créances inscrites dans les livres doivent être prises en compte d'office ne s'applique pas, comme jusqu'à présent, aux SICAV, SICAF et SCmPC, faute de base légale. <u>Al. 2</u> La réglementation est calquée sur l'art. 8 OIB-FINMA ainsi que sur l'art. 10 OFA-FINMA. En conformité avec le principe énoncé au niveau de la loi, aux art. 36 al. 1 LB et 54a al. 2 LSA, et par souci de cohérence avec l'al. 3, il n'est plus que question de <i>créances</i> de sorte que la réglementation et ne s'étend plus aux <i>engagements</i> envers l'établissement des marchés financiers. Toutefois, l'art. 23 al. 3 OIns-FINMA prévoit la possibilité pour la FINMA, comme les art. 19 OIB-FINMA et 19 OFA-FINMA jusqu'à présent, de renoncer à l'obligation d'annonce des débiteurs lorsqu'il s'agit d'<i>engagements</i> inscrits dans les livres à l'encontre d'établissements des marchés financiers en situation de faillite. Il instaure ensuite une application par analogie de la disposition de cet art. 16 al. 2 OIns-FINMA. La modification introduite à l'al. 1 ne constitue donc pas de changement matériel. <u>Al. 3</u> Il s'agit d'une nouvelle disposition. Elle décrit la marche à suivre lorsque la tenue des livres n'est pas indéniablement conforme aux règles. Cette nouvelle réglementation répond en particulier à une critique de la doctrine selon laquelle la loi n'établit pas de distinction entre des livres tenus de manière conforme aux règles et des livres non conformes à ces dernières ; selon la doctrine, les créanciers ne sont pas en mesure de savoir si leurs créances ont été produites ou non¹¹. Désormais, l'OIns-FINMA prévoit explicitement qu'à la demande de l'administration de la faillite l'appel aux créanciers selon l'art. 15 doit mentionner explicitement si les conditions de l'al. 2 ne semblent pas satisfaites et que les créanciers ne peuvent donc pas partir du principe que leurs créances soient valablement inscrites et, de ce fait, automatiquement produites. Dans ce cas de figure, il est expressément demandé à tous les créanciers de produire leurs créances. Les créanciers ont évidemment toujours

¹¹ Cf. HAAS, in Basler Kommentar, Bankengesetz, 2^e éd. 2013, n° 5 s. ad art. 36 LB.

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
		la possibilité de produire leurs créances bien que les livres aient été tenus de manière conforme aux règles.
Art. 17 Désignation d'une administration de la faillite	Art. 12 OIB-FINMA Art. 7 OFA-FINMA Art. 7 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. La teneur réglementaire de l'al. 3 de la disposition soumise à l'audition publique a été intégré à l'al. 1 sous la forme d'une nouvelle deuxième phrase. Il s'agit par là de tenir compte du fait que selon la pratique désormais établie de la FINMA, la précision des détails du mandat font partie intégrante de la décision de désignation. Le Tribunal administratif fédéral a confirmé que la réglementation selon laquelle la FINMA peut aussi mener elle-même la procédure de faillite est compatible avec le droit supérieur (cf. arrêt TAF du 12 mars 2013, B-3771/2012, consid. 2.2.3 in fine). L'arrêt concerne le secteur bancaire. La compatibilité de la disposition antérieure de l'art. 12 al. 1 OIB-FINMA avec l'art. 33 al. 2 LB a donc été examinée. Les considérations qui y sont mentionnées s'appliquent de la même manière au secteur de l'assurance et aux placements collectifs, puisque la situation de départ relative à la compétence de la FINMA y est la même. <u>Al. 2</u> La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. Concernant la suppression de la précision « de manière rigoureuse, efficace et effective » de l'al. 2, il est renvoyé aux explications de l'art. 12 concernant le délégué à l'assainissement. <u>Al. 3</u> Cette réglementation est nouvelle. Elle reflète la pratique établie de la FINMA dans les procédures de faillite, selon laquelle l'office du registre du commerce compétent doit être informé sans délai de la désignation d'une administration de la faillite.
Art. 18 Tâches et prérogatives de l'administration de la faillite	Art. 13 OIB-FINMA Art. 8 OFA-FINMA Art. 8 OFPC-FINMA	La réglementation est calquée sur les dispositions des ordonnances antérieures. Les tâches et prérogatives propres aux différents établissements, comme le paiement des dépôts garantis (art. 13 let. e OIB-FINMA), l'établissement des prétentions garanties par la fortune liée (art. 8 let. e OFA-FINMA), le paiement du produit de la fortune liée (art. 8 let. f OFA-FINMA), la vérification des créances à l'encontre des divers compartiments garantis (art. 9 let. a OFPC-FINMA), de même que la détermination des créances que les compartiments détiennent les uns sur les autres et leur prise en compte dans le cadre de la distribution des revenus (art. 9 let. b OFPC-FINMA), ne sont plus énumérées séparément mais résumées sous la forme d'activités générales. L'énumération n'est pas exhaustive et aucune modification matérielle n'est apportée par rapport aux ordonnances antérieures.

