



Eidgenössische Bankenkommission
Commission fédérale des banques
Commissione federale delle banche
Swiss Federal Banking Commission

Insolvabilité bancaire

La situation en Suisse et sur le plan international

Rapport de la CFB

Janvier 2008



Table des matières

Abréviations	3
Résumé	4
1 Nouveau droit de l'insolvabilité bancaire depuis 2003	7
2 Eléments principaux de l'insolvabilité bancaire	9
3 Les entreprises concernées par l'insolvabilité bancaire	11
4 Interface avec la surveillance ordinaire	12
5 Mesures protectrices	13
6 Mandataires et liquidateurs de faillite	15
7 Procédure d'assainissement	16
8 Faillite bancaire	18
8.1 Différence avec la faillite ordinaire de la LP	18
8.2 Comptabilisation des créances	19
8.3 Accès limité au dossier (secret professionnel).....	20
8.4 Situation juridique des créanciers	20
8.5 Réalisation des actifs	21
8.6 Les actifs à l'étranger	22
9 Système de garantie des dépôts	23
10 Reconnaissance des faillites étrangères	25
11 Faillite de groupes	26
12 Tribunaux et faillite bancaire	26
13 Conclusions	27
14 Défis de l'insolvabilité bancaire internationale	29
15 Efforts internationaux	30
16 Engagements de la CFB sur le plan international	32
17 Positionnement de la CFB	33



Abréviations

ATF	Arrêt du Tribunal fédéral suisse
CFB	Commission fédérale des banques
Circ.-CFB	Circulaire de la Commission fédérale des banques
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
FF	Feuille fédérale
FOSC	Feuille officielle suisse du commerce
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (RS 952.0)
LBVM	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (RS 954.1)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 novembre 1889 (RS 281.1)
LTAf	Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.32)
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
OB	Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (RS 952.02)
OBVM	Ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 2 décembre 1996 (RS 954.11)
OBVM-CFB	Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 25 juin 1997 (RS 954.193)
OFB	Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite de banques et de négociants en valeurs mobilières du 30 juin 2005 (RS 952.812.32)
OFR	Ordonnance sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières du 29 septembre 2006 (RS 952.03)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral



Résumé

Des règles claires et prévisibles en cas d'insolvabilité sont la condition cadre essentielle et incontournable dans une économie de marché. Cela vaut également pour l'insolvabilité bancaire, qui à certains égards nécessite un traitement spécifique prévu en Suisse par le nouveau droit de l'insolvabilité bancaire (partie I). Le présent rapport donne un aperçu des expériences faites à ce jour par la Commission fédérale des banques (CFB) avec le nouveau droit de l'insolvabilité bancaire en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2004 (partie II). Il formule par ailleurs les souhaits de la CFB en matière d'insolvabilité bancaire internationale (partie III).

Le nouveau droit suisse de l'insolvabilité bancaire prévoit pour les banques et négociants en valeurs mobilières suisses une compétence exclusive de la CFB en tant qu'autorité en matière d'insolvabilité, en lien étroit avec sa fonction de surveillance et permettant une intervention précoce à l'aide de mesures adaptées de protection des créanciers. Ces derniers sont traités sur un pied d'égalité qu'ils soient domiciliés en Suisse ou à l'étranger. Outre des règles spécifiques de liquidation de banques insolubles, le nouveau droit prévoit (seulement pour les établissements autorisés) des règles très étendues d'assainissement forcé. En raison de l'absence de cas d'application, ces dernières n'ont toutefois pas encore pu être testées jusqu'ici. Dans le cadre de la liquidation de la faillite d'établissements autorisés, les petits dépôts (ne dépassant pas le montant de CHF 5'000.- par client) peuvent être payés aussitôt. Les dépôts privilégiés (dépôts ne dépassant pas CHF 30'000.- par client) auprès d'établissements en Suisse sont remboursés dans un délai de 3 mois par un système obligatoire de garantie des dépôts.

La procédure de faillite bancaire se différencie sur quelques points de la procédure prévue par la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite. La CFB est la seule autorité de faillite en Suisse dans son domaine de surveillance et elle doit appliquer une procédure unique. Celle-ci est accélérée sur certains points. Par exemple, l'appel aux créanciers est publié en même temps que l'ouverture de la faillite. Les créances inscrites dans les livres de la banque n'ont pas besoin d'être produites. Les créanciers domiciliés à l'étranger n'ont pas à faire élection de domicile en Suisse. Les prétentions contre des tiers peuvent être vendues librement ensemble ou séparément et n'ont pas à être cédées aux créanciers. Dernièrement, la CFB est parvenu dans plusieurs cas à réaliser des actifs non liquides lui permettant au moins de pouvoir ainsi mener la procédure de faillite.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi (2004), la CFB a ouvert 113 procédures de faillites. Aucune d'entre elles n'a toutefois concerné de banque au bénéfice d'une autorisation et seules 3 concernaient des négociants en valeurs mobilières. Les 110 restantes ont été prononcées contre des établissements exerçant une activité bancaire ou de négociant sans autorisation. Dans la plupart des liquidations, la CFB a nommé comme liquidateurs une entreprise spécialisée ou un expert, qu'elle surveille étroitement.



Eidgenössische Bankenkommission
Commission fédérale des banques
Commissione federale delle banche
Swiss Federal Banking Commission

Les cas d'insolvabilité bancaire d'envergure internationale représentent un important défi. Les réglementations nationales ainsi que les compétences et intérêts divergent. La surveillance consolidée du pays d'origine est étroitement limitée en cas d'insolvabilité. Ce thème mérite d'être discuté de façon approfondie au sein d'organismes internationaux. La CFB s'engage expressément dans ce cadre.



I. Introduction

Le droit de l'insolvabilité comme pilier de l'ordre économique

Le droit de l'insolvabilité est un pilier de l'ordre économique. Il permet, en cas d'incapacité de paiement du débiteur, d'utiliser au mieux les actifs dont il dispose dans l'intérêt de ses créanciers. Un droit de l'insolvabilité efficace sert la prévisibilité et la sécurité du droit. Les acteurs économiques veulent savoir à l'avance ce qu'il advient des obligations non respectées ou des garanties en cas d'insolvabilité. L'importance du droit de l'insolvabilité englobe tous les secteurs de l'économie, y compris le secteur bancaire.

Les banques peuvent également devenir insolvables. La surveillance bancaire n'a pas pour but de l'empêcher à tout prix. Cela n'aurait au demeurant pas de sens, ni ne serait réalisable sans limiter les activités des banques dans une mesure économiquement dommageable. Pour préserver la stabilité du système bancaire dans son ensemble, l'autorité de surveillance doit pouvoir fermer les banques qui ne remplissent plus les conditions d'autorisation et qui ne sont plus en mesure de rétablir une situation conforme au droit. Leur survie artificielle et les risques qui y sont liés pourraient mettre en danger d'autres établissements. Si les fonds propres d'une banque ne respectent plus les dispositions légales, la surveillance bancaire tend à corriger rapidement ce manquement. Cela peut intervenir par des versements complémentaires ou des garanties des actionnaires ou par un éventuel repreneur. En revanche, les aides étatiques ne font pas partie de l'insolvabilité bancaire. Leur existence pourrait conduire les organes d'une banque à prendre des risques inconsidérés. La discipline du marché est en règle générale moins efficace si ses acteurs savent qu'en cas de problèmes ils pourront compter sur le soutien de l'Etat (*moral hazard*). En outre, les aides étatiques ne se justifient pas sous l'angle de la libre concurrence. Enfin, une charge supplémentaire des contribuables en faveur d'un subventionnement de banques moribondes par des moyens publics n'est politiquement pas défendable. Des adaptations économiques structurelles ne doivent pas être freinées par l'intervention de l'Etat. Par contre, une procédure d'insolvabilité efficace doit exister. Cette exigence est valable pour tous les acteurs économiques, banques comprises.

Droit spécial pour les banques

La question se pose de savoir si les banques doivent être traitées différemment des autres entreprises face à la faillite. En effet, les banques présentent quelques particularités qui les distinguent d'autres entreprises et qui justifient un traitement différencié. Premièrement, la grande importance économique des banques doit être soulignée. Dans son message concernant le projet de loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 2 février 1934, le Conseil fédéral avait justifié la nouvelle réglementation par le développement de l'activité bancaire vers une "sorte de fonction publique".¹ En pratique, la croissance de l'économie dépend en grande partie de la capacité des banques à mettre à disposition des capitaux qui permettront l'investissement. Par ailleurs,

¹ FF 1934 I 172; voir CHRISTOPH WINZELER, Das schweizerische Bankwesen - "eine Art öffentlicher Dienst"? in Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge 1999 I, Heft 3, p. 201 ss.



les banques assurent également le trafic des paiements. Et les instruments de la Banque nationale sont également axés sur les banques pour ce qui concerne la mise en œuvre de la politique monétaire.

Une autre particularité des banques réside dans le fait qu'il existe entre le côté passif et le côté actif du bilan, c'est-à-dire entre les dépôts et les crédits, une transformation des échéances. Les banques partent du principe que seule une partie des déposants retireront leur argent. Pour cette raison, une partie de l'argent peut être investi à plus long terme, par exemple dans le cadre de l'octroi de crédits. Pour être certain qu'une banque dispose de liquidités supérieures aux conditions normales du marché, la loi sur les banques contient des dispositions y relatives.² Aussitôt qu'une banque souffre d'une perte de confiance du public, le risque d'un retrait plus élevé d'argent de la part de ses clients existe, voire, dans les cas extrêmes, un retrait massif (*bank run*). Ceci peut conduire à une crise majeure pour la banque et amplifier les problèmes déjà existant. La grande dépendance des banques de la confiance du public explique leur grande vulnérabilité en cas de situation de crise. Les difficultés d'une seule banque ayant un nombre important de créanciers peuvent déjà conduire à une crise pouvant toucher l'ensemble de l'économie. Ces circonstances nécessitent un mécanisme permettant une intervention rapide et discrète.

II. L'insolvabilité bancaire en Suisse

1 Nouveau droit de l'insolvabilité bancaire depuis 2003

Le long processus, commencé dans les années 1930, qui a conduit à la modification des règles sur la faillite et l'assainissement bancaires a connu une très forte accélération ces dernières années. Il avait été constaté, depuis longtemps, que le droit de l'assainissement et de la faillite de banques comportait d'importantes lacunes, qu'il était dispersé dans de nombreux actes législatifs différents rendant la vue d'ensemble difficile, et qu'il avait pour conséquence l'intervention successive ou parallèle de différentes autorités n'ayant pas toutes la même approche. En d'autres termes, le droit de l'assainissement et de la faillite de banques n'était pas à la hauteur des problématiques auxquelles il se consacrait.

