

Guide pratique

Pour une bonne exécution des mandats par les mandataires
de la FINMA

28 novembre 2013 (état au 1^{er} janvier 2020)

Table des matières

Référence :
3018-T-2-49721

1	Introduction	4
2	Désignation d'un mandataire par voie de décision.....	5
3	Honoraires et frais du mandataire.....	5
3.1	Coûts du mandat.....	5
3.2	Frais.....	6
3.3	Avances sur frais de l'assujetti	7
3.4	Garantie de prise en charge des coûts.....	7
3.5	Contrôle des coûts par la FINMA	8
3.6	Facturation	8
3.7	Cotisations sociales	9
4	Droits et obligations du mandataire liés à l'exécution du mandat	10
4.1	Droits du mandataire	10
4.1.1	Droit d'accès	10
4.1.2	Droit de consultation et droit aux renseignements	10
4.2	Obligations du mandataire	10
4.2.1	Obligation d'accomplir le mandat avec soin	10
4.2.2	Obligation d'accomplir le mandat de manière économiquement responsable	10
4.2.3	Obligations résultant d'une résiliation anticipée du mandat.....	11
4.2.4	Obligations de renseigner et de faire rapport à la FINMA.....	11
4.2.5	Entretien final.....	12
4.2.6	Secret de fonction.....	12
4.2.7	Accomplissement en personne du mandat	12
4.2.8	Actes conformes au droit et comportement loyal	13
4.2.9	Obligations de la bonne tenue et de conservation des dossiers	13

4.2.10	Audit de la conduite de la procédure de liquidation ou de faillite.....	14
4.2.11	Ouverture de comptes	14
5	Indépendance du mandataire	14
5.1	Généralités	14
5.2	Motifs de partialité	15
5.2.1	Carence dans l'indépendance en raison d'intérêts personnels	15
5.2.2	Carence dans l'indépendance en raison de l'activité professionnelle du mandataire	15
5.2.3	Autres motifs de partialité	16
5.3	Compatibilité avec l'exigence d'indépendance	16
6	Responsabilité du mandataire et action récursoire de la FINMA	16
6.1.1	Responsabilité patrimoniale du mandataire et action récursoire de la FINMA.....	16
6.1.2	Responsabilité pénale du mandataire	17
6.1.3	Dépens et frais de procédure dans une procédure de droit civil.....	17
	Annexe A : Autres obligations du liquidateur de la faillite	18
	Annexe B : Autres obligations du liquidateur	21

Référence :
3018-T-2-49721

1 Introduction

Référence :
3018-T-2-49721

Conformément à la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA ; RS 956.1) et aux lois régissant lesdits marchés, la FINMA peut désigner les mandataires suivants pour l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées :

- Des **chargés d'enquête** peuvent être nommés dans le cadre d'une procédure contraignante en application de l'art. 36 LFINMA pour élucider un fait relevant de la surveillance ou pour mettre en œuvre les mesures de surveillance ordonnées par la FINMA.
- En application de l'art 24a LFINMA, la FINMA peut mandater des **chargés d'audit** dans le cadre de la surveillance continue pour procéder à un audit chez un assujetti.
- La FINMA peut confier l'élaboration d'un plan d'assainissement à un **délégué à l'assainissement** (cf. art. 28 al. 3 de la loi sur les banques [LB ; RS 952.0], art. 67 al. 1 de la loi sur les établissements financiers [LEFin; RS 954.1] et art. 88 de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers [LIMF; RS 958.1]).
- La FINMA peut confier à un **liquidateur** la liquidation ordinaire sous surveillance d'un assujetti (art. 37 LFINMA en relation avec art. 23^{quies} al. 1 LB, art. 66 LEFin, art. 52 de la loi sur la surveillance des assurances [LSA ; RS 961.01]), art. 135 e 135 cpv. 1 de la loi sur les placements de capitaux [LPCC ; RS 951.31] et art. 87 LIMF).
- La FINMA peut confier la faillite d'un assujetti à un **liquidateur de faillite** (art. 33 al. 2 LB, Art. 67 al. 1 LEFin, art. 137 al. 3 LPCC, art. 53 al. 3 LSA et art. 88 LIMF).
- Un **expert chargé des estimations** peut être désigné pour l'estimation des placements des fonds immobiliers ou des sociétés d'investissement immobilier (art. 136 al. 1 LPCC).

La nomination d'un mandataire ainsi que la description du contenu des tâches qu'il doit remplir se fait par décision de nomination soumise à l'accord du mandataire.

Le présent guide (annexes comprises) décrit, en vertu de la législation actuellement applicable, les exigences posées¹ à la bonne exécution d'un mandat. Le présent guide s'applique dans la mesure où la FINMA n'adopte pas à l'égard d'un mandataire dans un cas particulier des dispositions y dérogeant.