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
		Dans ce contexte, il convient de noter que le rôle de l'administration de la faillite en ce qui concerne le paiement des dépôts garantis est déjà défini à l'art. 37j LB en relation avec les dispositions d'exécution y afférentes de l'OB et que le contenu réglementaire des art. 9 OFPC-FINMA et 8 let. e OFA-FINMA est couvert par les prescriptions spéciales de l'art. 30 al. 2 OIns-FINMA concernant la vérification des créances dans le cas d'une SICAV ou d'une entreprise d'assurance.
Art. 19 Assemblée des créanciers	Art. 14 OIB-FINMA Art. 14 OFA-FINMA Art. 15, 17 al. 2 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais remaniée et adaptée sur le plan rédactionnel par souci de lisibilité. En particulier, la première phrase des ordonnances antérieures a été biffée, puisque le droit de l'administration de la faillite de faire des propositions est déjà inscrit au niveau de la loi (art. 35 LB, 54b LSA et 138a LPCC). <u>Al. 2 à 4</u> La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. <u>Al. 5</u> Cette disposition correspond à la réglementation de l'art. 17 al. 2 OFPC-FINMA. Elle a été complétée par le cas de la fortune liée pour les entreprises d'assurance.
Art. 20 Commission des créanciers	Art. 15 OIB-FINMA Art. 15 OFA-FINMA Art. 16, 17 al. 2 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> Par souci de lisibilité, les al. 1 et 3 des ordonnances antérieures ont été regroupés. Quelques adaptations rédactionnelles ont été effectuées. <u>Al. 2</u> Cet alinéa est calqué sur l'art. 15 al. 2 OIB-FINMA. Il mentionne désormais les maisons de titres ainsi que le Fonds national de garantie au sens de l'art. 76 LCR. En outre, l'obligation de nommer un représentant au sein de la commission de créanciers a été remplacée par le droit de la FINMA d'accorder à un établissement un siège dans la commission des créanciers si cet établissement lorsqu'il a versé des prestations importantes. Cette modification a été introduite afin d'assurer une égalité de traitement entre tous les créanciers de la deuxième classe. <u>Al. 3</u> Cet alinéa correspond à la disposition de l'art. 17 al. 2 OFPC-FINMA. Il mentionne désormais la fortune liée d'entreprises d'assurance (ajout par rapport aux ordonnances antérieures).
Art. 21 Droits des	Art. 17 al. 1 OFPC-FINMA	La réglementation a été reprise de l'art. 17 al. 1 OFPC-FINMA, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. À des fins de clarté, il convient de noter ici qu'en principe, le compartiment de la société répond certes des créances sur un compartiment d'investissement à

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
créanciers d'une SICAV		titre subsidiaire, néanmoins, cette responsabilité subsidiaire ne fonde aucun droit direct des créanciers à l'encontre du compartiment de la société, mais uniquement un droit rattaché au compartiment d'investissement concerné.

Section 2 Actifs de la faillite

Art. 22 Prise d'inventaire et conservation de la fortune	Art. 16 OIB-FINMA	<u>Al. 1</u> La réglementation a été reprise des art. 16 al. 2 OIB-FINMA, 16 al. 3 OFA-FINMA et 18 al. 2 OFPC-FINMA, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. L'al. 1 des dispositions antérieures a été intégralement biffé, faute de teneur réglementaire autonome.
	Art. 16 OFA-FINMA	
	Art. 18, 19 OFPC- FINMA	<u>Al. 2</u> Les dispositions antérieures des art. 16 al. 3 OIB-FINMA, 16 al. 2 et 4 première phrase OFA-FINMA et 19 OFPC-FINMA ont été réunies en une seule énumération. En outre, concernant les avoirs à distraire de la masse en faillite qui doivent être consignés dans une section séparée de l'inventaire en cas de faillite d'un dépositaire, la let. a renvoie désormais également explicitement à l'art. 17 LTI. La let. b comporte elle une nouvelle réglementation sur la prise en compte de la couverture dans le contexte des prêts sur lettres de gage devant être séparés en vertu de l'art. 40a LLG (en vigueur depuis le 1 ^{er} janvier 2023). Il est précisé que cette couverture doit être consignée dans l'inventaire avec la mention « pour mémoire ».
		<u>Al. 3</u> La disposition est calquée sur l'art. 16 al. 4, deuxième phrase, OFA-FINMA et couvre désormais aussi les situations où une SICAV a plusieurs compartiments ou une direction de fonds plusieurs fonds de placement.
		<u>Al. 4</u> La disposition est calquée sur les art. 16 al. 5 OIB-FINMA, 16 al. 6 OFA-FINMA et 18 al. 4 OFPC-FINMA. La restriction au « banquier » ou à la « personne désignée par les propriétaires [...] pour officier comme organe » n'a pas été reprise ; elle est remplacée par la mention « établissement des marchés financiers ». Désormais il convient de se fonder sur la disposition subsidiaire de l'art. 228 LP en relation avec l'art. 30 OAOF pour déterminer qui peut déposer la déclaration pour l'établissement des marchés financiers. Ces normes portent notamment sur une déclaration par des membres de la direction ; elles couvrent également de manière exhaustive et pertinente les faillites de sociétés de personnes comme celles de personnes physiques.
		<u>Al. 5</u> La réglementation a été reprise des art. 16 al. 4 OIB-FINMA, 16 al. 5 OFA-FINMA et 18 al. 3 OFPC-FINMA, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures.
<u>Remarque préliminaire relative aux art. 23 et 24 OIns-FINMA</u> Jusqu'à présent les obligations d'annonce et de mise à disposition étaient régies par un même article, tandis que		

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
leurs exceptions faisaient l'objet de deux articles distincts. Afin de donner une meilleure vue d'ensemble, ces deux obligations sont désormais traitées dans des articles séparés, qui incluent également leurs exceptions respectives.		
Art. 23 Obligation d'annonce	Art. 17, 19 OIB-FINMA Art. 17, 19 OFA-FINMA Art. 20 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> Cette disposition couvre les réglementations des art. 17 al. 1 OIB-FINMA, 17 al. 1 OFA-FINMA et 20 al. 1 OFPC-FINMA concernant l'obligation d'annonce. Désormais, les sanctions prévues à l'art. 324 ch. 2 CP en cas d'omission y sont également mentionnées. La menace de peine correspond à la procédure en vertu de la LP, et la FINMA mentionnait déjà auparavant dans l'appel aux créanciers un courrier disponible en ligne, qui informait des possibles sanctions. L'intégration de cette information dans l'OIns-FINMA permet de renforcer la sécurité juridique. <u>Al. 2</u> La disposition a été reprise des art. 17 al. 2 OIB-FINMA, 17 al. 2 OFA-FINMA et 20 al. 2 OFPC-FINMA, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. <u>Al. 3</u> La disposition couvre la teneur réglementaire des art. 19 OIB-FINMA et 19 OFA-FINMA. Une précision a été introduite indiquant que la disposition – comme auparavant – ne s'applique pas aux SICAV, SICAF et SCmPC. En outre, il est désormais prévu que la renonciation à l'obligation d'annonce soit publiée dans l'appel aux créanciers. L'évaluation du caractère d'inscrits dans les livres des engagements est déterminé par analogie avec l'art. 16 al. 2 OIns-FINMA.
Art. 24 Obligation de mise à disposition	Art. 17, 18 OIB-FINMA Art. 17, 18 OFA-FINMA Art. 20, 21 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> Cette disposition couvre les réglementations des art. 17 al. 1 OIB-FINMA, 17 al. 1 OFA-FINMA et 20 al. 1 OFPC-FINMA concernant l'obligation de mise à disposition. Désormais, les sanctions prévues à l'art. 324 ch. 3 CP en cas d'omission y sont explicitement mentionnées ; en outre, des adaptations rédactionnelles ont été introduites à des fins de lisibilité. La menace de peine correspond à la procédure en vertu de la LP, et la FINMA mentionnait déjà auparavant dans l'appel aux créanciers un courrier disponible en ligne, qui informait des possibles sanctions. L'intégration de cette information dans l'OIns-FINMA permet de renforcer la sécurité juridique. <u>Al. 2</u> La réglementation est calquée sur les art. 18 al. 1 et 2 OIB-FINMA, 18 al. 1 et 2 OFA-FINMA et 21 al. 1 et 2 OFPC-FINMA. Afin d'inclure tous les avoirs pouvant servir de sûretés en vertu des lois sur les marchés financiers en vigueur pour lesquels il est possible de renoncer à la remise sous réserve de certaines conditions prévues par la loi, l'énumération a été complétée par la précision « garanties en espèces à l'exception de l'argent liquide, [...] dont la valeur peut être estimée de façon objective pour chacun d'entre eux » en se