La fermeture de la Caisse d'épargne et de crédit de Thoune en 1991 et la procédure de liquidation chaotique et coûteuse qui s'en est suivie pendant 14 ans (voir box n°1) a déclenché une vive réaction dans le pays et conduit les politiciens à saisir le problème, enfin, à bras le corps. Finalement, en 1999, le Conseil fédéral a nommé un groupe d'experts et l'a chargé de la révision de l'assainissement et de la faillite bancaires. Le rapport du groupe de travail et son projet de loi a été bien accepté par le parlement suisse qui a, en 2003, à l'unanimité, voté les modifications y relatives, principalement

² Art. 4 LB en rel. avec les art. 15 ss. OB.



dans la loi sur les banques³, aux chapitres XI⁴ *Mesures en cas de risque d'insolvabilité*, XII *Faillite bancaire* et XIII *Garantie des dépôts*. Ces modifications sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2004, un an avant une nouvelle ordonnance dédiée à la liquidation des banques et des négociants en valeurs mobilières, le 1^{er} août 2005⁵. Enfin, le 1^{er} janvier 2006, l'ordonnance sur les banques⁶ a été adaptée pour la partie qui concerne le système de garantie des dépôts et la Convention des banques et négociants en valeurs mobilières suisses relative à cette même garantie des dépôts est entrée en vigueur. C'est l'ensemble de ces textes formant un tout cohérent qui constitue les bases légales de l'insolvabilité bancaire.

Box n° 1: La fermeture de la Caisse d'épargne et de crédits de Thoune (1991)

Depuis les années 30, aucune fermeture de banque n'avait trouvé autant d'écho que celle prononcée par la CFB en 1991 contre la Caisse d'épargne et de crédits de Thoune (SLT). Ensuite d'une augmentation des taux d'intérêts et de la chute des prix de l'immobilier pour la première fois depuis des dizaines d'années, ladite banque s'est trouvée en difficulté en raison d'une politique des crédits immobiliers agressive, risquée et mal organisée. La petite banque qui tenait environ 46'000 comptes était très ancrée dans sa région. Beaucoup de particuliers et d'entreprises utilisaient la banque pour effectuer leurs paiements. Ils ont été fortement touchés par sa liquidation.

Le 3 octobre 1991, après que des tentatives d'assainissement informelles et des négociations sur la reprise de la banque aient toutes échouées, le président de la CFB a prononcé sa fermeture provisoire. Le 18 octobre 1991, la CFB a retiré l'autorisation de la banque, signifiant - hier comme aujourd'hui - sa liquidation, et a nommé un liquidateur. Parallèlement, la SLT a demandé le sursis bancaire auprès du tribunal alors compétent selon l'ancien droit.

Dès lors, tant le liquidateur nommé par la CFB que le commissaire nommé par le tribunal se sont occupés de la liquidation de la banque. Des problèmes de coordination importants en ont résultés. Grâce à une estimation provisoire des actifs et des liquidités disponibles, le 45 % de la valeur des dépôts a pu être remboursé en quelques mois. Les choses se sont ensuite prolongées. C'est seulement en mai 1993, à savoir 19 mois après la fermeture de la banque que tous les dépôts privilégiés avaient été remboursés par le système de garantie des dépôts alors en vigueur.

La liquidation de la SLT n'a pu être clôturée qu'en 2005, après de nombreuses procédures judiciaires. Le dividende distribué a finalement été de 60,7 % pour les créances non privilégiées. Les coûts de la liquidation se sont montés à 3 % des productions de 3^{ème} classe.

³ Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (LB; RS 952.0).

⁴ La LB comporte au total 15 chapitres.

⁵ Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite de banques et de négociants en valeurs mobilières (OFB; RS 952.812.32).

⁶ Ordonnance fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (OB; RS 952.02).



2 Éléments principaux de l'insolvabilité bancaire

Le nouveau droit de l'insolvabilité bancaire est taillé sur mesure pour les spécificités des banques. Ses principales particularités sont:

Compétence unique de la CFB comme autorité de surveillance et ce également pour la faillite et l'assainissement des banques. La CFB est compétente pour autoriser puis pour surveiller les établissements bancaires. En cas de non-respect des obligations prudentielles, la CFB dispose d'une large palette de moyens pour prendre des mesures et supprimer les irrégularités dans le cadre de la surveillance préventive. En cas de problèmes permanents de fonds propres ou de liquidités, la CFB peut prendre des mesures pouvant aboutir à un assainissement ou à une procédure de faillite bancaire. La compétence exclusive de la CFB permet d'assurer la continuité ainsi que des mesures rapides dès lors qu'elle connaît l'établissement en difficulté et dispose de nombreuses informations à son sujet. La CFB est également seule compétente pour la faillite et l'assainissement bancaires. Elle nomme les liquidateurs ou les chargés d'assainissement et les surveille. Elle peut également, quand c'est nécessaire, prendre directement elle-même des mesures et agir dans le cadre de la liquidation.

Intervention rapide. La CFB intervient déjà lorsqu'une banque n'est plus en mesure de remplir de façon durable ses obligations en matière de fonds propres, lorsqu'elle rencontre des difficultés de liquidités ou lorsqu'il existe d'autres signes que des problèmes d'insolvabilité pourraient exister. La preuve formelle d'une insolvabilité ou d'un surendettement n'est pas nécessaire pour la mise en œuvre d'une procédure d'assainissement ou de liquidation.

Nomination de mandataires avec position d'organe. La CFB peut nommer un chargé d'enquête et lui donner la compétence d'agir à la place des organes. Le chargé d'enquête prend ainsi le contrôle de la banque. Le but est, tout d'abord, d'estimer la situation financière et le cas échéant de prendre des mesures pour empêcher une aggravation de la situation.

Mesures pour la protection des intérêts des créanciers. La CFB peut, dans l'intérêt des créanciers, à la place ou parallèlement à la nomination d'un chargé d'enquête, prendre des mesures protectrices, comme une limitation des activités ou une fermeture de la banque, un sursis ou une prorogation des échéances. Un sursis ou une prorogation des échéances n'ont pas d'effet sur les accords conclus en matière de compensation ou de réalisation de sûretés.

Solutions sur mesure. Les mesures protectrices prises par la CFB peuvent être adaptées au cas par cas en fonction de la situation concrète et être prises soit seules, soit parallèlement à une mesure d'assainissement ou de faillite bancaires. Une priorité chronologique n'est pas prévue. Ainsi, la mise en œuvre d'un chargé d'enquête ne signifie pas obligatoirement une limitation des activités de la banque. Une procédure d'assainissement ne va pas forcément de pair avec un sursis. Dans la mesure où les intérêts des créanciers sont préservés, la banque peut poursuivre ses activités. Finale-



ment, la publication des mesures protectrices ordonnées n'est pas forcément prévue, mais intervient lorsque ces dernières ont des effets directs sur les droits des tiers.

Assainissement comme alternative à la liquidation. S'il existe des perspectives réalistes pour un assainissement, la CFB peut la conduire. Dans le cadre de l'assainissement, les décisions qui sont normalement de la compétence de l'assemblée générale, comme une augmentation du capital par exemple, ne nécessitent pas l'accord des actionnaires, ceci afin d'augmenter l'efficacité d'une telle procédure. Seuls les créanciers ont la possibilité de refuser le plan d'assainissement, s'ils représentent plus de la moitié des créances non privilégiées. En cas de refus, la CFB ordonne la liquidation (faillite bancaire).

Règles spéciales pour la liquidation de banques insolvables (faillite bancaire). Le droit de la faillite ordinaire ne s'applique pas dans la procédure de faillite bancaire. La CFB a édicté une réglementation spéciale dans le cadre de sa compétence. Elle est adaptée à la situation particulière des banques tout en étant plus flexible que le droit ordinaire. Ainsi, les prétentions des créanciers sont automatiquement prises en compte, sans qu'elles doivent être produites. La réglementation du droit à l'examen de l'état de collocation prend en compte le besoin des clients au respect de la sphère privée.

Paiement rapide des petits créanciers. Les créanciers qui disposent d'une créance inférieure à CHF 5'000.- doivent être payé sans délai et avant tous les autres créanciers. Leurs prétentions ne sont ensuite plus prises en considération dans l'état de collocation.

Reconnaissance des procédures d'insolvabilité à l'étranger. Lorsqu'une autorité étrangère prend des mesures contre une banque ou un négociant étrangers qui ont une succursale ou des actifs en Suisse, la CFB est compétente pour la reconnaissance de ces mesures en Suisse. Après paiement des créanciers gagistes et des créanciers privilégiés au sens du droit suisse, le solde éventuel du produit de réalisation des actifs sis en Suisse est mis à disposition de la procédure à l'étranger.

Egalité de traitement des créanciers suisses et étrangers. "Tous les créanciers de la banque et de ses succursales étrangères sont, dans une même mesure et avec les mêmes privilèges, autorisés à participer à la faillite bancaire ouverte en Suisse"⁷. Ils doivent toutefois se laisser déduire, ce qu'ils auraient déjà reçu dans une procédure contre la banque ou ses actifs à l'étranger⁸.

Application de la faillite bancaire également contre des intermédiaires financiers non autorisés. La CFB applique également la procédure de faillite bancaire à des intermédiaires financiers qui, en raison d'activités bancaires ou de négoce de valeurs mobilières illicites, doivent être liquidés de force et qui se trouvent être insolubles. C'est d'ailleurs de loin les cas les plus fréquents d'application du droit de la faillite bancaire. Les dispositions sur l'assainissement et sur la protection des créanciers ne s'appliquent pas aux intermédiaires financiers illicites.

⁷ art. 3 al. 2 OFB

⁸ art. 37f al. 2 LB



Système obligatoire de garantie des dépôts. Jusqu'à CHF 30'000.- par déposant, les dépôts sont protégés par un système obligatoire de garantie des dépôts. Les créanciers doivent être payés rapidement, à tout le moins dans les 3 mois dès la communication du cas par la CFB à l'organisme de garantie des dépôts. Le système de garantie des dépôts est financé a posteriori par toutes les banques. Un fonds permanent n'existe pas. En cas d'insolvabilité bancaire, chaque banque doit contribuer au remboursement des créanciers de la banque insolvable. La contribution dépend de la part de dépôts privilégiés que détient la banque contributrice par rapport à l'ensemble des dépôts privilégiés en Suisse. Afin que les banques soient en mesure, lorsqu'un cas survient, de verser leur part, elles doivent détenir des liquidités supplémentaires de façon permanente. En outre, les banques doivent indiquer annuellement à la CFB le montant des dépôts garantis. Il en découle également qu'elles doivent prendre des mesures organisationnelles afin d'être en mesure de déterminer quelles sont les prétentions d'un déposant envers le système de garantie des dépôts. Cela permet un paiement rapide par l'organisme de garantie des dépôts en cas de survenance d'une insolvabilité.