Référence :
3018-T-2-49721

2 Désignation d'un mandataire par voie de décision

Le mandataire est désigné par décision de la FINMA (décision de nomination).

La décision de nomination détermine :

- la personne (physique ou morale) désignée comme mandataire ;
- le contenu du mandat ;
- le cas échéant, si et dans quelle mesure le mandataire peut agir en lieu et place des organes de l'assujetti ;
- les frais et honoraires du mandataire (tarif horaire et réglementation des frais) et
- le cas échéant, l'obligation donnée à l'assujetti de verser une avance sur frais au mandataire (cf. 3.3).

Les modifications apportées à une décision de nomination se font par décision.

3 Honoraires et frais du mandataire

3.1 Coûts du mandat

Les frais et honoraires du mandataire sont à la charge de l'assujetti. Si les coûts résultant du mandat concernent plusieurs assujettis, ceux-ci doivent s'en acquitter solidairement.

¹ Les dispositions applicables sont notamment les suivantes : art. 14, 19, 36, 46 LFINMA ; art. 33, 35, 47 LB ; art. 69 LEFin, art. 54b LSA ; art. 5 de l'ordonnance sur les banques (OB ; RS 952 027) ; art. 5, 9, 12, 13, 16, 42, 58 de l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire (OIB-FINMA ; RS 952.05) ; art. 5, 7, 11, 37 de l'ordonnance de la FINMA sur la faillite des assurances (OFA-FINMA ; RS 961.015.2) ; art. 1, 8, 11, 43 de l'ordonnance de la FINMA sur la faillite de placements collectifs (OFPC-FINMA ; RS 951.315.2). S'applique en outre par analogie le droit du mandat selon le code des obligations (CO ; RS 220) (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2703/2010 du 6 juillet 2010, consid. E).

L'ensemble des coûts engendrés par une liquidation ordinaire sous surveillance sont à la charge de la société en liquidation et ceux d'une faillite à la charge de la masse en faillite (dettes de la masse)². En cas de faillite ou de liquidation d'un groupe, les coûts sont répartis entre chacun des assujettis selon le principe de causalité. Les coûts engendrés par une procédure doivent être couverts par la masse des actifs y relative.

Les honoraires du mandataire suivent les termes définis par le mandat.

Ils peuvent être déterminés comme suit :

- un tarif horaire est déterminé pour les personnes intervenant au nom du mandataire selon leur fonction ou
- un tarif horaire est déterminé pour les personnes intervenant au nom du mandataire selon leur fonction avec fixation d'un plafond aux coûts du mandat.

Lorsque les coûts du mandat sont plafonnés, ils ne peuvent être revus à la hausse qu'avec l'accord de la FINMA.

La gestion des biens immobiliers est rémunérée selon des approches habituelles sur le marché. La FINMA en fixe le montant au cas par cas.

Les prestations des mandataires sont soumises à la TVA.

3.2 Frais

Les frais (débours) sont indemnisés à hauteur de 3 % du montant total des honoraires encaissés.

Les envois de masse par voie postale (à partir de 30 destinataires) peuvent être facturés comme frais extraordinaires.

Les autres frais extraordinaires (par ex. déplacement à l'étranger, voyage en Suisse en avion, hôtel) ne sont remboursés qu'avec l'accord préalable de la FINMA et sur présentation des justificatifs correspondants.

Si le tarif horaire est fixé à au moins 500 CHF, les frais du mandataire sont considérés comme compris dans ce tarif. Demeurent réservés les frais extraordinaires.

² Les coûts d'une liquidation spéciale selon l'art. 23 al. 4 et 5 OIB-FINMA doivent être couverts par les actifs concernés.

3.3 Avances sur frais de l'assujetti

Référence :
3018-T-2-49721

Sur ordre de la FINMA, l'assujetti est tenu de verser à un mandataire des avances sur frais. Cet ordre résulte de la décision de nomination.

Une avance sur frais ne peut être décidée qu'après concertation avec la FINMA. Le mandataire peut en principe percevoir des avances de frais jusqu'à ce que le compte final soit approuvé.

Les avances sur frais doivent correspondre aux coûts présumés.

Avant qu'une avance sur frais ne soit prononcée, le mandataire doit clarifier la situation financière de l'assujetti. L'estimation de la situation financière se fonde sur l'état actuel des informations et doit donc être continuellement adaptée si de nouvelles informations sont disponibles. En cas d'indices laissant présumer un risque d'insolvabilité³, la FINMA doit immédiatement être informée.

Si le mandataire ne peut clarifier la situation financière de l'assujetti, il convient de renoncer à toute avance sur frais.