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
		fondant sur la version en vigueur de l'art. 27 al. 1 let. b LB. De même, les « cryptoactifs fournis à titre de sûretés » sont explicitement nommés. Ceci s'explique par le fait que la disposition doit couvrir tous les cryptoactifs, même s'ils ne sont pas qualifiés d'« instruments financiers » ou de « valeurs mobilières » au sens des définitions des lois sur les marchés financiers. Le critère de pouvoir estimer de façon objective la valeur s'applique à tous les éléments de l'énumération. <u>Al. 3</u> Cette réglementation a été reprise des art. 17 al. 3 OIB-FINMA, 17 al. 3 OFA-FINMA et 20 al. 3 OFPC-FINMA, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. La formulation a été modifiée dans sa structure de manière à devenir une pure disposition de procédure, indiquant qu'il « n'est pas possible de faire valoir un droit de préférence dans la procédure d'exécution » si l'annonce ou la mise à disposition est omise de façon injustifiée. <u>Al. 4</u> Les art. 18 al. 3 OIB-FINMA, 18 al. 3 OFA-FINMA et 21 al. 3 OFPC-FINMA ont été réunis dans une seule disposition, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures.
Art. 25 Revendica- tions de tiers	Art. 20 OIB-FINMA Art. 20 OFA-FINMA Art. 23 OFPC-FINMA	<u>Al. 1 et 2</u> La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles. <u>Al. 3</u> La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles. La formulation de la deuxième phrase a été alignée sur celle de la deuxième phrase de l'art. 242 al. 2 LP. <u>Al. 4</u> La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures.
Art. 26 Décision sur le maintien de placements collectifs de capitaux	Art. 20a OIB-FINMA Art. 35 OFPC-FINMA	Les réglementations ont été reprises des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond, et regroupées en une seule disposition avec des adaptations rédactionnelles mineures. Concernant les fonds de placement, il est désormais explicitement question de fonds de placement « autorisés ». Cette précision a été rendue nécessaire par l'introduction des <i>limited qualified investor funds</i>. En effet, en vertu de l'art. 40 LEFin, la fortune d'un L-QIF revêtant la forme d'un fonds de placement contractuel doit toujours être distraite et liquidée en cas de faillite de la direction de fonds.¹² Le terme de « fonds de placement » utilisé à l'art. 26 OIns-FINMA englobe aussi, dans le cas

¹² 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.

Olns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
		d'un 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.
Art. 27 Créances et prétentions	Art. 21 OIB-FINMA Art. 21 OFA-FINMA Art. 24 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> La disposition a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles. Ainsi, il a été précisé que la disposition vaut pour les créances exigibles de la masse en faillite « en Suisse et à l'étranger ». En lien avec ce qui précède, l'expression « par la voie de la poursuite », axée sur un concept suisse, a été remplacée par la formulation plus générale « par exécution forcée », le processus à respecter à cet égard étant celui de la législation du pays en question. L'obligation réglée selon cette disposition d'encaisser les créances exigibles implique aussi la nécessité de vérifier en amont l'existence des créances, y compris de l'existence, par exemple, de prétentions en matière de responsabilité. La teneur de la réglementation correspond à la pratique adoptée jusqu'à présent et assure la sécurité juridique. <u>Al. 2</u> La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. <u>Al. 3</u> Les dispositions des ordonnances antérieures ont été regroupées, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures ainsi qu'une adaptation concernant les entreprises d'assurance, par souci de conformité avec l'art. 52m al. 4 LSA. <u>Al. 4</u> La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. <u>Al. 5</u> La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles. La teneur réglementaire de l'al. 6 des ordonnances antérieures a été reprise dans l'al. 5 let. a (« et leur fixe un délai raisonnable à cette fin »). Il a en outre été formulé clairement que l'administration de la faillite doit prendre l'une des deux mesures listées. <u>Al. 6</u> Cet alinéa a été ajouté afin de tenir compte, en cas de faillite, de la séparation devant être désormais opérée entre les prêts sur lettres de gage et la couverture, conformément à l'art. 40a LLG. Il règle la marche à suivre en cas d'excédent de couverture subsistant après le remboursement intégral du prêt sur lettres de gage ou lorsque le transfert de tels prêts et de la couverture donne lieu à un produit. Un tel solde résiduel est versé à la masse en faillite.