Exclusion de la compensation dans le cadre du système de garantie des dépôts. Le calcul des dépôts garantis se fait "brut" pour chaque créancier. Jusqu'à CHF 30'000.-, les dépôts ne sont pas compensés par des dettes des déposants à l'égard de l'établissement insolvable.

3 Les entreprises concernées par l'insolvabilité bancaire

Les dispositions sur l'insolvabilité bancaire s'adressent d'abord aux banques et aux négociants en valeurs mobilières. Au-delà des établissements dûment autorisés et surveillés par la CFB, les dispositions sur l'insolvabilité bancaire s'appliquent également aux entreprises surendettées qui exercent de façon illicite une activité bancaire ou de négoce de valeurs mobilières⁹. Ces entreprises forment la grande majorité des cas d'application de l'insolvabilité bancaire. Toutefois, elles ne sont pas concernées par l'ensemble des mesures relevant de l'insolvabilité bancaire. Ainsi, un assainissement¹⁰ ne leur sera pas proposé, car elles doivent dans tous les cas être liquidées, en raison du caractère illicite de leurs activités et de leur incapacité à obtenir une autorisation de la CFB¹¹. Le système de garantie des dépôts¹² ne couvrent pas les comptes ouverts auprès d'entreprises qui exercent de façon illicite une activité bancaire ou de négoce de valeurs mobilières, lesdits comptes n'étant en aucune façon privilégiés¹³.

Le fait que ce soit l'autorité de surveillance des banques et des négociants en valeurs mobilières qui assume la charge de liquider les intermédiaires financiers non autorisés est unique. La CFB le comprend comme un service qu'elle rend à la place financière

⁹ Le Tribunal fédéral a confirmé cette extension du champ d'application dans un arrêt Klaro GmbH du 24 mars 2005 (ATF 131 II 306) paru également dans le Bulletin CFB 47/2005 p. 37ss.

¹⁰ Voir infra chapitre 7

¹¹ FF 2002 7502.

¹² Voir infra chapitre 9.

¹³ Art. 37b al. 2 LB.



suisse pour préserver sa réputation. Ce service est rendu principalement aux frais des sociétés non autorisées, et non de la place financière suisse dans son ensemble, dans la mesure où ce sont les actifs desdites sociétés qui couvrent les coûts de leur liquidation par la CFB.

Box n° 2: Statistiques (au 11.12.2007)

Nombre de faillites bancaires totales ouvertes depuis 2004: **113** (dont 110 entreprises exerçant une activité illicite, 3 négociants et 0 banques).

Evolution du nombre d'ouverture de faillites bancaires: 2004: 5; 2005: 13; 2006: 33; 2007: 62.

Nombre de faillites bancaires clôturées depuis 2004: 11.

Nombre de faillites bancaires suspendues pour défaut d'actifs depuis 2004: 9.

Moyenne de la durée des liquidations effectuées (sans les faillites suspendues): **18 mois**.

Moyenne des dividendes versés en 3^{ème} classe: **29 %**.

Les dividendes relativement élevés distribués aux créanciers d'une faillite bancaire (voir box n° 2 et 8), en comparaison avec une faillite ordinaire, sont à mettre sur le compte notamment de la flexibilité avec laquelle la CFB effectue la distribution, celle-ci pouvant également intervenir sous forme de produits financiers (voir box n° 7). La moyenne de 29 % de dividendes versés en 3^{ème} classe (voir box n° 2) pourrait toutefois être nettement plus élevée si la CFB tenait uniquement compte des fonds déposés par les créanciers et non pas également des engagements de restitution, souvent irréalistes, pris par les sociétés non autorisées.

4 Interface avec la surveillance ordinaire

La loi prévoit 3 conditions indépendantes pouvant déclencher une intervention de la CFB et l'amener à prendre des mesures "en cas d'insolvabilité"¹⁴.

1. une situation non conforme des fonds propres;
2. des raisons sérieuses de craindre que la banque soit surendettée.
3. enfin, des problèmes de liquidité importants;

Chaque banque est tenue de disposer, sur une base consolidée, d'un volume suffisant de **fonds propres**¹⁵. Une ordonnance du Conseil fédéral règle la fixation des fonds propres dont doit disposer une banque pour couvrir ses risques de crédit, de marché, ses risques sans contrepartie et ses risques opérationnels¹⁶. En temps normal, La CFB est informée trimestriellement de l'état des fonds propres de chaque banque¹⁷, fréquence qui peut devenir quotidienne en cas de difficultés. En outre, celles-ci ont l'obli-

¹⁴ Art. 25 LB.

¹⁵ Art. 4 LB.

¹⁶ Ordonnance sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières du 29 septembre 2006 (OFR; RS 952.03).

¹⁷ Art. 13 OFR.



gation d'informer immédiatement la CFB en cas de non-respect des exigences légales¹⁸. Si la CFB constate qu'une banque ne respecte plus les dispositions en matière de fonds propres, elle doit lui fixer un délai pour rétablir une situation conforme. Si la banque n'y parvient pas, la CFB prendra des mesures en cas d'insolvabilité. Si la fixation d'un délai est inutile car la situation des fonds propres ne pourra de toute évidence s'améliorer, la CFB peut directement prononcer des mesures en cas d'insolvabilité, sans fixer de délai supplémentaire¹⁹.

Un **surendettement** au sens de la loi sur les banques existe dès qu'une évaluation des actifs suscite des doutes quant à la couverture des prétentions des créanciers²⁰. La preuve d'un surendettement au sens formel n'est pas nécessaire. Il suffit que des circonstances particulières permettent de conclure à l'existence ou à la survenance prochaine d'un surendettement²¹.

Enfin, une banque qui rencontre des **problèmes de liquidité importants** n'est plus à même de faire face à ses obligations de paiement. Les liquidités existantes ne couvrent plus les engagements échus ou qui viendront prochainement à échéance et la banque n'est pas en mesure de se procurer des liquidités aux conditions du marché.

Compte tenu de la surveillance permanente exercée sur les banques, la CFB sera informée très tôt des premières difficultés d'un établissement, que ce soit au niveau des fonds propres, des liquidités ou de l'insuffisance des actifs. Elle sera informée avant que ne le serait une autorité judiciaire ordinaire en vertu des règles du droit civil²². En outre, la CFB aura également la compétence pour intervenir et prendre les mesures qu'elle jugera nécessaires. Ces mesures seront adaptées au cas d'espèce²³.

5 Mesures protectrices

Lorsqu'une banque rencontre des difficultés financières, sans que l'une des conditions mentionnées au chapitre précédent ne soit nécessairement remplie, elle commencera par prendre elle-même les premières mesures, le cas échéant, en accord avec la CFB. Si ces mesures sont insuffisantes, la CFB interviendra de manière plus incisive envers l'établissement, mais sans encore prononcer de mesures formelles. Si les difficultés financières sont telles que des mesures formelles doivent être prononcées²⁴, la CFB interviendra en prenant des mesures protectrices²⁵.

¹⁸ Art. 33 al. 4 OFR.

¹⁹ Décision de la CFB du 30 juin 2005 paru dans le Bulletin CFB 48/2006, p. 271ss.

²⁰ FF 2002 7496.

²¹ Décision de la CFB du 30 juin 2005 (ch. 14) parue dans le Bulletin CFB 48/2006, p. 271ss et FF 2002 7496.

²² Voir en particulier l'art. 725 CO pour le surendettement des sociétés anonymes.

²³ Voir infra chapitre 5.

²⁴ Voir supra chapitre 4.

²⁵ Au sens de l'art. 26 LB.



De telles mesures protectrices peuvent être de deux ordres:

- Elles peuvent consister à donner des instructions contraignantes aux organes de la banque, voire à leur retirer partiellement leurs pouvoirs ou à les démettre de leur fonction et à limiter l'activité de la banque. Ce genre de mesures ira en général de pair avec la nomination d'un chargé d'enquête pour surveiller leur mise en place et exercer les droits retirés aux organes. Les clients de la banque et le public ne seront pas nécessairement informés à ce stade et lesdites mesures ne seront en principe pas publiées si elles n'ont pas de conséquences directes pour eux.
- Si les mesures prononcées par la CFB ont des conséquences sur les déposants, la CFB les publiera. La situation sera alors différente puisqu'une telle information peut accroître les difficultés pour la banque de retrouver une situation financière saine.

De manière générale, les mesures protectrices prononcées par la CFB dépendront des spécificités du cas particulier. Outre les principes généraux du droit administratif, en particulier celui de la proportionnalité, la CFB n'est pas liée par des règles prédéterminées et rigides. Elle pourra prendre en compte aussi bien la stabilité du système financier que les intérêts des créanciers, ceux-ci prévalant en principe sur toutes autres considérations.

Si les mesures prononcées par la CFB conduisent à une limitation de l'activité de la banque, par exemple à lui interdire d'effectuer ou d'accepter certains paiements ou d'effectuer des transactions sur titres, ou aboutissent à la fermeture de ses guichets, ou encore, si un sursis ou une prorogation des échéances est accordé, les engagements nouveaux de la banque dès la date du prononcé de ces mesures bénéficieront d'une position privilégiée en cas de faillite (voir box n° 3).

Les mesures protectrices sont, en soi, un moyen efficace à disposition de la CFB en cas de difficultés financières d'une banque. Leur utilité ne s'arrête pas là. Si les difficultés sont telles qu'un assainissement formel²⁶ ou une faillite²⁷ doit être prononcé, elles accompagneront également ces procédures dans la mesure nécessaire²⁸.

Box n° 3: exemple de mesures protectrices²⁹

Une banque rencontrait de graves difficultés organisationnelles qu'elle tentait de supprimer sous la surveillance d'un chargé d'enquête nommé par la CFB. Dans le cadre de son mandat, le chargé d'enquête a constaté que le bilan de la banque établi aux valeurs de liquidation montrait un surendettement alors que

²⁶ Voir infra chapitre 7.

²⁷ Voir infra chapitre 8.

²⁸ Art. 25 al. 2 LB.

²⁹ Décision de la CFB du 9 novembre 2005 in Bulletin CFB 48/2006, p. 306ss.



le bilan établi aux valeurs de continuation d'exploitation était excédentaire. La CFB a pris des mesures protectrices limitant les activités de la banque (art. 26 al. 1 let. e LB). De ce fait, les avoirs des nouveaux clients, les nouveaux apports des clients existants ainsi que les autres engagements pris par la banque après le prononcé des mesures protectrices auraient été traité de façon privilégiée en cas de faillite subséquente (art. 37 LB). La banque ayant par la suite retrouvé une situation financière (et une organisation) saine, les mesures protectrices ont été levées.