Si aucune avance sur frais n'est possible, la FINMA examine l'octroi d'une garantie de prise en charge des coûts (cf. ch. 3.4).

Si une procédure de faillite est ouverte à l'égard d'un assujetti, les honoraires qui ne sont pas encore exigibles ne peuvent pas être couverts par l'avance sur frais octroyée. L'avance sur frais non encore utilisée tombe dans la masse de la faillite.

3.4 Garantie de prise en charge des coûts

En cas de risque d'insolvabilité d'un assujetti, la FINMA peut accorder au mandataire une garantie de prise en charge des coûts (*Kostengarantie*)⁴. La garantie accordée s'entend TVA incluse et elle peut être limitée dans le temps.

³ Par « risque d'insolvabilité », on entend de sérieux problèmes de liquidité (incapacité de paiement) et/ou une menace fondée de surendettement.

⁴ Au besoin, la FINMA peut avancer les frais au mandataire.

Le paiement du montant garanti est versé pour une liquidation ordinaire après l'ouverture de la faillite, respectivement pour une procédure de faillite après clôture de la procédure de faillite, pour autant que :

Référence :
3018-T-2-49721

1. les avances sur frais ont été requises à temps, avant la survenance du risque d'insolvabilité ;
2. les avances sur frais n'ont pas pu être perçues et
3. la créance générée par le mandataire, égale au montant pour lequel la garantie de prise en charge des coûts accordée par FINMA a été effectivement utilisée, a été cédée par écrit à cette dernière.

La FINMA garantit ainsi au mandataire une somme visant à couvrir ses coûts. Les prestations déjà payées par l'assujetti sont déduites. Pour les procédures les plus longues, des versements partiels des frais garantis sont possibles.

D'éventuels frais de recouvrement ou intérêts moratoires sont à charge du mandataire.

3.5 Contrôle des coûts par la FINMA

La FINMA contrôle les décomptes intermédiaires et approuve le compte final. Les factures doivent être proportionnées.

3.6 Facturation

Le mandataire établit périodiquement des décomptes intermédiaires ainsi qu'un compte final pour les prestations fournies. Il en va de même lorsqu'un plafond aux coûts du mandat a été convenu.

Les décomptes intermédiaires et le compte final doivent donner un éclairage de la nature des prestations fournies par le mandataire. Doivent notamment figurer :

1. la date des prestations ;
2. la durée des prestations ;
3. les différents types de prestations effectuées (par ex. réunions, étude du dossier, travail rédactionnel, etc.). Les frais pour la gestion des biens immobiliers doivent être indiqués à part ;
4. les personnes ayant exécuté les différentes prestations (y c. tarif horaire, indication des sigles des différentes personnes) ;

5. le montant à facturer pour les différentes prestations
6. toutes les factures de tiers impliqués et
7. pour les chargés d'enquête : les avances sur frais demandées/obtenues respectivement leur compensation. Pour les mandats de liquidation ou de faillite, la compensation avec les avances sur frais ne doit être indiquée que dans le compte final.

Référence :
3018-T-2-49721

Ne doivent pas être facturés :

- le temps investi pour l'établissement de l'offre et l'acceptation du mandat ;
- le temps investi pour l'établissement des notes de frais et honoraires ;
- le temps investi pour le traitement des questions dont on peut supposer qu'elles devraient être connues du mandataire ;
- le temps investi afin de remédier à des manquements dans l'octroi des prestations ou en cas de non-respect des instructions de la FINMA ;
- les frais engendrés par d'éventuelles assurances du mandataire.

La fréquence des décomptes intermédiaires est définie au cas par cas, selon l'état de la procédure et le volume du mandat.

En tous les cas, le mandataire est tenu d'établir une facture à la fin de chaque année civile.

Sur demande de la FINMA, le mandataire communique à celle-ci les frais et honoraires encourus.

Les décomptes doivent être établis conformément à l'art. 26 de la loi sur la TVA (LTVA ; RS 641.20).

3.7 Cotisations sociales

Les prestations des mandataires constituent une activité lucrative indépendante au sens de la législation régissant l'AVS. Le mandataire est responsable de l'établissement du décompte des cotisations pour les assurances sociales. Il lui incombe également de régler les cotisations sociales, tant pour lui-même que pour ses collaborateurs.

4 Droits et obligations du mandataire liés à l'exécution du mandat

Référence :
3018-T-2-49721

4.1 Droits du mandataire

L'assujetti doit garantir au mandataire l'accès à ses locaux et lui fournir tous les renseignements et documents nécessaires à l'accomplissement de ses tâches. Cependant, le mandataire n'a aucun pouvoir de contrainte pénal.