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
		<u>Autres modifications par rapport aux dispositions des ordonnances antérieures</u> Pour des raisons de systématique, la teneur réglementaire de l'al. 7 des ordonnances antérieures a été adaptée, et la disposition correspondante déplacée à l'art. 37 al. 3, deuxième phrase, OIns-FINMA. Concernant les modifications sur le fond, voir les explications concernant l'art. 37 al. 3 OIns-FINMA.
Art. 28 Poursuite des procès civils et des procédures administratives	Art. 22 OIB-FINMA Art. 22 OFA-FINMA Art. 25 OFPC-FINMA	La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures.
Art. 29 Suspension faute d'actifs	Art. 23 OIB-FINMA Art. 23 OFA-FINMA Art. 26 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> La réglementation a été fondamentalement reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles. À cet égard, il a été précisé que l'administration de la faillite propose de suspendre une procédure de faillite lorsqu'il est <i>probable</i> que le produit découlant des <i>actifs réalisables de la faillite</i> ne suffira pas à couvrir les frais de la procédure de faillite. Cette nouvelle formulation apporte de la clarté quant au fait que les actifs non réalisables ne doivent pas être considérés pour l'évaluation et que cette dernière se fonde sur les coûts attendus. La proposition à la FINMA devient superflue dès lors que la FINMA assume elle-même la fonction d'administration de la faillite. <u>Al. 2 et 3</u> Les dispositions ont été reprises des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. En accord avec la formulation de l'al. 1, la disposition mentionne désormais également les <i>actifs réalisables</i>. En outre, l'al. 3 précise à présent qu'au moment de publier la suspension de la procédure, la FINMA rend attentif au fait que la procédure sera poursuivie <i>uniquement</i> si une avance de frais est versée. <u>Al. 4</u> La réglementation des ordonnances antérieures a été reprise, sans modification sur le fond. Quelques adaptations rédactionnelles mineures ont été introduites, de même que la possibilité de prélever une avance de frais si les coûts attendus de la réalisation sont supérieurs au produit prévu. L'objectif est d'éviter que l'administration de la faillite, ou la FINMA le cas échéant, soit dans l'incapacité de couvrir les coûts de réalisation. <u>Al. 5</u> La disposition est calquée sur les réglementations des ordonnances antérieures. S'agissant du produit subsistant après la réalisation des sûretés

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
		en cas de suspension faute d'actifs, il est désormais précisé que le produit ne revient à la Confédération que si son montant est trop minime pour permettre une reprise de la procédure, ce qui doit être évalué en application par analogie de l'art. 44. En outre, un délai d'attente de deux ans est désormais prévu avant ce versement à la Confédération. Durant cette période, conformément aux dispositions de la LP citée à l'al. 6, le débiteur peut encore être poursuivi par voie de saisie. <u>Al. 6</u> La réglementation a été fondamentalement reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles. Toutefois, en référence à l'art. 230 al. 3 LP, la disposition ne se limite plus aux personnes physiques.

Section 3 Passifs de la faillite

Art. 30 Vérification des créances	Art. 26 al. 1 et 3 OIB-FINMA Art. 24 al. 1, 2 et 4 OFA-FINMA Art. 27 al. 1 et 3, 28 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> Cette réglementation découle du regroupement des dispositions des art. 26 al. 1 et 3 OIB-FINMA, 24 al. 1 et 4 OFA-FINMA et 27 al. 1 et 3 OFPC-FINMA. Des adaptations rédactionnelles ont été apportées à la version française. Concernant l'obtention de la déclaration de l'établissement en faillite, « banquier » respectivement « personne désignée par les propriétaires [...] pour officier comme organe » a été remplacé par « établissement des marchés financiers » (cf. plus haut les explications concernant l'art. 22 al. 4 OIns-FINMA). Par ailleurs, toujours concernant la déclaration de l'établissement des marchés financiers portant sur l'existence des créances, il est désormais clair que celle-ci porte, conformément à la pratique, sur l'ensemble des créances et pas seulement sur celles qui ne sont pas inscrites dans les livres. <u>Al. 2</u> Cette réglementation découle du regroupement des dispositions des art. 24 al. 2 OFA-FINMA et 28 al. 1 OFPC-FINMA, avec des adaptations rédactionnelles. En outre, une mention a été ajoutée, selon laquelle l'administration de la faillite vérifie également les prétentions existant entre les compartiments. <u>Al. 3</u> La disposition a été reprise de l'art. 28 al. 2 OFPC-FINMA, en se limitant toutefois à l'indication concernant la responsabilité subsidiaire du compartiment de la société. L'al. 3 de l'art. 28 OFPC-FINMA, et avec lui la réserve de cette disposition, a été biffé à la suite de la suppression de la responsabilité subsidiaire du compartiment d'investissement au moment de la modification de l'art. 94 al. 2 LPCC, dans le cadre de la révision LSFfin/LEFin, annulant ainsi la base légale pour une telle responsabilité du compartiment d'investissement.
---	---	---

Olns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
Art. 31 Collocation	Art. 27 OIB-FINMA Art. 25, 26 OFPC- FINMA Art. 29 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> La réglementation a été reprise des art. 27 al. 1 OIB-FINMA, 25 al. 1 OFA-FINMA et 29 al. 1 OFPC-FINMA, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. <u>Al. 2</u> L'alinéa est nouveau. Il correspond à l'objet de la vérification visée à l'art. 30 al. 2 Olns-FINMA et prévoit une décision correspondante. <u>Al. 3</u> Cet alinéa résume la teneur réglementaire des art. 26 OFA-FINMA et 29 al. 3 OFPC-FINMA. <u>Al. 4</u> La réglementation a été reprise des art. 27 al. 2 OIB-FINMA, 25 al. 2 OFA-FINMA et 29 al. 2 OFPC-FINMA, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. <u>Autres modifications par rapport aux dispositions des ordonnances antérieures</u> En raison de la nouvelle réglementation de l'art. 40a LLG, l'art. 27 al. 3 OIB-FINMA devient caduc et n'a donc plus place dans la nouvelle disposition.
Art. 32 Créances faisant l'objet d'un procès civil ou d'une procédure administrative	Art. 28 OIB-FINMA Art. 27 OFA-FINMA Art. 30 OFPC-FINMA	La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, ou consolidée à l'al. 4, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles. L'al. 2 a par ailleurs été complété d'une réglementation concernant la fixation d'un délai.
Art. 33 Consultation de l'état de collocation et communi- cation aux créanciers	Art. 29 OIB-FINMA Art. 28 OFA-FINMA Art. 31 OFPC-FINMA	La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles. Seul changement, à l'al. 1, la disposition ne prévoit désormais plus de délai minimal pour la consultation de l'état de collocation. Elle est ainsi mise en adéquation avec la teneur de l'art. 249 LP. En tous les cas, la consultation de l'état de collocation est possible pendant toute la période courant jusqu'à échéance du délai imparti pour intenter une action en contestation, tel que mentionné à l'art. 34 Olns-FINMA, soit 20 jours, eu égard au renvoi à l'art. 250 LP.
Art. 34 Action en contestat de l'état de collocation	Art. 30 OIB-FINMA Art. 29 OFA-FINMA Art. 32 OFPC-FINMA	La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures.