6 Mandataires et liquidateurs de faillite

De manière générale, la CFB recourt à des mandataires externes dans l'exécution de la plupart de ses tâches. Ils sont chargés de l'établissement de certains faits intéressant la CFB ou de la mise en œuvre de mesures prononcées par elle, des mesures protectrices par exemple. En cas de faillite d'une banque, ces mandataires sont nommés pour mener à bien la liquidation, sous la surveillance de la CFB. En tant qu'"instruments" de la CFB, ils ne disposent pas du pouvoir de prendre des décisions³⁰; ce pouvoir reste à la seule CFB.

Si le prononcé d'une faillite est inévitable, la CFB tient compte des actifs à disposition pour la liquidation. Comme tout juge de faillite, la CFB peut également prononcer la suspension de la procédure de faillite si les actifs sont insuffisants et ne permettent pas de couvrir les frais de la liquidation. Dans la mesure du possible, dans l'intérêt des créanciers, la CFB essaye de réduire ces cas au strict minimum. En effet, ils génèrent une situation d'incertitude juridique dans laquelle les créanciers, en particulier les déposants, ne voient pas leurs prétentions reconnues. Cette situation, qui ne paraît pas vraisemblable pour une banque autorisée par la CFB, peut toutefois survenir en cas de liquidation d'un intermédiaire financier exerçant de façon illicite une activité soumise à autorisation. En cas d'actifs très limités, la CFB peut surseoir à la nomination d'un liquidateur et effectuer elle-même les premières étapes de la liquidation pour mieux connaître la situation précise de l'actif et du passif et estimer les frais qu'une liquidation engendrerait (voir box n° 6).

Parfois, avant même l'ouverture de la faillite bancaire et la nomination d'un liquidateur, le chargé d'enquête qui aura été nommé par la CFB pour éclaircir certains faits ou veiller à la mise en œuvre de certaines mesures aura déjà pu obtenir une certaine maîtrise des actifs de la société sous enquête. Etant nommé en qualité d'organe de celle-ci, il aura pu veiller à ce que les actifs ne disparaissent pas, qu'ils se trouvent en Suisse ou à l'étranger. Cette intervention anticipée du mandataire de la CFB aura souvent des conséquences importantes par la suite dans l'optique d'une seule procédure de liquidation et d'un traitement équitable de tous les créanciers.

Box n° 4: Description d'une procédure de faillite bancaire "classique" – 6 étapes clés

1° Décision: Ouverture de la faillite par la CFB, nomination du liquidateur et appel aux créanciers.

³⁰ Au sens de loi sur la procédure administrative (art. 5 PA; RS 172.021).



2° Actif: Etablissement de l'inventaire des actifs par le liquidateur. Vente sans délai des actifs sujet à dépréciation rapide, occasionnant des frais d'administration excessivement élevés, négociables sur un marché représentatif (bourse) ou n'ayant pas de valeur significative. Etablissement d'un plan des réalisations soumis aux créanciers pour les autres actifs. Réalisation des actifs selon le plan des réalisations.

3° Passif: Etablissement de l'état de collocation (toutes les dettes sont listées selon leur rang) par le liquidateur.

4° Garantie des dépôts: Le liquidateur dresse un plan de remboursement des dépôts privilégiés. L'organisme de garantie des dépôts met à disposition du liquidateur le montant nécessaire au remboursement qui doit intervenir dans les 3 mois maximum dès l'ouverture de la faillite.

5° Distribution: Une fois l'état de collocation entré en force et les actifs vendus, le liquidateur établit un tableau de distribution. Sitôt ledit tableau approuvé par la CFB, le liquidateur distribue les liquidités aux créanciers.

6° Clôture: Après réception d'un rapport final du liquidateur, la CFB prend les mesures encore nécessaires (ex: consignation des actifs non distribués) puis publie la clôture de la faillite bancaire.

Nb. Les étapes 2, 3 et 4 interviennent parallèlement.

7 Procédure d'assainissement

Une procédure d'assainissement indépendante est prévue pour les banques et les négociants en valeurs mobilières.³¹ Le but de cette procédure est, dans l'intérêt des créanciers, d'offrir à la banque en difficultés financières une opportunité de poursuivre son activité, grâce au soutien de mesures prononcées par l'autorité de surveillance. La conduite sine qua none d'un tel assainissement est le pronostic positif que fait la CFB quand aux perspectives de la banque de pouvoir remplir entièrement les conditions d'autorisation après l'assainissement. Lors de cet examen, la CFB prend notamment en compte la situation des marchés financiers en général et celle des banques actives dans le même domaine que celui de l'établissement en difficultés. La CFB dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de cet examen.

Depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sur l'insolvabilité bancaire en juillet 2004, aucun assainissement formel n'a été conduit, aucun cas ne s'étant présenté. Dans tous les cas, une solution informelle est tout d'abord recherchée. C'est uniquement lorsque cela n'est pas possible ou si cela a échoué mais qu'une poursuite des activités est encore possible, que l'examen des chances de succès d'un assainissement formel mené sous le contrôle de la CFB est effectué. Dans un tel cas, des mesures protectrices devraient être ordonnées pour accompagner l'assainissement.³² Il est ainsi possible que la CFB nomme en parallèle, d'un côté, un chargé d'assainissement pour l'élaboration d'un plan d'assainissement, d'un autre, un chargé d'enquête pour la surveillance des activités courantes et la mise en œuvre des mesures protectrices. Se-

³¹ Art. 28 ss. LB; la procédure concordataire au sens des art. 293 ss. LP n'est pas applicable (voir. art. 25 al.3 LB).

³² Voir supra chapitre 5.



lon la durée de la procédure, l'opportunité de la séparation de ces deux activités doit être examinée.

La composante temporelle est particulièrement importante dans le cadre d'un assainissement. Les mesures protectrices³³ prononcées en parallèle peuvent contribuer à stabiliser la situation pour un certain temps et permettre ainsi l'établissement du plan d'assainissement dans de meilleures conditions. Il est possible, pendant cette période de limiter l'accès des clients à leurs comptes à un certain montant, par exemple uniquement aux dépôts privilégiés dans la limite des montants garantis par le système de garantie des dépôts.³⁴

Il est également possible d'imaginer des situations dans lesquelles un assainissement est seulement envisageable si en même temps que la procédure d'assainissement et la communication de sa nécessité, le concept choisi pour l'assainissement peut être présenté. Dans ces situations, la CFB peut rendre public en même temps tant l'assainissement que le plan qui sera suivi pour sa mise en oeuvre. La mission du chargé d'enquête se limitera alors à mettre en oeuvre le plan d'assainissement. Dans la mesure où les mesures d'assainissement comporte une atteinte aux droits des créanciers, la CFB ne peut que l'homologuer provisoirement, sous la réserve que, dans un délai de 20 jours, la majorité des créanciers non privilégiés (3^{ème} classe) ne le refuse pas. Un tel refus aurait pour conséquence l'ouverture de la faillite.³⁵ En outre, les créanciers et les propriétaires qui sont touchés dans leurs droits peuvent recourir contre l'homologation du plan d'assainissement.³⁶ La CFB peut toutefois, dans la mesure nécessaire, retirer l'effet suspensif à un recours contre une telle homologation, de façon à ce que des mesures urgentes puissent continuer à faire effet.³⁷

Le contenu d'un plan d'assainissement dépend des particularités du cas d'espèce. Les mesures à prendre en termes d'organisation et de personnel entrent également en considération. De nombreuses possibilités existent pour l'amélioration des difficultés financières. Elles comprennent notamment une recapitalisation par les actionnaires actuels ou par des tiers. Outre un sursis, une renonciation aux intérêts ou une prorogation des échéances, une transformation des fonds étrangers en fonds propres (debt-equity swap) est également possible. Dans tous les cas où les droits des créanciers sont touchés, la loi prévoit que les intérêts des créanciers doivent toujours l'emporter sur ceux des actionnaires et le rang de priorité entre les créanciers également être pris en compte.³⁸

³³ En particulier sursis, prorogation des échéances, interdiction de certaines transactions et limitation des activités de la banque (art. 26 al. 1 let. e-h LB).

³⁴ Art. 36b et art. 37h LB. Voir infra chapitre 9.

³⁵ Art. 30 LB.

³⁶ Art. 24 al. 2 LB.

³⁷ Art. 55 al. 2 PA.

³⁸ Art. 31 let. d LB.



8 Faillite bancaire

8.1 Différence avec la faillite ordinaire de la LP

Contrairement à une procédure de faillite découlant de la LP, où ce sont les créanciers qui demandent au juge l'ouverture de la faillite³⁹, la faillite bancaire est toujours initiée par la CFB. En raison de la surveillance qu'exerce la CFB sur les activités bancaires ou de négociant en valeurs mobilières, elle est en principe l'initiatrice de procédure pouvant conduire à la faillite bancaire. Dans le cas des entreprises exerçant une activité bancaire ou de négociant en valeurs mobilières sans autorisation, ce sont toutefois souvent des créanciers ou des investisseurs qui dénoncent lesdites activités à la CFB. Celle-ci vérifie alors les obligations d'assujettissement et, en cas de surendettement, prononce directement la faillite bancaire, sans que les créanciers ne doivent à nouveau intervenir.

La procédure de faillite bancaire s'inspire de la procédure de faillite ordinaire de la LP tout en l'adaptant aux spécificités de la liquidation d'un établissement bancaire et en la voulant plus souple et plus rapide. Le liquidateur de faillite bancaire est nommé et surveillé par la seule CFB⁴⁰. Celle-ci peut désigner une commission de surveillance si elle le juge opportun. Elle définit alors ses tâches⁴¹. Les effets de la faillite bancaire sont les mêmes qu'en cas de faillite ordinaire⁴², à savoir notamment la formation d'une masse, l'incapacité du failli de disposer, l'extinction des poursuites à son encontre et la suspension des procès civils et des procédures administratives. Les dettes deviennent exigibles, les intérêts cessent de courir, les créances sont converties en somme d'argent et leur rang de priorité défini⁴³.

La procédure de faillite bancaire est réglée, pour quelques principes généraux, par la loi sur les banques⁴⁴, mais principalement par l'ordonnance sur la faillite bancaire du 30 juin 2005. Les buts affichés de cette procédure consacrée à la liquidation des banques sont l'efficacité (le liquidateur jouit d'une importante liberté; les droits des créanciers sont limités à l'essentiel), la simplification (la CFB est l'autorité de surveillance de la liquidation et peut seule prendre les décisions y relatives; tous les créanciers sont mis sur un pied d'égalité quel que soit leur domicile) et la différenciation (la CFB peut prendre des mesures spécifiques à la liquidation d'un établissement particulier). La CFB a consacré un bulletin spécial en 2006 à la procédure de faillite bancaire et à la garantie des dépôts: Bulletin CFB 48/2006⁴⁵.