4.1.1 Droit d'accès

Le mandataire a le droit d'accéder à tous les locaux utilisés par l'assujetti, dans la mesure où cela est nécessaire à l'exécution de son mandat. Le mandataire décide lui-même des locaux auxquels il doit accéder pour l'accomplissement de son mandat.

4.1.2 Droit de consultation et droit aux renseignements

Le mandataire dispose d'un droit illimité de consultation et aux renseignements. Il peut requérir de l'assujetti l'ensemble de la documentation commerciale nécessaire à l'accomplissement de son mandat. En outre, il peut exiger de l'assujetti d'accéder aux systèmes informatiques de ce dernier si cela est nécessaire à l'accomplissement de son mandat.

L'assujetti est tenu de communiquer au mandataire tous les documents et informations nécessaires. Le mandataire peut exiger de l'assujetti qu'il soumette une déclaration d'intégralité, dans laquelle l'assujetti confirme avoir communiqué au mandataire toutes les informations nécessaires.

La communication de fausses informations au mandataire est passible de sanctions (art. 45 LFINMA).

4.2 Obligations du mandataire

4.2.1 Obligation d'accomplir le mandat avec soin

Le mandataire s'acquitte des tâches qui lui sont confiées avec soin et fidélité. Si le mandat n'est pas accompli avec le soin ou la fidélité nécessaire, la FINMA se réserve le droit de retirer le mandat avec effet immédiat.

4.2.2 Obligation d'accomplir le mandat de manière économiquement responsable

Le mandataire est tenu d'accomplir son mandat de manière économiquement responsable. L'exécution du mandat doit être appropriée et proportionnée. Le mandataire est responsable de l'emploi économiquement rationnel des actifs.

Un mandataire ayant plusieurs succursales ne recourt en principe qu'aux collaborateurs de la succursale désignée par la FINMA. Le recours à des collaborateurs d'autres succursales n'est autorisé que si cela n'engendre pas de coûts supplémentaires.

Référence :
3018-T-2-49721

4.2.3 Obligations résultant d'une résiliation anticipée du mandat

Le mandataire peut, pour des motifs importants, demander à la FINMA de mettre un terme à son mandat. Cela ne doit cependant pas intervenir en temps inopportun. Le cas échéant, le mandataire est tenu d'accomplir le mandat jusqu'à la désignation par la FINMA d'un nouveau mandataire.

En cas de résiliation anticipée du mandat, le mandataire est tenu de veiller à la transmission ordonnée du mandat, par laquelle on entend en particulier :

- la transmission des dossiers, ainsi que
- l'introduction du nouveau mandataire, afin que ce dernier puisse poursuivre le mandat.

La transmission du mandat n'est pas facturable.

4.2.4 Obligations de renseigner et de faire rapport à la FINMA

Le mandataire est tenu d'informer régulièrement la FINMA sur le déroulement de son mandat ainsi que sur ses constatations. Il communique immédiatement à la FINMA toute circonstance susceptible d'entraver le bon accomplissement du mandat. Il en va de même lorsque le mandataire constate que les intérêts des créanciers, des déposants ou des assurés sont menacés, ou en cas de risque d'insolvabilité de l'assujetti.

Le mandataire utilise les modèles de documents fournis par la FINMA, dans la mesure où celle-ci les met à disposition. Après discussion avec la FINMA, le mandataire peut utiliser ses propres documents si ceux-ci sont conformes à ceux fournis par la FINMA. Les informations contenues dans les modèles de la FINMA constituent des instructions de la FINMA.

Les rapports adressés à la FINMA doivent être rédigés de manière brève, précise et concise. Ils doivent être adressés directement à la FINMA et ne peuvent en aucun cas avoir été préalablement discutés avec l'assujetti. Si, dans le cadre des missions d'audit, des constatations sur l'état de fait ont été préalablement discutées avec l'assujetti, il convient d'indiquer dans le rapport de manière exhaustive les prises de position de l'assujetti à leur propos.

La FINMA peut exiger du mandataire de courts rapports périodiques dits « rapports de situation » (*Sachstandsbericht*) sur le déroulement du mandat. Si aucun changement ni prestation n'est intervenue depuis la période précédente, il suffit d'indiquer au moyen d'une note qu'aucune prestation n'a été fournie.

Référence :
3018-T-2-49721

4.2.5 Entretien final

A la fin du mandat, la FINMA peut exiger du mandataire la tenue d'un entretien final non facturable (contrôle de la qualité).

4.2.6 Secret de fonction

Les mandataires de la FINMA⁵ sont tenus au secret de fonction. Toutes les informations recueillies dans le cadre du mandat doivent être traitées de manière confidentielle⁶. Si le mandataire est une société de personnes, une personne morale ou un membre (conseiller) d'un cabinet d'avocat, les informations relatives au mandat ne doivent être divulguées et transmises aux collaborateurs que dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches.