Olns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
------------	-----------------------	--------------

Section 4 Réalisation

Art. 35 Mode de réalisation	Art. 31 OIB-FINMA Art. 30 OFA-FINMA Art. 33 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. <u>Al. 2</u> Cette réglementation découle du regroupement de la teneur des dispositions de l'al. 3 des dispositions des trois ordonnances antérieures. <u>Al. 3</u> La réglementation de l'al. 2 des dispositions des trois ordonnances antérieures a été reprise, sans modification sur le fond ; elle a toutefois été déplacée à l'al. 3 afin de signaler sans équivoque que l'exception d'une réalisation sans délai, visée à l'al. 2, ne concerne pas la réserve relative au nécessaire consentement des créanciers gagistes. Néanmoins, si, après déduction des coûts de réalisation, le produit dégagé suffit à couvrir l'intégralité des créances garanties par gage et à satisfaire les créanciers gagistes, le consentement de ces derniers n'est pas nécessaire en raison de l'absence d'intérêt digne de protection. Ce qui précède vaut quel que soit le type de réalisation concerné.¹³
Art. 36 Enchères publiques	Art. 32 OIB-FINMA Art. 31 OFA-FINMA Art. 36 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> La réglementation a été reprise à l'identique des ordonnances antérieures. <u>Al. 2</u> La réglementation est fondamentalement calquée sur les ordonnances antérieures, avec un ajout selon lequel l'administration de la faillite peut désormais faire appel à un tiers pour la réalisation des enchères. Jusqu'ici, elle devait en principe procéder elle-même aux enchères. Désormais, elle peut faire appel à un office de faillite, à un office de poursuite ou à une maison de vente aux enchères privée pour réaliser la vente aux enchères. Les offices de faillite et de poursuite disposent en général d'une expérience confirmée en matière d'enchères et parfois aussi de plates-formes électroniques prévues à cet effet. Les maisons de vente aux enchères privée sont quant à elles l'interlocuteur privilégié pour les objets d'art de grande valeur, car elles ont accès au public cible pertinent <u>Al. 3</u> La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures en l'adaptant à la nouvelle réglementation introduite à l'al. 2, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures.

¹³ Cf. BÜRGI, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II (Art. 159-352 SchKG), 3^e éd. 2021, n° 24 ad art. 256 LP ; ATF 72 III 27, consid. 2.

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
Art. 37 Cession de droits	Art. 33 OIB-FINMA Art. 32 OFA-FINMA Art. 37 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles. <u>Al. 2</u> La première phrase a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles. La deuxième phrase régit désormais explicitement la marche à suivre lorsque le résultat de l'action pour faire valoir des prétentions cédées n'est connu qu'après la clôture de la procédure de faillite et que cette action entraîne un excédent en faveur de la masse en faillite. Dans ces cas, il convient de procéder de manière analogue à ce qui est prévu à l'art. 44 OIns-FINMA concernant les biens découverts ultérieurement. Certes, la distribution définitive ne devrait en principe avoir lieu qu'après la clôture de toutes les procédures, y compris celles en matière de cession. Toutefois, dans la pratique, cela retarde la distribution de manière disproportionnée. Par conséquent, dans des cas exceptionnels, lorsque la fin de la procédure de cession semble incertaine, il doit être possible de clore la procédure avant. Cette approche permet une importante économie de coûts ainsi qu'une distribution définitive aux créanciers. Reprise des ordonnances antérieures, la première phrase de cette disposition reconnaît déjà implicitement cette possibilité puisqu'elle régit aussi le devoir d'information après la clôture de la procédure de faillite. <u>Al. 3</u> La première phrase a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. La deuxième phrase est calquée sur les art. 21 al. 7 OIB-FINMA, 21 al. 7 OFA-FINMA et 24 al. 7 OFPC-FINMA. Puisque cette réglementation concerne la réalisation, elle a été déplacée et figure maintenant dans la section 4 (« Réalisation »). Quant à sa teneur, la clarification concernant les prétentions exclues de la réalisation se limite désormais aux prétentions découlant d'actions révocatoires ; en outre, compte tenu de la jurisprudence (arrêt du TAF du 12 mars 2013, B-3771/2012, consid. 1.4.5), une précision est introduite indiquant que seule est exclue une éventuelle <i>autre</i> réalisation (la vente à des tiers par exemple) après la cession à des créanciers. Cette précision était nécessaire puisque la cession à des créanciers constitue également une réalisation, qui dans le cas présent demeure possible et ne doit donc pas être englobée dans l'exclusion susmentionnée. En revanche, la mention des prétentions en matière de responsabilité, présente dans les ordonnances antérieures, a été supprimée. En effet, à la différence des prétentions découlant d'actions révocatoires, qui par nature relèvent du droit de l'insolvabilité, les prétentions en matière de responsabilité revenant à la masse en faillite ou à la société en faillite à l'encontre d'organes constituent des prétentions de droit civil, qui sont donc transférables selon le droit civil et,