Box n° 5: *Différences principales entre la faillite bancaire et la faillite ordinaire*

³⁹ Art. 166 LP.

⁴⁰ Art. 33 LB.

⁴¹ Art. 35 LB.

⁴² Art. 34 LB et 197 à 220 LP.

⁴³ Ce sont les art. 219 LP et 37b LB qui définissent l'ordre de priorité.

⁴⁴ Chapitre XII Faillite bancaire, art. 33ss. LB.

⁴⁵ Les Bulletins CFB sont disponible sur son site internet (www.ebk.admin.ch), sous *Publications/Bulletins*.



Faillite bancaire (LB/OFB)	Faillite ordinaire (LP)
CFB est à la fois l'autorité qui prononce la faillite, qui la surveille et qui prend les décisions relatives à la procédure de liquidation.	Selon les cantons, les compétences de prononcer la faillite, de la surveiller et de prendre les décisions relatives à la procédure de liquidation sont réparties entre deux et trois autorités.
Il n'y a qu'une seule procédure de faillite possible qui est toutefois adaptée en fonction de l'établissement à liquider.	Il y a deux procédures de liquidation possibles (ordinaire ou sommaire) en fonction des actifs à disposition.
Ouverture de la faillite et appel aux créanciers simultanés.	Appel aux créanciers uniquement après l'estimation des actifs.
Les créanciers domiciliés à l'étranger reçoivent les communications à leur adresse connue.	Les créanciers demeurant à l'étranger doivent faire élection de domicile en Suisse pour recevoir les communications.
Créances inscrites dans les livres de la banque automatiquement inscrites dans l'état de collocation.	Toutes les créances doivent être produites pour être prises en compte.
Distraction des valeurs déposées au bénéfice du déposant.	L'administration de la faillite doit rendre une décision sur la restitution des biens revendiqués.
Privilège de faillite jusqu'à CHF 30'000.- pour les déposants et garantie des dépôts y relatifs.	Pas de privilèges pour les petits créanciers et pas de garantie.
Paiement rapide (hors collocation) pour les déposants ayant une créance jusqu'à CHF 5'000.-.	Pas de paiement plus rapide pour les petits créanciers.
Vente des actifs de gré à gré ou aux enchères publiques.	Vente des actifs aux enchères publiques, subsidiairement de gré à gré.
Prétentions contre des tiers peuvent être soit vendues, soit cédées.	Prétentions contre des tiers doivent être cédées, subsidiairement vendues.
S'agissant des actes du liquidateur, les créanciers ne peuvent recourir que contre les opérations de réalisation.	Les créanciers peuvent recourir et porter plainte contre tous les actes du liquidateur.

8.2 Comptabilisation des créances

En cas de faillite d'une banque, tous les créanciers n'ont pas l'obligation de produire leur créance, contrairement à une faillite ordinaire. Les créances inscrites dans les livres de la banque, à savoir celles dont l'existence et le montant ont été régulièrement rappelés à leur créancier par l'envoi d'un extrait ou d'une attestation, sont réputés avoir été produites⁴⁶. Le domicile des créanciers est sans portée. Les créanciers des succursales étrangères de la banque suisse sont dans une même mesure et avec les mêmes privilèges autorisés à participer à la faillite bancaire en Suisse⁴⁷. Cet automatisme fonctionne bien.

⁴⁶ Art. 36 LB et 24 OFB.

⁴⁷ A l'exception de la garantie des dépôts (voir infra ch. 9).



En effet, il arrive que malgré les publications faites simultanément dans la Feuille officielle suisse du commerce et sur le site internet de la CFB, des créanciers à l'étranger ne soient pas informés de l'ouverture d'une faillite bancaire. Compte tenu de la prise en compte automatique de leur créance, ils participent à la procédure même sans le savoir. Ainsi, au moment où ils prendront connaissance de l'ouverture de la faillite, par un courrier du liquidateur ou par une publication, ils n'auront pas à subir les conséquences de leur retard et à payer, par exemple, des frais supplémentaires pour la prise en compte de leur créance, contrairement à la faillite ordinaire de la LP.

8.3 Accès limité au dossier (secret professionnel)

Le liquidateur doit veiller au respect de la sphère privée dans le cadre de la consultation des pièces de la procédure par les créanciers (secret professionnel au sens de l'art. 47 LB)⁴⁸. Ce respect de la sphère privée qui est un objectif clair fixé par le législateur ne doit cependant pas empêcher les créanciers de faire valoir leurs droits. Ainsi, de manière générale, les créanciers peuvent consulter les pièces de la faillite dans la mesure où ils rendent vraisemblable que la consultation a trait à la défense de leurs intérêts pécuniaires. Les informations ainsi obtenues ne peuvent du reste être utilisées que pour la poursuite de ces mêmes intérêts pécuniaires (principe de la spécialité). Le liquidateur peut subordonner la consultation des pièces à une telle déclaration et l'assortir de menaces de sanctions pénales⁴⁹.

A titre d'exemple, les créanciers peuvent consulter l'état de collocation, à savoir la liste de toutes les créances produites selon leur ordre de priorité, et les décisions y afférentes du liquidateur, que pour ce qui a trait aux créances de rang meilleur et de rang identique. Ils n'ont pas d'intérêts pécuniaires suffisants à consulter la situation des créanciers de rang postérieur, dont l'acceptation ou non par le liquidateur n'influence pas les dividendes qu'ils reçoivent.

8.4 Situation juridique des créanciers

A l'inverse d'une procédure de faillite découlant de la LP, les créanciers ne peuvent pas porter plainte contre tous les actes et mesures du liquidateur et retarder d'autant la procédure. Pour rendre celle-ci plus efficace, le droit d'opposition des créanciers a été limité à l'essentiel, à savoir aux opérations de réalisation. Elles déterminent en effet le montant qui pourra leur être distribué à la fin de la procédure de liquidation.

Un créancier qui entend toutefois contester un acte ou une mesure du liquidateur peut dénoncer les faits à la CFB. Celle-ci sera libre d'intervenir ou non⁵⁰. Le dénonciateur n'a pas la qualité de partie et ne peut donc exiger d'être informé des mesures éventuellement décidées⁵¹. Si la dénonciation porte sur une opération de réalisation, et dans ces

⁴⁸ Art. 36 al. 2 LB et 5 OFB.

⁴⁹ Art. 50 LB et 292 CP.

⁵⁰ Art. 6 al. 2 OFB.

⁵¹ Art. 6 al. 3 OFB.



cas uniquement, le créancier plaignant pourra demander à la CFB de rendre une décision sujette à recours⁵².

Les autres actions en justice ouvertes dans le cadre de la faillite, comme les actions en contestation de l'état de collocation, en revendication ou en révocation demeurent possibles. Elles doivent être menées devant le juge du for de la faillite, selon les règles de procédure cantonales y relatives. Afin de lever tout doute quant au for devant lequel de telles procédures doivent être engagées, la CFB, lors de la publication de l'ouverture de la faillite, indique également le for unique de la faillite⁵³.

Box n° 6: Vente de prétentions appartenant à la masse

Dans une faillite récente où la masse n'avait pas d'actifs liquides permettant d'effectuer une procédure de faillite bancaire, la CFB avait renoncé à la nomination d'un liquidateur. La masse était toutefois titulaire de prétentions contre deux communes italiennes pour un montant estimé entre EUR 0.- et 10 millions. Depuis de nombreuses années, la société, entre temps tombée en faillite, avait tenté d'obtenir le paiement de ces créances litigieuses devant les tribunaux italiens. Les procédures n'avaient pas dépassé le stade de la première instance. La masse en faillite n'ayant pas les moyens de poursuivre ces procès, elle a publié dans quelques journaux italiens la possibilité de vendre au plus offrant lesdites créances. Au vu du succès obtenu, une vente aux enchères privées a ensuite été organisée. Elle a permis d'obtenir plus de CHF 2 millions en faveur de la masse. Dès lors, un liquidateur a pu être nommé par la CFB et la procédure de faillite bancaire poursuivie.

8.5 Réalisation des actifs

Le liquidateur dispose d'une grande liberté dans la façon de réaliser les actifs, de gré à gré ou aux enchères publiques. Il doit toutefois annoncer ses choix dans un plan des réalisations qui doit être périodiquement communiqué aux créanciers. Si ceux-ci ne sont pas d'accord avec les opérations de réalisation prévues, ils doivent demander à la CFB de prononcer une décision. L'éventuel recours d'un créancier sera jugé par le Tribunal administratif fédéral en première instance, puis par le Tribunal fédéral en dernière instance.

Certaines ventes peuvent toutefois être réalisées sans délai et sans mention dans le plan des réalisations⁵⁴. Il s'agit des biens sujets à une dépréciation rapide, occasionnant des frais d'administration élevés (sans rapport avec leur valeur), négociés sur un marché représentatif (bourse) ou n'ayant pas de valeur significative⁵⁵. De manière générale, les coûts inhérents à une vente des actifs sont pris en compte afin d'éviter qu'ils ne puissent dépasser le produit de la vente. C'est le produit net attendu de la vente qui dicte les choix du liquidateur quant au mode de faire.

Contrairement à une procédure de faillite ordinaire où les prétentions envers des tiers que la masse en faillite ne fait pas valoir en justice ne sont vendues au plus offrant que

⁵² Voir infra chapitre 8.5.

⁵³ Art. 8 et 11 al. 2 let. c OFB.

⁵⁴ Art. 7 al. 2 OFB.

⁵⁵ Art. 29 al. 3 OFB.



subsidiairement, si aucun créancier n'en demande la cession⁵⁶, les règles sur la faillite bancaire permettent leur réalisation de façon prioritaire⁵⁷. En pratique, ce mode de faire est en général plus intéressant pour l'ensemble des créanciers qu'une simple cession où seul l'éventuel excédent découlant du résultat de l'action sera versé à la masse (voir box n°6).

Par ailleurs, il n'est pas obligatoire que les actifs de la faillite bancaire soient tous transformés en liquidités pour être distribués aux créanciers. Si cela est dans l'avantage du plus grand nombre d'entre eux et avec leur accord, il est également possible de distribuer, pour partie ou en totalité, des actifs appartenant à la masse en faillite, comme dans le cas d'un concordat par abandon d'actifs (voir box n°7).