Aucun document et/ou information relatif à l'accomplissement du mandat ne saurait être communiqué à des tiers sans l'autorisation préalable de la FINMA⁷.

En cas d'audition ou de procédure judiciaire, le mandataire ne peut s'exprimer sur des faits liés à sa fonction et constatés durant l'accomplissement de ses tâches que s'il en a été préalablement autorisé par écrit par la FINMA (levée du secret de fonction). Il en va de même pour la transmission de documents à des autorités ou à des tribunaux.

La FINMA n'accorde pas cette autorisation à l'avance et de manière abstraite, mais uniquement dans un cas concret.

4.2.7 Accomplissement en personne du mandat

Les mandataires sont en principe tenus d'accomplir leurs tâches en personne. Pour l'accomplissement de leur mandat, ils peuvent s'adjoindre les services de tiers sur la base d'un engagement de droit privé. Le recours à un tiers requiert l'approbation préalable de la FINMA.

⁵ Ainsi que les éventuels tiers impliqués dans l'exécution du mandat (cf. art. 320 CP).

⁶ Il en va de même pour les informations transmises au mandataire avant l'acceptation du mandat.

⁷ Il est possible de communiquer aux assujettis audités les informations dont ils ont besoin pour s'acquiescer de leur obligation de collaborer.

En cas de liquidation, d'assainissement ou de faillite, cette approbation n'est pas nécessaire si les coûts générés par le recours à un tiers ne dépasseront pas de manière prévisible 10 000 CHF.⁸ Dans ce cas, le mandataire informe la FINMA du recours à un tiers.

Référence :
3018-T-2-49721

Le mandataire est responsable de la diligence dans le choix, l'instruction et la surveillance du tiers mandaté. Le mandataire est tenu de contrôler le caractère économiquement responsable, adéquat et proportionné des factures du tiers. Le mandataire doit confirmer par écrit à la FINMA l'exécution de ce contrôle dans le cadre du compte final. Les factures du tiers mandaté sont à annexer à la note de frais et honoraires du mandataire et à adresser à la FINMA.

4.2.8 Actes conformes au droit et comportement loyal

Le mandataire n'a pas la compétence de rendre des décisions au sens de la loi fédérale sur la procédure administrative, ses actes pouvant toutefois avoir un caractère contraignant.

Durant l'accomplissement du mandat, les mandataires agissent conformément au droit et de manière loyale.

4.2.9 Obligations de la bonne tenue et de conservation des dossiers

Les dossiers constitués par le mandataire durant l'accomplissement du mandat doivent être tenus de manière correcte, exhaustive, compréhensible et chronologique. L'organisation des dossiers suit, pour chaque cas, la systématique de gestion de documents de la FINMA. Il y a lieu d'extraire des dossiers les documents internes (notamment des documents dépourvus de caractère probatoire pour l'accomplissement du mandat, comme les projets ou les notes personnelles). Dans la mesure où il n'en résulte pas un volume de travail disproportionné, les documents ayant trait au mandat doivent être tenus sous forme électronique (par ex. au format PDF).

Le mandataire conserve l'ensemble des documents ayant trait au mandat durant au moins dix ans après la fin du mandat⁹.

⁸ En cas de mandats de longue durée (par ex. impôts, comptabilité), l'accord de la FINMA n'est pas nécessaire s'il est prévisible que les frais pour des interventions de tiers ne dépasseront pas CHF 50 000.

⁹ Dans les procédures d'insolvabilité, les pièces de l'insolvabilité et de l'activité commerciale doivent être détruites sur ordre de la FINMA après expiration d'un délai de dix ans suivant la clôture ou la suspension de la procédure de faillite ou d'assainissement (art. 59 al. 2 OIB-FINMA).

4.2.10 Audit de la conduite de la procédure de liquidation ou de faillite

Référence :
3018-T-2-49721

La FINMA peut, à tout moment, procéder à un audit des mandats de liquidation ou de faillite auprès du mandataire à des fins de garantie de la qualité.

La FINMA peut en particulier procéder à tout moment à un audit de la comptabilité du mandataire liée à une liquidation ou une faillite, ou recourir à un tiers pour le faire. Ce contrôle peut en particulier comprendre, outre les aspects purement comptables, la vérification de la documentation, l'archivage et la conservation des documents ainsi que des mesures organisationnelles.

Ces contrôles ne peuvent pas être facturés.

4.2.11 Ouverture de comptes

Dès que le mandataire s'est saisi des avoirs financiers de l'assujetti, il lui faut les gérer sur un compte séparé au nom de l'assujetti. Pour chaque assujetti il faut ouvrir un compte séparé. Les comptes collectifs sont interdits.