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
		partant, peuvent être vendues aux enchères ou de gré à gré. Le motif, donné dans 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 lors de la première introduction de cette restriction de l'OFB-FINMA, selon lequel la disposition spéciale de l'art. 757 CO, à laquelle renvoient les lois spéciales, s'opposerait à une réalisation, ne semble pas obligatoire. En particulier, le lien établi entre les art. 757 CO et 260 LP est contesté. Or, ce point de droit litigieux n'est pas destiné à être tranché au niveau de l'OIns-FINMA. Ce qui est déterminant en l'espèce, c'est plutôt l'état actuel de la jurisprudence au moment concerné.
Art. 38 Recours contre les réalisations	Art. 34 OIB-FINMA Art. 33 OFA-FINMA Art. 38 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. <u>Al. 2</u> La teneur de cette disposition correspond fondamentalement à celle des art. 34 al. 4 OIB-FINMA, 33 al. 4 OFA-FINMA et 38 al. 4 OFPC-FINMA. Par ailleurs, le plan des réalisations et le délai de recours sont désormais également communiqués aux <i>propriétaires</i> de l'établissement des marchés financiers, puisqu'en vertu de l'art. 37^{ter} LB, ils bénéficient également d'un droit de recours contre les opérations de réalisation. <u>Al. 3</u> La première phrase a été reprise de l'al. 2 des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. Les deuxième et troisième phrases mentionnent de manière nouvelle expressément la transmission périodique d'informations de même que la voie de recours concernant les opérations de réalisation qui, en vertu de l'art. 35 al. 3 OIns-FINMA, peuvent être effectuées sans délai. En effet, selon le droit supérieur, les créanciers et, le cas échéant, les propriétaires disposent d'un droit de recours pour toutes les opérations de réalisation, ce qui inclut également les réalisations déjà effectuées. À la différence des al. 1 et 2, le recours n'a ici lieu qu'après la réalisation. Il n'est donc possible de demander à la FINMA qu'une décision en constatation quant au caractère licite de la réalisation. Une telle décision requiert par ailleurs l'existence d'un intérêt digne de protection au sens de l'art. 25a PA. <u>Autres modifications par rapport aux dispositions des ordonnances antérieures</u> L'al. 3 des ordonnances antérieures, selon lequel une cession des droits n'est pas considérée comme une réalisation, a été entièrement biffé après que le TAF a déclaré cette disposition incompatible avec le droit supérieur (cf. arrêt TAF du 12 mars 2013, B-3771/2012, consid. 1.4.5).

Olns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
------------	-----------------------	--------------

Section 5 Distribution

Art. 39 Dettes de la masse en faillite	Art. 35 OIB-FINMA Art. 34 OFA-FINMA Art. 39 OFPC-FINMA	Cette réglementation découle d'une part du regroupement de la teneur des dispositions des ordonnances antérieures en tenant compte de la nouvelle version de l'art. 37 LB et du nouvel art. 54b ^{bis} LSA. À cette occasion, le traitement prioritaire des engagements envers une banque dépositaire, inscrit à l'art. 39 al. 1 let. c OFPC-FINMA, n'a pas été reporté dans la nouvelle réglementation. D'autre part, la disposition a été complétée suite à l'introduction au 1 ^{er} janvier 2023 de l'art. 40a LLG pour inclure les frais encourus par la personne nommée conformément audit art. 40a et ceux pour la gestion des prêts et des couvertures par ladite personne. Etant donné que la personne nommée conformément à l'art 40a LLG assume, en se chargeant de la gestion des prêts et de la couverture, des 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.
Art. 40 Tableau de distribution, compte final et paiement des créanciers	Art. 36 OIB-FINMA Art. 36 OFA-FINMA Art. 40 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. <u>Al. 2</u> Les règles de procédure visées à l'al. 2 des dispositions des ordonnances antérieures concernant le tableau définitif de distribution et le compte final sont désormais fixées au niveau de la loi (art. 37e LB, 54c LSA et 138b LPCC respectivement). Ce changement a rendu une disposition au niveau de l'Olns-FINMA superflue. Afin de préserver l'ordre logique de l'article de l'ordonnance, la mention de ces règles de procédure a été remplacée par un renvoi aux dispositions légales susmentionnées. <u>Al. 3 et 4</u> La réglementation a été très largement reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. L'al. 3 mentionne désormais non seulement le tableau de distribution mais également le compte final. <u>Autres modifications par rapport aux dispositions des ordonnances antérieures</u> L'al. 5 de l'art. 36 OIB-FINMA relatif à la distribution distincte du produit pour les créances garanties par gage inscrit au registre est devenu superflu compte tenu de l'introduction du nouvel art. 40a LLG. Cet alinéa a donc été biffé.
Art. 41 Distribution en cas de faillite d'une SICAV	Art. 42 OFPC-FINMA	La disposition a été reprise de l'OFPC-FINMA, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures.

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
Art. 42 Consignation	Art. 38 OIB-FINMA Art. 37 al. 3, 40 al. 4 OFA-FINMA Art. 43 al. 3, 46 al. 4 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> Cette réglementation découle du regroupement des art 38 al. 1 OIB-FINMA, 37 al. 3 OFA-FINMA et 43 al. 3 OFPC-FINMA. <u>Al. 2</u> La réglementation est calquée sur celle des art. 38 al. 2 OIB-FINMA, 40 al. 4 OFA-FINMA et 46 al. 4 OFPC-FINMA avec des adaptations rédactionnelles mineures et une petite précision (« dans un délai de dix ans à compter de leur consignation »). La réserve en faveur d'une réglementation contraire figurant dans une loi spéciale a été concrétisée conformément à l'al. 1 par une référence directe aux prescriptions relatives aux avoirs en déshérence. Cette réserve est faite à des fins de transparence. Alors que les prétentions non réelles dans le cas d'avoirs en déshérence deviennent exigibles à l'ouverture de la faillite et sont donc soumises dès ce moment à la prescription et au délai de dix ans de cette disposition, le délai de 50 ans prévu par l'art. 37m al. 1 LB s'applique aux prétentions réelles ¹⁴ . <u>Autres modifications par rapport aux dispositions des ordonnances antérieures</u> Les al. 1, 2 et 4 de l'art. 37 OFA-FINMA de même que l'art. 43 OFPC-FINMA concernaient le rapport final ainsi que la clôture de la procédure. Ces dispositions ont donc été déplacées à l'art. 45 OIns-FINMA.
Art. 43 Acte de défaut de biens	Art. 37 OIB-FINMA Art. 38 OFA-FINMA Art. 44 OFPC-FINMA	La réglementation a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles. Le forfait facturé pour l'établissement de l'acte de défaut de biens repose sur le temps moyen consacré à l'examen de la créance, à l'établissement de l'acte de défaut de biens et à son envoi physique au créancier.
Art. 44 Biens découverts ultérieurement	Art. 39 OIB-FINMA Art. 40 al. 1 à 3 OFA-FINMA Art. 46 al. 1 à 3 OFPC-FINMA	<u>Al. 1</u> La réglementation a été largement reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond mais avec des adaptations rédactionnelles mineures. Il est toutefois désormais précisé que la FINMA reprend elle-même la procédure de faillite et qu'elle ne charge une administration de la faillite de procéder à la réalisation des biens découverts ultérieurement et à la distribution du produit de la réalisation que si cela est nécessaire. Dans ce cas, l'administration de la faillite assume les tâches visées à l'al. 2. <u>Al. 2</u> La teneur de cette disposition est calquée sur celle de l'al. 2 des ordonnances antérieures, avec quelques adaptations d'ordre rédactionnel. Cette reformulation tient compte du fait que ce ne sont pas concrètement les biens ou les prétentions qui sont distribués, mais le produit de leur réalisation.