Box n° 7: Distribution du dividende sous forme de produits financiers

Dans une faillite récente impliquant une fondation ayant accepté des dépôts du public à titre professionnel sans autorisation, une solution originale a été trouvée dans le cadre du remboursement des investissements aux créanciers. L'argent des clients avait, pour partie, été investi dans un produit financier structuré avec garantie de rendement minimum émis par un établissement financier étranger reconnu et surveillé. Le remboursement du produit financier avant terme ne pouvait intervenir sans une importante pénalité. Les deux investisseurs les plus importants, qui étaient aussi les personnes les plus proches de la fondation, ont déclaré être d'accord d'être payées, en partie, par les produits financiers achetés au cours du jour, le solde en liquidités. Tous les autres créanciers ont été remboursés en liquidités. Grâce à cette solution ainsi qu'à l'augmentation de la valeur du produit financier acquis par les investisseurs, un dividende de 100 % a pu être distribué aux créanciers.

8.6 Les actifs à l'étranger

La masse comprend tous les biens réalisables qui appartiennent à l'établissement au moment de l'ouverture de la faillite, qu'ils se trouvent en Suisse ou à l'étranger⁵⁸. L'expérience montre que la récupération des actifs à l'étranger est très différente selon les pays dans lesquels ils se trouvent et dépend notamment de la reconnaissance de la décision de faillite ouverte en Suisse par la CFB. Dans certains pays, comme l'Allemagne, le jugement de faillite est reconnu automatiquement, ce qui permet au liquidateur d'y intervenir sans (trop de) difficultés. Il peut, dans certains cas spécifiques, en aller de même aux USA, dans la mesure où le liquidateur de la faillite suisse peut, à certaines conditions, s'y faire reconnaître comme liquidateur de la faillite américaine. Cette possibilité est toutefois plus rare en cas de faillite d'établissements autorisés. Dans d'autres pays, il est possible d'obtenir une décision prononçant la libération des actifs en faveur de la masse en faillite suisse. Au Liechtenstein, par exemple, cette décision peut être obtenue dans la mesure où il y est reconnu que la procédure de faillite bancaire suisse offre (au moins) les mêmes garanties de réciprocité.

⁵⁶ Art. 260 al. 3 LP.

⁵⁷ Art. 19 al. 6 OFB.

⁵⁸ Art. 3 OFB.



De manière générale, l'expérience de la CFB a montré qu'il est parfois plus facile de prendre le contrôle de certains actifs, en vue d'une liquidation unique dans l'intérêt de tous les investisseurs, en utilisant les voies du droit des sociétés, avant le prononcé d'une faillite. Ainsi, le chargé d'enquête de la CFB (éventuel futur liquidateur) a la possibilité de se faire inscrire en qualité d'organe de la société sous enquête de la CFB et d'utiliser cette qualité pour veiller sur les actifs de la société, sans procédure particulière. Une fois la faillite prononcée, seule la reconnaissance du jugement de faillite, plus ou moins facile à obtenir selon les pays, et les règles étrangères de droit international privé et du droit de la faillite, permettront d'aboutir au même résultat.

9 Système de garantie des dépôts

Toutes les banques et tous les négociants en valeurs mobilières sont tenus de garantir, pour leurs comptoirs suisses, les dépôts à concurrence de CHF 30'000.- par créancier⁵⁹. Le domicile du créancier est sans portée. Les dépôts au porteur ne doivent pas être garantis. Par dépôt, la loi entend en réalité les comptes et non pas les dépôts de titres dont les avoirs sont soustraits à la masse pour être restitués aux déposants⁶⁰. La garantie totale est limitée à un plafond de CHF 4 milliards⁶¹. Les succursales étrangères de banques suisses ne sont pas concernées.

Dans ce contexte, les banques et les négociants ont mis en place un organisme de garantie des dépôts⁶², approuvé par la CFB, qui permet d'assurer le paiement des dépôts garantis dans un délai de trois mois après l'ouverture d'une faillite ou l'introduction de certaines mesures protectrices⁶³. Ledit organisme ne détient pas d'avoirs au titre de la garantie. Ce sont les banques et les négociants en valeurs mobilières qui doivent en permanence détenir, en plus des liquidités imposées par la loi, des moyens liquides correspondant à la moitié des contributions qui seraient au maximum dues à l'organisme de garantie des dépôts⁶⁴. Chaque année, les banques et les négociants indiquent à la CFB le montant des dépôts privilégiés inscrits au bilan. Sur cette base, la CFB calcule et communique à chaque établissement les liquidités complémentaires qu'il doit proportionnellement détenir⁶⁵.

En cas d'ouverture de faillite, la CFB communique la décision à l'organisme de garantie en lui indiquant le montant des contributions proportionnellement dues par chaque banque et négociant, ainsi que la somme des dépôts privilégiés inscrits au bilan de l'établissement en faillite⁶⁶. Sur cette base, l'organisme de garantie des dépôts requiert les contributions nécessaires auprès des banques et des négociants et met ensuite à dis-

⁵⁹ Y compris les obligations de caisse déposées auprès de la banque au nom du déposant (art. 37b LB).

⁶⁰ Art. 37d LB.

⁶¹ Art. 37h al. 3 let. b LB.

⁶² www.einlagensicherung.ch/

⁶³ Art. 37h LB.

⁶⁴ Art. 37h al. 3 let. c LB.

⁶⁵ Art. 19 OB.

⁶⁶ Art. 55 OB.



position du liquidateur le montant nécessaire⁶⁷. Parallèlement, un plan de remboursement des dépôts privilégiés est dressé par le liquidateur de la faillite sur la base des livres de la banque⁶⁸. Une éventuelle compensation à l'égard du créancier privilégié ne peut pas être prise en compte. Depuis la communication de l'ouverture de la faillite par la CFB à l'organisme de garantie des dépôts, le processus se déroule en trois mois, sauf pour les dépôts de CHF 5'000.- au plus qui sont immédiatement remboursés avec les actifs à disposition, toute compensation étant également exclue. L'organisme de garantie des dépôts est subrogé dans les droits des créanciers envers la masse en faillite à raison du montant qui leur a été remboursé⁶⁹. Ainsi, tous les créanciers ayant une créance entièrement couverte par le système de garantie des dépôts seront remplacés par un seul créancier, l'Organisme de garantie des dépôts. Les petits créanciers ayant une créance de moins de CHF 5'000.- et qui auront été remboursés hors collocation de leur créance ne participeront plus à la suite de la procédure de faillite bancaire⁷⁰.

Box n° 8: Premier cas de mise en œuvre de la garantie des dépôts

La faillite récente d'un négociant en valeurs mobilières autorisé a déclenché le système de garantie des dépôts. Dans les 3 mois prévus par la loi, un montant de plus de CHF 200'000 a pu être mis à disposition du liquidateur de la faillite bancaire. Il n'a pas pu être distribué aux créanciers en raison de leur volonté de ne pas recevoir, à leur domicile, un paiement au titre de la garantie des dépôts. Il a donc été convenu, d'entente avec eux, qu'ils ouvriraient les comptes bancaires nécessaires à la réception des fonds garantis. Les comptes de CHF 5'000.- au plus n'ont pu être restitués sans délai aux créanciers concernés en raison d'un blocage pénal des avoirs (liquides) de la société. Un tel blocage n'a pas d'effet sur le système de garantie des dépôts. Celui-ci a dès lors avancé également le montant nécessaire au paiement des comptes de moins de CHF 5'000.-. La CFB est en discussion avec les autorités pénales pour trouver une solution en faveur des créanciers. Cette première expérience a démontré l'importance d'une bonne communication entre toutes les parties impliquées à une procédure de faillite, que ce soit avec l'Organisme de garantie des dépôts, le liquidateur, ou encore avec les autorités pénales.

Le système de garantie des dépôts permet de rembourser jusqu'à CHF 30'000.- dans un délai de trois mois, voire immédiatement les petits dépôts jusqu'à CHF 5'000.-. Il n'offre toutefois pas aux clients un accès direct à leurs avoirs comme au Canada ou aux USA jusqu'à USD 100'000.-. Dans cette mesure, le système suisse ne peut sans doute pas empêcher dans tous les cas une course des clients à la récupération de leurs avoirs (*bank run*). Il va toutefois au-delà de ce que prévoit le droit européen⁷¹, dans la mesure où le remboursement jusqu'à CHF 30'000.- intervient à raison de 100 % et de façon "brute", à savoir sans qu'aucune compensation avec des créances que la banque pourrait avoir à l'égard du déposant ne puisse être opposée. En outre, contrairement au droit européen, le délai de trois mois n'est pas prolongeable.

⁶⁷ Art. 58 OB.

⁶⁸ Art. 57 OB.

⁶⁹ Art. 37 i LB.

⁷⁰ Art. 37a LB et 25 al. 3 OFB.

⁷¹ Directive 94/19/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 1994, relative aux systèmes de garantie des dépôts.



10 Reconnaissance des faillites étrangères

La CFB est également compétente pour reconnaître des décisions de faillite ou des mesures de liquidation prononcées à l'étranger⁷². Lorsque tel est le cas, c'est l'ordonnance sur la faillite bancaire qui s'applique aux biens se trouvant en Suisse⁷³, pour ce qu'on appelle communément la procédure de « mini-faillite » ou faillite ancillaire. Les biens se trouvant à l'étranger ne sont pas compris dans la procédure en Suisse qui suit la reconnaissance d'une faillite prononcée à l'étranger, même s'ils appartiennent à une succursale suisse de la banque étrangère. Alors que seuls les créanciers gagistes et les créanciers privilégiés domiciliés en Suisse peuvent participer à une faillite ancillaire ordinaire⁷⁴, la faillite ancillaire bancaire permet également une participation des créanciers privilégiés étrangers⁷⁵. Ce sera généralement le cas compte tenu du principe général d'égalité de traitement des créanciers suisses et étrangers prévus par l'art. 3 al. 2 OFB.