Les comptes ne doivent pas être ouverts auprès d'établissements qui sont créanciers ou preneur de garantie de l'assujetti.

Le mandataire doit informer la FINMA, des montants totaux qu'il a saisis au nom de l'assujetti sur chaque compte indépendamment de leur attribution légale ou économique.

5 Indépendance du mandataire

5.1 Généralités

Le mandataire exécute les tâches qui lui sont confiées de manière objective et impartiale. Son indépendance ne doit être restreinte ni dans les faits ni en apparence.

Le mandataire exerce son mandat de manière indépendante, tant sur les plans personnels, que financier et fonctionnel. Il doit signer une déclaration d'indépendance avant l'acceptation d'un mandat.

Avant et pendant l'exercice du mandat, le mandataire est tenu d'annoncer, de son propre chef et sans délai, tout conflit d'intérêts effectif ou potentiel (par ex. toute circonstance apte à éveiller l'apparence de prévention qui surgirait en relation avec sa fonction de mandataire). En particulier, le mandataire est tenu d'informer la FINMA de tous les mandats dirigés contre elle (par ex. représentation ou conseil juridique). En outre, le mandataire soumet à la FINMA une proposition sur les démarches envisagées pour écarter les conflits d'intérêt.

Si nécessaire, le mandataire peut être tenu de se récuser et de remettre son mandat. La FINMA peut prendre toute mesure utile en cas de conflit d'intérêts.

Référence :
3018-T-2-49721

Le respect des règles déontologiques pertinentes relève de la responsabilité du mandataire.

5.2 Motifs de partialité

Sont notamment incompatibles avec l'exigence d'indépendance (liste non exhaustive) :

5.2.1 Carence dans l'indépendance en raison d'intérêts personnels

Une relation étroite entre le mandataire et un membre du conseil d'administration ou toute autre personne disposant de pouvoirs décisionnels ou un actionnaire important de l'assujetti ou de ses représentants légaux¹⁰.

5.2.2 Carence dans l'indépendance en raison de l'activité professionnelle du mandataire

- Existence actuelle dans le mandat d'un lien de connexité résultant de :
 1. l'appartenance passée ou présente à un organe de l'assujetti ou
 2. d'un rapport de travail ou de mandat entre le mandataire et l'assujetti ;
- perspectives futures d'appartenance à un organe de l'assujetti ou de l'établissement d'un rapport de mandat ou de travail futurs ;
- exercice d'une activité de révision ou d'audit au sein de l'établissement audité devant être mis en liquidation ;
- existence actuelle dans le mandat d'un lien de connexité résultant de la collaboration et d'activités de conseil en vue de la désignation, la promotion ou le licenciement de personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable ou d'autres personnes assumant des fonctions clés du point de vue prudentiel, en particulier dans les domaines de la finance, la *compliance* ou la révision interne de l'assujetti ;

¹⁰ Cf. art. 34 al. 1 ch. c et d de loi sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110).

- existence actuelle dans le mandat d'un lien de connexité résultant de la collaboration à la tenue de la comptabilité ainsi que de la fourniture d'autres prestations à l'assujetti (par ex. conseils dans le domaine de la surveillance, développement et introduction de systèmes soutenant les fonctions de *compliance*, juridiques, de contrôle et de gestion des risques, de risque management ou de contrôle des investissements).

Référence :
3018-T-2-49721

5.2.3 Autres motifs de partialité

- Détention de participation importante de l'assujetti par le mandataire ;
- acceptation d'avantages offerts par l'assujetti avant ou pendant l'exécution du mandat ;
- autres motifs de partialité (par ex. déclarations publiques pour l'assujetti).

5.3 Compatibilité avec l'exigence d'indépendance

Sont en principe compatibles avec l'exigence d'indépendance :

- le chargé d'enquête, devenant délégué à l'assainissement ou liquidateur (également de la faillite) de l'assujetti après la procédure d'enquête ;
- le conseil et la représentation simultanés ou ultérieurs pour un requérant lors d'une procédure de demande d'autorisation (non litigieuse) de la FINMA n'ayant aucun lien avec le mandat en tant que mandataire de la FINMA ;
- le chargé d'audit est organe de révision d'autres assujettis.

6 Responsabilité du mandataire et action récursoire de la FINMA

6.1.1 Responsabilité patrimoniale du mandataire et action récursoire de la FINMA

Le mandataire est tenu d'accomplir son mandat avec soin. La FINMA ne répond des dommages causés à des tiers par le mandataire lors de l'exercice de son mandat que s'il a violé des devoirs essentiels de fonction et l'assujetti n'a pas causé les dommages en violant ses obligations.

La FINMA statue en matière de réclamations en dommages-intérêts. Lorsqu'elle répare un dommage, la FINMA a contre le mandataire qui l'a causé intentionnellement ou par une négligence grave une action récursoire.