¹⁴ Cf. THOMAS MÜLLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, éd. 2015, N 20–22 ad art. 37l -37m.

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
		<u>Al. 3</u> Cette réglementation correspond fondamentalement à l'al. 3 des ordonnances antérieures. Toutefois, elle prévoit désormais que la renonciation à la reprise de la faillite est également possible au motif que les créanciers ne recevraient qu'un dividende insignifiant. Cet ajout permet de couvrir les cas où le produit de la réalisation n'est en lui-même pas minime, mais qu'en raison du nombre élevé de créanciers et des coûts découlant de la distribution à ces derniers il n'en résulterait en définitive pour chacun d'entre eux qu'un dividende négligeable et qu'il existe un risque que la distribution entraîne en fin de compte un déficit à la charge de la FINMA. La décision de non-reprise est publiée conformément à l'art. 6 OIns-FINMA. <u>Autres modifications par rapport aux dispositions des ordonnances antérieures</u> L'ancien al. 4 des art. 40 OFA-FINMA et OFPC-FINMA a été déplacé et figure désormais à l'art. 42 al. 2 OIns-FINMA (« Consignation »).

Chapitre 4 Clôture de la procédure d'insolvabilité

Art. 45 Rapport final et publication de la clôture de la procédure	Art. 58 OIB-FINMA Art. 37 al. 1, 2 et 4 OFA-FINMA Art. 43 al. 1, 2 et 4 OFPC-FINMA	La réglementation est reprise de la teneur des ordonnances antérieures avec les modifications suivantes : La norme spéciale de l'art. 37 al. 2 let. a OFA-FINMA n'a pas été reprise. Les informations sur la composition et l'étendue de la fortune liée, de même que sur les créances couvertes par la vente de celle-ci ne sont plus nécessaires à la clôture de la procédure. La teneur de l'al. 3 de la disposition antérieure de l'OFA-FINMA et de l'OFPC-FINMA est désormais réglé à l'art. 42 OIns-FINMA.
Art. 46 Conservation des pièces	Art. 59 OIB-FINMA Art. 39 OFA-FINMA Art. 45 OFPC-FINMA	La disposition a été reprise des ordonnances antérieures, sans modification sur le fond. La forme concrète de cette disposition s'explique par le fait que les pièces de l'activité commerciale deviennent des pièces de l'insolvabilité dès lors qu'elles entrent dans le cadre de la procédure de faillite ; elles sont donc aussi soumises à l'obligation de conservation des pièces de l'insolvabilité, qui ne commence à courir qu'avec la clôture ou la suspension de la procédure de faillite. Dans ce cas, les pièces de l'activité commerciale (en tant que pièces de l'insolvabilité) ne peuvent être détruites, sur ordre de la FINMA, que dix ans après la clôture ou la suspension de la procédure.

Chapitre 5 Ajournement de la résiliation de contrats

Art. 47	Art. 56 OIB-FINMA	Cette disposition vaut uniquement pour les établissements des marchés financiers soumis à l'obligation visée à l'art. 12 al. 2^{bis}, première phrase, OB. Elle a été déplacée à la fin de la nouvelle ordonnance sur l'insolvabilité pour des questions de systématique mais est reprise de l'art. 56 OIB-FINMA, sans
---------	----------------------	---

OIns-FINMA	Ordonnance antérieure	Explications
		modification sur le fond ¹⁵ . Les adaptations linguistiques dans la version allemande de l'al. 1 let. a, b et d concernant les indices ainsi que let. c sont d'ordre purement rédactionnel. Les contrats mentionnés à l'al. 2 let. a qui ne sont pas soumis à l'obligation prévue à l'art. 12 al. 2 ^{bis} OB, sont ceux qui, conformément à l'art. 30a al. 2 LB, ne peuvent de toute façon pas être concernés par un sursis à la résiliation des contrats ¹⁶ . Compte tenu de l'importance de cette clause pour la conception des contrats dans un contexte international, ainsi que des avantages qu'a une vue d'ensemble centralisée, ceux-ci continuent néanmoins d'être mentionnés ici à titre d'exhaustivité.

Chapitre 6 Dispositions finales

Art. 48 Abrogation d'autres actes		Les ordonnances antérieures (OIB-FINMA, OFA-FINMA et OFPC-FINMA) sont remplacées par la nouvelle OIns-FINMA et donc abrogées au moment de son entrée en vigueur.
Art. 49 Disposition transitoire		Dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité, toutes les procédures d'insolvabilité en cours ouvertes par la FINMA avant cette date sont soumises aux dispositions de la nouvelle ordonnance, et non plus à celles des ordonnances précédentes.
Art. 50 Entrée en vigueur		Cette disposition règle la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance.

¹⁵ Concernant le contexte et le but réglementaire de la disposition, voir le [rapport explicatif](#) du 27 septembre 2016 relatif à la révision partielle de l'OIB-FINMA ; à consulter sous www.finma.ch > Documentation > Auditions et évaluations > Auditions achevées > 2016.

¹⁶ Voir le [rapport explicatif](#) du 27 septembre 2016 relatif à la révision partielle de l'OIB-FINMA, p. 11 ; à consulter sous www.finma.ch > Documentation > Auditions et évaluations > Auditions achevées > 2016.

2.3 Commentaires relatifs aux dispositions non reprises

Les articles ci-après de l'OIB-FINMA, de l'OFPC-FINMA et de l'OFA-FINMA n'ont pas été repris.

- Art. 24 et 25 OIB-FINMA

Dans le cadre de la révision du 17 décembre 2021 de la loi sur les banques, le cercle des dépôts et des déposants privilégiés a été inscrit au chapitre 4a de l'OB, rendant les art. 24 et 25 OIB-FINMA obsolètes.