S'il existe en Suisse une succursale de la banque étrangère dont la faillite est reconnue en Suisse, il est possible que deux procédures se déroulent en parallèle: la procédure de faillite ancillaire bancaire portant sur tous les biens sis en Suisse et la procédure de faillite bancaire de la succursale⁷⁶ portant sur les biens de la succursale. Dans un tel cas, les biens de la succursale en Suisse pourraient être compris dans deux masses en faillite à la fois. Certains créanciers seront admis à participer aux deux procédures de faillite, d'autres non. Cette situation peu heureuse du point de vue de l'efficacité et de l'égalité de traitement des créanciers peut être résolue par la CFB⁷⁷. Celle-ci a en effet la compétence de privilégier une faillite plutôt que l'autre, en fonction du lieu où se situent les actifs et du nombre de créanciers domiciliés en Suisse. Ainsi, s'il apparaît que les créanciers sont exclusivement domiciliés à l'étranger, la CFB pourra suspendre une éventuelle procédure de faillite au for de la succursale suisse, dans l'attente de la reconnaissance d'une décision de faillite prononcée à l'étranger⁷⁸. Même dans un tel cas pourtant, le droit actuel ne permet pas à la CFB de faire l'économie d'une procédure de faillite (ancillaire) en Suisse et de transférer au liquidateur étranger la possession des biens sis en Suisse. La CFB devra reconnaître la faillite bancaire étrangère, ouvrir la faillite bancaire ancillaire en Suisse et la poursuivre jusqu'à sa clôture. Le solde éventuel ne pourra pas non plus être simplement remis au liquidateur étranger. Il faudra d'abord reconnaître l'état de collocation étranger. Dans un tel cas, il serait de toute évidence plus efficace, et également dans l'intérêt des créanciers, de pouvoir reconnaître la faillite étrangère et Suisse avant de transférer les avoirs au liquidateur étranger.

⁷² Art. 37g LB.

⁷³ Art. 10 al. 1 OFB et 170 LDIP.

⁷⁴ Art. 172 LDIP.

⁷⁵ Art. 37g al. 3 LB.

⁷⁶ L'art. 50 LP crée un for de la faillite au siège de la succursale.

⁷⁷ Art. 37f al. 1 LB.

⁷⁸ FF 2002 7517.



11 Faillite de groupes

Il n'existe pas en Suisse de droit propre aux groupes de sociétés, ni par conséquent de droit de la faillite y relatif, même si de nombreux débats ont lieu actuellement sur le sujet. La situation n'est pas différente en droit bancaire et les nouvelles dispositions du droit de l'insolvabilité bancaire n'y ont rien changé. Le droit actuel ne permet donc pas de liquider en une seule et même procédure toutes les sociétés d'un groupe, que celles-ci aient eu des activités identiques ou non. Les créanciers de différentes sociétés d'un groupe en faillite se retrouvent donc dans une position différente en fonction de la société envers laquelle ils détiennent une créance et la perspective de pouvoir recouvrer une partie de leur créance en dépend.

La CFB ne peut pas aller à l'encontre du droit actuel. Elle a toutefois recours à deux palliatifs pour corriger cette inégalité dans le cas de la liquidation de groupe de sociétés ayant eu une activité illicite et où les fonds n'avaient pas circulé entre les différentes sociétés pour des raisons économiques, mais pour être dissimulés ou utilisés à d'autres fins que celles indiquées aux investisseurs:

1° Les créanciers produisent dans la faillite de toutes les sociétés du groupe (responsabilité solidaire), lorsqu'il n'est, notamment, pas clairement déterminable contre quelle société le créancier détient une créance.

2° Chaque société produit dans la faillite des autres sociétés du même groupe des créances en remboursement des paiements qui leur ont été effectués. De cette façon, une répartition et une égalisation intervient entre les créanciers des différentes sociétés.

12 Tribunaux et faillite bancaire

Sur les 113 faillites prononcées par la CFB depuis fin 2004, 27 recours ont été portés devant les tribunaux (Tribunal fédéral et Tribunal administratif fédéral depuis le 1^{er} janvier 2007) quant au principe de l'ouverture de la faillite. Jusqu'à présent, aucun recours n'a été admis. Pour ce qui concerne les opérations de réalisation, contre lesquelles les créanciers ont également la possibilité de recourir, seul un recours a été déposé. Il est actuellement en cours de jugement.

De manière générale, les différents tribunaux ont aujourd'hui pris en compte le fait que la CFB était devenu juge de la faillite bancaire. Les transmissions de dossier par les tribunaux ordinaires requis de prononcer une faillite bancaire sont, en l'état, rares voire inexistantes⁷⁹. Cela vient du fait qu'il est difficile de juger, au moment de l'ouverture de la faillite, si une société a exercé une activité bancaire ou de négoce de valeurs mobilières sans autorisation. Ce problème demeurera sans doute pour de telles sociétés. Son importance doit en tout état être relativisée. Dans la mesure où la CFB n'a pu encore

⁷⁹ Art. 173b LP.



déterminer l'assujettissement d'une telle société à une loi dont elle a la surveillance, la compétence du juge ordinaire n'a pas, sauf exception, à être remise en question.

Sous quelques réserves⁸⁰, la collaboration avec les autorités pénales cantonales fonctionne bien. Dans de nombreux cas, une stratégie commune a pu être élaborée afin de permettre aux créanciers de récupérer rapidement leurs avoirs par la procédure de faillite bancaire et aux autorités pénales de poursuivre efficacement les auteurs des infractions grâce aux informations récoltées par la CFB.

13 Conclusions

Les premières expériences effectuées en matière de faillite bancaire sont positives. La procédure s'est révélée, comme annoncé, flexible et efficace, ceci dans l'intérêt des créanciers. Certes, depuis l'entrée en vigueur du nouveau système, la CFB a liquidé principalement des intermédiaires financiers non autorisés. Outre trois petits négociants en valeurs mobilières, la CFB n'a eu heureusement à prononcer, en l'état, la faillite d'aucune banque. L'expérience acquise par la CFB, en tant qu'autorité de surveillance de la faillite bancaire, à l'occasion de la liquidation des intermédiaires financiers non autorisés lui sera cependant de la plus grande utilité si elle doit un jour également prononcer et surveiller la liquidation d'un établissement bancaire de taille importante.

Le système de garantie des dépôts n'a pu être testé que dans un seul (petit) cas. Il a bien fonctionné. Ses limites sont pourtant connues. S'il permet, dans un délai raisonnable (trois mois) de rembourser les créanciers les plus touchés par la faillite, il ne leur offre pas un accès direct à leurs avoirs. Dans cette mesure, il n'est pas à même d'empêcher une panique des clients d'une banque en faillite et une course à la récupération de leurs avoirs (*bank run*). En outre, il est indubitable que ce système de garantie des dépôts et les privilèges qui y sont liés se font au détriment des autres créanciers, en particulier ceux de 3^{ème} classe⁸¹. Enfin, la limite fixée à CHF 4 milliards permet de garantir les avoirs auprès de banque de petites et moyennes tailles. La faillite d'un grand établissement bancaire, dont les avoirs privilégiés dépassent ce montant, conduirait aux limites du système et nécessiterait une réduction de la garantie offerte. Le législateur a volontairement renoncé à un système plus ambitieux, comme un fonds de garantie permanent par exemple, conscient des limites de tout système de garantie et souhaitant aboutir à une solution efficace mais peu onéreuse pour la place financière suisse.

L'assainissement bancaire n'a jamais été en l'état mis en œuvre. Il est envisageable uniquement lorsque malgré l'échec d'un assainissement informel, une poursuite des activités et le respect des conditions d'autorisation est encore possible, dans le cadre de mesures protectrices étatiques. Grâce à une procédure d'assainissement, liée dans tous les cas à des mesures protectrices, les intérêts des créanciers peuvent être protégés au mieux.

⁸⁰ Rapport de gestion de la CFB 2006, p. 45; voir également box n° 8.

⁸¹ Rapport de gestion de la CFB 1993, p. 15s.



Eidgenössische Bankenkommission
Commission fédérale des banques
Commissione federale delle banche
Swiss Federal Banking Commission

Outre la faillite de groupes de sociétés, dont les lacunes dépassent les enjeux propres à la faillite bancaire, **la reconnaissance des jugements de faillite étrangers mériteraient sûrement une procédure plus simple et plus rapide** que celle prévue actuellement, en particulier par le droit international privé suisse, ceci, toujours, dans l'intérêt des créanciers, en Suisse comme à l'étranger.



III. Insolvabilité bancaire internationale

14 Défis de l'insolvabilité bancaire internationale

De nombreuses difficultés surviennent quand une banque avec des activités internationales et des succursales à l'étranger se trouve en difficulté. Les différentes réglementations et compétences comme le caractère territorial des règles sur l'insolvabilité rendent plus difficiles les solutions globales permettant de conserver le maximum de valeur à la banque en difficulté. Une coopération internationale est possible uniquement dans la mesure où les différents droits nationaux le permettent.

Différentes réglementations et compétences nationales

La palette réglementaire va d'une procédure de faillite bancaire totalement indépendante avec exclusion du droit de la faillite ordinaire, comme aux Etats-Unis ou en Suisse, à l'absence de toute règle spécifique pour les banques, comme au Royaume-Uni, où le droit de la faillite ordinaire s'applique. En fonction des règles nationales sur l'insolvabilité bancaire, différentes autorités sont compétentes sur le plan international. Alors qu'en Suisse ce sont les autorités de surveillance qui sont compétentes pour un assainissement bancaire, dans d'autres pays, ce sont les autorités de faillite, les tribunaux (ex. Royaume-Uni), ou encore l'organisme qui garantit les dépôts (ex. USA). Ces différences importantes rendent la coordination et la collaboration entre les autorités plus difficiles.

Le droit de l'insolvabilité ne connaît pas la consolidation – effets sur la surveillance

Dans des situations de crise, les banques actives sur le plan international sont soumises aux différents droits nationaux (de l'insolvabilité). Les réglementations sont différentes selon les pays et ne suivent pas, ou du moins pas dans une mesure conséquente, le principe qui sous-tend la surveillance consolidée selon lequel les différentes activités internationales d'une banque doivent être examinées comme un tout. Ainsi, pour les banques actives sur le plan international, les exigences relatives au fonds propres sont appliquées de façon consolidée, le lieu de situation des actifs ne rentrant pas en ligne de compte. Pourtant, si cette banque dispose d'une succursale dans un pays où une procédure de faillite est en cours contre cette dernière, le lieu de situation des biens sera souvent déterminant pour fixer quels sont les biens qui entrent dans sa masse en faillite.

Asymétrie des intérêts nationaux

Les différentes autorités nationales poursuivent, selon les missions qui leur sont fixées par la loi, différents intérêts. Ceux-ci comprennent en général la protection des investisseurs du pays. Dans de nombreux pays, les autorités peuvent bloquer, de façon provi-



soire ou permanente, des actifs à hauteur des créances produites ou à produire par les créanciers du pays, et protéger ainsi ces actifs des prétentions venant de l'étranger ("asset maintenance").

Territorialité plutôt qu'universalité

Dans quelques pays, les autorités peuvent bloquer des actifs, dans la perspective de couvrir uniquement les créances de ses résidents ("ring fencing"). Ainsi, dans ces pays, une procédure séparée sera menée contre des succursales, même si elles forment une unité juridique avec le siège principal.