6.1.2 Responsabilité pénale du mandataire

Référence :
3018-T-2-49721

Le mandataire est personnellement responsable de tout comportement punissable.

La FINMA rembourse les frais judiciaires et les dépens encourus par le mandataire impliqué dans une procédure pénale lorsque les conditions suivantes sont remplies :

1. le mandataire est poursuivi pénalement en raison d'un acte accompli lors de l'exécution de son mandat ;
2. son comportement n'est ni gravement négligent ni intentionnel et
3. la FINMA a un intérêt à la tenue du procès.

Tant que le tribunal n'a pas rendu son jugement, la FINMA n'accorde que des garanties de remboursement des frais.

Le mandataire ne peut s'exprimer lors d'une audition ou d'une procédure judiciaire sur des faits liés à sa fonction et constatations en rapport avec ses tâches que s'il y a été préalablement autorisé par la FINMA (cf. point 4.2.6).

6.1.3 Dépens et frais de procédure dans une procédure de droit civil

Dans des cas justifiés, la FINMA peut rembourser des dépens et frais de procédure au mandataire qui est impliqué dans une procédure de droit civil du fait du mandat qu'il a rempli pour la FINMA. Le point 6.1.2 s'applique par analogie. Le mandataire doit supporter lui-même les frais jusqu'à hauteur de 30 000 CHF.

Annexe A : Autres obligations du liquidateur de la faillite

Référence :
3018-T-2-49721

En procédure de faillite, il convient notamment de transmettre à la FINMA les documents et informations suivants :

1. Rapport

1.1 Rapports de situation

Le rapport de situation contient un bref aperçu de l'avancement de la procédure. Il contient des chiffres sur les actifs et les passifs de la faillite ainsi que sur les rapports de la masse (comptabilité actualisée). Il donne un aperçu des futures étapes de la procédure et contient des remarques sur le respect ou le non-respect de sa planification.

Les mandataires ne sont déliés de leur obligation de rendre compte qu'avec l'accord de la FINMA. Cette obligation s'éteint en principe avec la remise du compte final.

1.2 Circulaires

2. Garantie des actifs

L'inventaire est dressé au moment de l'ouverture de la procédure d'après les principes d'exhaustivité et de traçabilité. Il doit comprendre l'ensemble des actifs à partir desquels des revenus ont été réalisés pendant la durée de la procédure.

L'inventaire est régulièrement tenu à jour. Les désignations des différentes positions doivent être maintenues pour toute la durée de la procédure.

Lors de l'établissement de l'inventaire, il convient de tenir compte des art. 25 ss OAOF. Il faut notamment spécifier les privilèges existants ou qui ont été faits valoir et d'indiquer la valeur des créances sur lesquels des privilèges ont été faits valoir. Concernant les actifs en monnaies étrangères, il faut aussi indiquer la valeur dans la devise de départ. L'inventaire doit contenir des informations sur les possibles contestations selon les art. 214 et 285 ss LP.

Dans les quatre semaines suivant l'expiration du délai de production, le mandataire fait parvenir à la FINMA un inventaire initial.

3. Calcul des passifs

Référence :
3018-T-2-49721

Lors de l'établissement du plan de collocation, il faut tenir compte des art. 55 ss OAOF. Il faut indiquer le nombre de créanciers par catégorie de créances.

Avec le dépôt doivent être transmis à la FINMA le plan de collocation, les annonces spéciales et l'inventaire actualisé. Il en va de même si le plan de collocation est adapté sans qu'un nouveau dépôt ne soit nécessaire.

4. Calcul des actifs

4.1 Demandes d'autorisation de procéder en justice

4.2 Plan des réalisations

5. Distribution

Le compte final se rapporte à l'inventaire actualisé et comprend les recettes et les dépenses influençant les liquidités (compte de liquidité). Il doit montrer la composition de la masse de la faillite ainsi que les dépenses qui ont été effectuées ou qui sont encore à effectuer.

Les chiffres figurant dans le compte final doivent être cohérents avec ceux des autres documents de la procédure, notamment avec le tableau de distribution, l'inventaire final et le compte de la masse au jour de référence du compte final.

Le tableau de distribution doit correspondre au plan de collocation et à ses avenants. Tout écart doit être justifié.

Avec le compte final et le tableau de distribution doivent être transmis :

- l'inventaire final ;
- les notes d'honoraires (dans la mesure où celles-ci n'ont pas encore été transmises) ;
- la confirmation du liquidateur de la faillite qu'il a vérifié que les dépenses pour des tiers mandatés sont économiques, appropriées et proportionnées ;
- l'extrait bancaire du compte de la masse de faillite au jour de référence du compte final ;
- la liste des coûts présumés jusqu'à la clôture de la procédure (provisions).