- Art. 40 al. 1, 43, 44, 45 al. 2 à 3, 47 à 52 OIB-FINMA

Une grande partie des dispositions de l'OIB-FINMA relatives à l'assainissement ont été reprises dans la LB au moment de la révision du 17 décembre 2021, avec effet au 1^{er} janvier 2023. Ces dispositions, de même que certaines dispositions purement déclaratives, n'ont par conséquent pas été reprises dans l'OIns-FINMA.

- Art. 54 et 55 OIB-FINMA

Ces dispositions ont été biffées de l'ordonnance, faute de teneur réglementaire autonome. La définition de mesures au sens de l'art. 89 al. 2 LIMF, de même que les accords de compensation au sens de l'art. 27 al. 1 LB, ne sont pas régis par l'OIns-FINMA.

- Art. 9 OFPC-FINMA

La teneur réglementaire de cette disposition est désormais couverte par l'art. 30 al. 2 OIns-FINMA. Il a donc été renoncé à la mention explicite des tâches de l'administration de la faillite en cas de faillite d'une SICAV à l'art. 8 OIns-FINMA.

- Art. 35 OFA-FINMA

Cette disposition a été déplacée au niveau de la loi avec des adaptations de fond au moment de la révision de la LSA. Elle est désormais intégrée à l'art. 54a^{bis} LSA.

3 Processus de réglementation

La FINMA applique un processus de réglementation transparent, prévisible et crédible, qui intègre à un stade précoce les parties impliquées et les milieux intéressés, comme les autorités et éventuellement les milieux scientifiques.

3.1 Consultation préalable

Avant l'ouverture d'une audition publique, la FINMA procède en principe à des consultations préalables des personnes concernées et des milieux intéressés. Ce faisant, elle clarifie les faits pertinents et rassemble les informations nécessaires, explique les grandes lignes du projet de réglementation et prend note des appréciations correspondantes. L'échange peut également porter sur les actions requises et les options éventuelles.

Du 8 avril au 3 mai 2024, la FINMA a procédé à une consultation préalable de plusieurs experts et associations concernées de la branche. À cette occasion, l'autorité de surveillance a présenté ses propositions pour le regroupement et l'adaptation des ordonnances antérieures sous la forme d'un avant-projet d'OIns-FINMA. Les experts ont salué le regroupement des ordonnances de la FINMA sur la faillite et l'insolvabilité existantes en un seul acte législatif, qui conserve par ailleurs une structure ayant fait ses preuves. Ils ont approuvé cette démarche, qui permet de garantir une réglementation largement harmonisée tenant néanmoins compte des spécificités des différents établissements. L'applicabilité des commentaires et positions recueillis a été vérifiée à l'aune du droit supérieur et des objectifs de l'OIns-FINMA. La plupart d'entre eux ont été intégrés au projet d'ordonnance soumis à l'audition publique.

3.2 Consultation des unités administratives également intéressées

Du 12 juillet au 5 août 2024 et du 1^{er} avril au 25 avril 2025, la FINMA a consulté les unités administratives intéressées.

3.3 Consultation publique

Les présentes règles n'ont pas une grande portée au sens de la loi du 18 mars 2005 sur la consultation (RS 172.061). La FINMA a donc procédé à une audition conformément à l'art. 10 al. 2 de l'ordonnance du 13 décembre 2019 relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers (RS 956.11). Le délai d'audition était de deux mois.

4 Principes de réglementation¹⁷

La FINMA réglemente par voie d'ordonnances, lorsque la législation sur les marchés financiers le prévoit. Sauf disposition contraire, une compétence

¹⁷ Selon l'art. 6 de l'ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers

législative se limite à l'édiction de dispositions de nature technique et d'importance secondaire.

Il était question ici de regrouper les dispositions de procédure des ordonnances antérieures en un seul acte, l'OIns-FINMA, et de les adapter aux différentes révisions de la LB et de la LSA. Or, les variantes disponibles pour l'élaboration de la réglementation à l'échelon de la FINMA étaient limitées. Lorsque plusieurs variantes se sont présentées, l'autorité de surveillance a opté pour celles qui reflétaient le mieux le principe de proportionnalité. Elle a tenu compte des effets sur la viabilité et la compétitivité internationale de la place financière suisse, dès lors que cela semblait pertinent. Les réglementations adoptées sont neutres sur les plans de la concurrence et de la technologie. La différenciation de la réglementation conformément à l'art. 7 al. 2 let. c LFINMA doit tenir compte du but visé par la réglementation et des risques. Les normes internationales du secteur financier et leur mise en œuvre dans d'autres places financières importantes, lorsqu'elles sont pertinentes, ont déjà été prises en considération dans le cadre des dispositions matérielles en amont, au niveau des lois et ordonnances. Pour plus de détails, il est renvoyé aux explications relatives aux différentes dispositions spécifiques.

5 Analyse des effets¹⁸

En principe, les effets des réglementations doivent être déjà présentés en détail au niveau de la loi. Par conséquent, et quant à l'élargissement de la compétence de la FINMA en matière d'assainissement aux entreprises d'assurance dans le cadre de la révision partielle de la LSA, il est renvoyé à l'annexe « Comparaison internationale et analyse d'impact de la réglementation » du message du 21 octobre 2020 concernant la modification de la loi sur la surveillance des assurances (LSA)¹⁹.

L'OIns-FINMA se limite à formuler des règles pour les procédures d'assainissement et de faillite applicables aux assujettis relevant de la compétence de la FINMA en matière d'insolvabilité. Selon les estimations de la FINMA, les assujettis concernés ne devraient subir aucun effet négatif en raison du regroupement des dispositions de l'OIB-FINMA, de l'OFA-FINMA et de l'OFPC-FINMA dans un seul acte législatif ; ils ne devraient pas non plus être affectés par les adaptations effectuées compte tenu à la fois de la nouvelle compétence de la FINMA en matière d'assainissement des

¹⁸ Selon l'art. 7 de l'ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers

¹⁹ <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/64815.pdf> ; à consulter sous www.admin.ch > Conseil fédéral > Documentation > Communiqués > Le Conseil fédéral adopte le message concernant la révision partielle de la loi sur la surveillance des assurances.

entreprises d'assurance prévue par la LSA et des constats tirés de la pratique et de la doctrine.

6 Suite de la procédure

L'OIns-FINMA entre en vigueur le 1^{er} octobre 2025. L'OIB-FINMA, l'OFA-FINMA et l'OFPC-FINMA seront abrogées à cette même date.