Pas de reconnaissance automatique à l'étranger

Les mesures prises pour la protection des créanciers ne sont pas reconnues automatiquement dans tous les pays, ce qui peut augmenter la difficulté pour saisir des actifs à l'étranger dans l'intérêt de tous les créanciers, en particulier lorsque des mesures de contrainte peuvent également être prises à l'étranger contre ces mêmes actifs.

Inégalité de traitement des créanciers

Des procédures d'insolvabilité territoriales ainsi que de nombreuses différences dans le droit matériel (par ex. en matière de privilèges, de révocation d'actes juridiques ou de protection des créanciers) conduisent à ce que des prétentions similaires contre le même établissement soient traitées de façon différente. En fonction du pays dans lequel se trouve la succursale avec laquelle les affaires ont été conclues, le dividende que recevra le créancier pourra être très différent.

15 Efforts internationaux

Sur le plan international, il n'existe en l'état aucune réglementation ou directive contraignante pour le règlement des procédures d'insolvabilité bancaires internationales. Toutefois, depuis le début des années 90, plusieurs organes internationaux examinent cette problématique.

Comité de Bâle

Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire est un organisme international des superviseurs bancaires. Depuis 1974, il contribue fortement à ce que le contrôle bancaire national suive des principes internationaux reconnus. Ensuite du cas BCCI qui a mis en exergue les difficultés liées aux différentes réglementations nationales, le Comité de Bâle a nommé un groupe de travail qui, dans son rapport („**The Insolvency Liquidation of a Multinational Bank**", Dezember 1992⁸²) a conclu à une nécessité d'agir mais qui n'a pourtant pas poursuivi son travail par la suite. Une *Task Force* mise en place par le Comité de Bâle (**Task Force on the Winding Down of Large and Complex Financial Institutions**) s'est chargée dans les années 2000 et 2001 d'étudier les

⁸² <http://www.bis.org/publ/bcbs10cde.pdf>



problèmes liés à une crise d'un grand groupe financier international. Les solutions proposées dans un rapport non-publié du 5 mars 2001 se limitent à un renforcement de l'échange d'informations et de la coopération. Sur l'initiative du Financial Stability Forum (FSF), le Comité de Bâle a mis en place un nouveau groupe de travail en juillet 2001 avec pour mandat d'établir des lignes directrices (guidance) pour le traitement des banques rencontrant des difficultés. Dans son rapport (**Supervisory Guidance on Dealing with Weak Banks: Report of the Task Force on Dealing with Weak Banks, Basel Committee on Banking Supervision, March 2002**)⁸³, il traite des mesures pour la reconnaissance rapide des banques ayant des difficultés ainsi que les différents instruments pour une intervention rapide des autorités de surveillance et un assainissement des banques ayant des difficultés.

Sur l'initiative des autorités de surveillance bancaire américaines, le Comité de Bâle a mis en place un groupe de travail qui doit établir l'inventaire des conditions nationales cadres existant pour le règlement des problèmes financiers auprès des banques. Le groupe de travail, présidé conjointement par la FDIC (Federal Deposit Insurance Corporation) et la CFB, commencera son travail durant le premier trimestre 2008.

Groupe des trente

En 1995, ensuite de l'affaire Barings, le Groupe des trente (G30) avec l'INSOL (International Federation of Insolvency Practitioners) ont mis en œuvre un groupe de travail qui a analysé les problèmes financiers et réglementaires qui peuvent se poser en cas de faillite d'un établissement financier international. Le groupe de travail a formulé 14 recommandations pour le renforcement du cadre légal lié à ce genre de cas („Group of Thirty, International Insolvencies in the Financial Sector, A Study Group Report, 1998“)⁸⁴. Ces recommandations soulignent l'importance de l'amélioration de la coordination entre les différentes autorités concernées dans le pays et à l'étranger ainsi que l'établissement de règles claires qui permettent la reconnaissance et l'application de conventions de compensation (netting) entre les participants au marché en cas d'insolvabilité.

G10

Le rapport du G10 (Insolvency Arrangements and Contract Enforceability: Report of the G10 Contact group on the legal and institutional underpinnings of the international financial system, September 2002)⁸⁵ décrit l'existence d'un statu quo ainsi que les problèmes juridiques liés au règlement de l'insolvabilité internationale qui découlent des conditions cadres actuelles, en particulier pour ce qui a trait à la compensation et à la réalisation des sûretés.

⁸³ <http://www.bis.org/publ/bcbs88.pdf?noframes=1>

⁸⁴ http://www.group30.org/pubs/pub_0995.htm

⁸⁵ <http://www.bis.org/publ/gten06.htm>



Union européenne

Jusqu'à présent, seul l'UE a réussi à obtenir un accord entre différents Etats pour le règlement de l'insolvabilité bancaire. Selon la Directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit⁸⁶ sont seuls compétents pour l'assainissement et la liquidation d'établissements de crédit et d'assurances les autorités ou les tribunaux du lieu du siège, là où l'établissement a pour la première fois été autorisé à pratiquer. Dans les autres états membres, la décision d'ouverture de la liquidation est automatiquement reconnue avec effets au moment de l'ouverture. C'est le droit de l'état du siège qui fixe les effets procéduraux et matériels liés à l'ouverture d'une procédure d'assainissement ou de liquidation. La Directive n'harmonise en revanche pas le contenu et la façon de mettre en œuvre les mesures, de façon à ce que les particularités des différentes réglementations restent acquises. La directive ne s'applique en revanche que de façon fort limitée à la Suisse et aux autres Etats tiers, en réalité uniquement quand une banque suisse gère au minimum des succursales dans deux Etats membres. Dans ce cas, les dispositions de la Directive imposent uniquement une obligation de collaboration aux autorités de ces Etats membres. En revanche, rien ne règle les questions de compétence et de reconnaissance.

La Commission européenne a conduit durant l'été 2007 une consultation publique concernant la Directive 2001/24/CE.⁸⁷ Son but est d'examiner si ladite directive répond à ses buts, si son champ d'application pourrait être étendu aux filiales à l'intérieur de l'UE de manière à conduire des procédures unifiées également contre des groupes bancaires et si les problèmes liés aux transferts d'actifs à l'intérieur de ces groupes pourraient être levés. Une appréciation des ces différents points ainsi qu'un rapport sur une éventuelle suite à donner seront publiés courant 2008.

16 Engagements de la CFB sur le plan international

Les solutions proposées pour les problèmes reconnus liés à l'insolvabilité bancaire se limitent jusqu'à présent principalement à des conseils concernant l'échange d'information et le travail coordonné des autorités et la signature d'échange de lettres (MoU) entre les autorités. C'est justement parce les déclarations de "best efforts" ne sont pas contraignantes qu'en cas de situation de crise ces initiatives ne mènent pas très loin. L'incertitude demeure de savoir comment les autorités concernées se comporteront en cas de situation exceptionnelle. Des améliorations constructives impliqueraient des accords internationaux contraignants ainsi qu'une adaptation des différentes réglementations nationales.

⁸⁶ [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=de&type_doc=Directive&an_doc=2001&nu_doc=24)

[lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=de&type_doc=Directive&an_doc=2001&nu_doc=24](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=de&type_doc=Directive&an_doc=2001&nu_doc=24)

⁸⁷ http://ec.europa.eu/internal_market/bank/windingup/index_de.htm



La CFB trouve qu'il est nécessaire d'agir sur le plan international. En 2003, conjointement avec la Banque nationale suisse (BNS), la CFB a organisé une conférence sur l'insolvabilité bancaire internationale. Des représentants d'autorités de surveillance, de banques centrales et d'organisations internationales ont pris part au séminaire. Ce séminaire avait pour but d'examiner différentes possibilités d'amélioration.

Sur l'initiative de la CFB et de la FDIC américaine, différentes autorités de surveillance et banques centrales intéressées se sont rencontrées au printemps 2007 pour effectuer une revue des conditions cadres actuelles pour la résolution des problèmes financiers. Le but était d'améliorer le savoir technique concernant les établissements surveillés dans le pays du siège et dans le pays hôte. Les travaux de groupes ont mis en évidence qu'une coordination insuffisante des mesures aboutissait à des situations conflictuelles qui empêchaient une conservation efficace de la valeur des actifs et qu'une solution de cette problématique pouvait uniquement être trouvée par une meilleure coordination des mesures prises par les différentes autorités nationales. Même si cela s'avère difficile, des discussions doivent être menées dans ce but. Un accord doit être trouvé entre les autorités concernées avant qu'une crise ne survienne.

17 Positionnement de la CFB

Du point de vue de la CFB, dans le monde financier globalisé d'aujourd'hui, une faillite bancaire internationale ne peut être traitée de façon efficace sans une coordination étroite entre les différentes autorités concernées. Dès lors que chaque crise bancaire est différente et que les solutions dépendent pour beaucoup des particularités de la crise, il est difficile d'établir à l'avance un scénario pour de futures crises. En cas d'insolvabilité bancaire, plus encore qu'en cas d'insolvabilité en dehors du système financier, une intervention rapide est nécessaire. Pour cette raison, il est important que les possibilités et les limites de la coopération internationale soient, à l'avance, clairement définies.

Une bonne coordination peut réduire les conséquences dommageables d'une crise bancaire sur l'ensemble du système financier et préserver la valeur des actifs dans l'intérêt des créanciers. Des améliorations constructives nécessiteraient la conclusion d'accords internationaux contraignants ainsi que l'adaptation des réglementations nationales. Une telle solution entre les différentes autorités de surveillance bancaire est difficilement envisageable dans la mesure où dans la plupart des pays les autorités de surveillance, contrairement à la CFB, n'ont pas de compétence en cas d'insolvabilité. Une réglementation internationale étatique de la faillite bancaire est également peu réaliste dans un proche futur.

Des progrès conséquents peuvent toutefois déjà être réalisés grâce à une meilleure coordination des autorités et des adaptations des réglementations internationales dans la mesure où les conditions suivantes sont remplies:

(1) Toutes les autorités impliquées devraient pouvoir disposer de la flexibilité nécessaire pour coordonner les mesures prises au niveau national.



(2) Les règles sur l'insolvabilité devraient assurer l'égalité de traitement entre tous les créanciers et leur permettre une participation à la faillite aux mêmes conditions, quel que soit le lieu de leur domicile.

(3) Les mesures d'insolvabilité prises dans un pays devraient être rapidement, si possible automatiquement, reconnues à l'étranger.

(4) Toutes les autorités impliquées dans une procédure d'insolvabilité devraient avoir la compétence de partager les informations qui sont liées à cette procédure.

Dans cette mesure, la CFB soutient sur le plan international les efforts effectués pour l'amélioration des conditions cadres de l'insolvabilité bancaire internationale.