Il est possible de constituer des provisions pour les coûts présumés jusqu'à la clôture de la procédure ainsi que pour l'archivage après la clôture de la procédure.

Référence :
3018-T-2-49721

6. Clôture de la procédure

En plus des exigences posées par l'art. 58 OIB-FINMA, le rapport final contient :

- une confirmation du liquidateur de la faillite selon laquelle tous les actifs de la masse de la faillite ont été réalisés ou cédés ou qu'il a renoncé à toute réalisation ;
- les justificatifs de l'emploi des actifs de la masse en faillite existant selon le compte final (extraits de compte) ;
- les justificatifs de la clôture de tous les comptes de la masse ;
- des informations sur l'archivage des actes de la procédure et des documents commerciaux (y c. indications sur le lieu) ;
- un aperçu tabellaire de la procédure et une liste des dividendes qui n'ont pas été versés, des valeurs déposées qui n'ont pas été distraites et les actes de défaut de bien déposés comme pièces jointes.

Annexe B : Autres obligations du liquidateur

Référence :
3018-T-2-49721

Dans une procédure de liquidation forcée ouverte par la FINMA (notamment selon l'art. 37 LFINMA en relation avec les art. 23^{quinquies} al. 1 LB, art. 66 LEFin, art. 134 et 135 al. 1 LPCC, art. 52 LSA et 87 LIMF), il convient de tenir compte des prescriptions de droit civil relatives à la liquidation ordonnée, des autres dispositions de droit des sociétés et des prescriptions statutaires. Dans une procédure de liquidation, doivent en particulier être transmis à la FINMA :

1. Rapport

1.1 Plan de liquidation

Dans le mois suivant le prononcé de la procédure de liquidation, il convient d'établir un plan de liquidation. Celui-ci présente le déroulement de la liquidation, en indiquant les étapes principales et secondaires, l'horizon temporel de chaque étape et les coûts estimés.

Au plan de liquidation doit être joint une prise de position du conseil d'administration ou de la direction. Ensuite, le plan de liquidation est soumis tout d'abord à l'assemblée des associés, puis à la FINMA.

1.2 Rapports de situation

Le rapport de situation donne un bref aperçu de l'avancement de la procédure. Il contient des chiffres sur les actifs et les passifs de la faillite (comptabilité actualisée). Les passifs doivent être répartis entre anciens et nouveaux engagements ainsi que frais d'honoraires du liquidateur. Il donne un aperçu des futures étapes de la procédure et contient des remarques sur le respect ou le non-respect de la planification.

Les mandataires ne sont déliés de leur obligation de rendre compte qu'avec l'accord de la FINMA. Cette obligation s'éteint avec la remise du compte final.

1.3 Communications aux parties à la procédure

2. Comptabilité

La comptabilité et les avis d'un éventuel motif de faillite incombent au liquidateur. Sont à transmettre :

- le dernier bilan avant le prononcé de la liquidation contrainte ;
- le bilan d'entrée en liquidation au jour de référence de la dissolution ;

- les bilans intermédiaires annuels ;
- le bilan final.

Référence :
3018-T-2-49721

La comptabilité doit être constamment complétée. Le bilan d'entrée en liquidation doit être établi dans les quatre semaines suivant le prononcé de la liquidation. Les bilans doivent être contrôlés par l'organe de révision et soumis à l'assemblée des associés.

3. Clôture de la procédure

Au bilan final, il convient de joindre les documents suivants :

- notes d'honoraires (dans la mesure où celles-ci n'ont pas encore été transmises) ;
- confirmation du liquidateur de la faillite qu'il a vérifié que les dépenses pour des tiers mandatés sont économiques, appropriées et proportionnées
- extrait du compte de liquidation au jour de référence du bilan final ;
- confirmation de l'organe de révision concernant l'appel aux créanciers, la garantie de la protection des créanciers, le traitement conforme des créances qui ont été invoquées, la répartition et l'absence d'objections contre la dissolution de l'assujetti ;
- éventuelles attestations selon l'art. 745 al. 3 CO.

Après validation par la FINMA, le bilan final est soumis à l'assemblée des associés.

En plus d'un résumé sur le déroulement de la procédure, le rapport final contient :

- une confirmation du liquidateur selon laquelle la liquidation a été conduite jusqu'à son terme ;
- les justificatifs sur l'utilisation des liquidités existantes selon le bilan final ;
- une liste des dépôts effectués ;
- les justificatifs sur la clôture de l'ensemble des comptes de liquidation ;
- des informations sur l'archivage des actes de la procédure et des documents commerciaux (y c. indications sur le lieu) ;
- la confirmation de radiation du registre du commerce.